

**The T. Eaton Company Limited, May  
Catharine Vickers, Executrix of the Estate of  
William F. Friel (deceased) Appellants;**

and

**Albert E. Smith and Reginald E. Tuck by his  
executors Evelyn Tuck, Doris Reid, Reginald  
Tuck and William Nelson Hinton  
Respondents.**

1977: February 28; 1977: May 17.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Landlord and tenant — Insurance — Fire insurance — Tenant's negligence — Subrogation — Right of landlord's insurer against tenant — Landlord's covenant to insure — Effect of option to purchase — Tenant's covenants to repair.*

The appellant The T. Eaton Company Limited (Eaton's) rented contiguous premises from the two respondents and used them for business purposes as a department store. Owing to the negligence of an employee of Eaton's, the buildings were destroyed by fire. The respondents' insurers paid the amounts of the loss to the respondents and, exercising their claimed subrogation rights, brought action against Eaton's to recover these amounts. The issue was whether the insurers were precluded by the terms of the lease from asserting such a claim in view of the fact that the landlords had each covenanted in the two leases to insure the premises against fire. The Courts below held that the insuring obligation did not pass to the landlords the obligation to cover the tenant against the risk of loss from a fire caused by the tenant's negligence and that the insurers could accordingly assert their claim.

*Held* (Martland, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Laskin C.J. and Judson, Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.: The exception of fire in a standard repairing covenant does not exculpate a tenant from liability for damage caused by its negligence. The appellant Eaton's, therefore, can only escape liability if the landlords' covenants to insure enure to its benefit.

**La compagnie T. Eaton Limitée, May  
Catharine Vickers, exécutrice testamentaire  
de la succession de feu William F. Friel  
Appelantes;**

et

**Albert E. Smith et Reginald E. Tuck,  
représenté par ses exécuteurs testamentaires,  
Evelyn Tuck, Doris Reid, Reginald Tuck et  
William Nelson Hinton Intimés.**

1977: 28 février; 1977: 17 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO**

*Louage de choses — Assurance — Assurance-incendie — Négligence du locataire — Subrogation — Droits de l'assureur du propriétaire contre le locataire — Clause par laquelle le propriétaire s'engage à assurer — Effet de la clause d'option d'achat — Clause prévoyant l'obligation des locataires de faire des réparations.*

L'appelante, la compagnie T. Eaton Limitée (Eaton), avait loué des locaux contigus des deux intimés et les utilisait à des fins commerciales comme magasin à rayons. Suite à la négligence d'un employé d'Eaton, les bâtiments ont été détruits par le feu. Les assureurs des intimés ont payé les montants de la perte à ces derniers et, s'estimant subrogés dans leurs droits, ont intenté contre Eaton une action pour recouvrer les montants payés. La question est de savoir si les clauses du bail font obstacle à leur réclamation, eu égard au fait que chacun des propriétaires s'y était engagé à assurer les lieux contre l'incendie. Les tribunaux d'instance inférieure ont jugé que l'obligation de s'assurer ne mettait pas à la charge des propriétaires l'obligation de couvrir les locataires contre le risque de dommages résultant d'un incendie causé par la négligence de ce dernier, et que les assureurs pouvaient donc faire valoir leur réclamation.

*Arrêt* (les juges Martland, Ritchie et de Grandpré étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

*Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence, Pigeon, Dickson et Beetz: L'exception d'incendie dans une clause de réparation n'exonère pas le locataire de sa responsabilité pour les dommages causés par sa propre négligence. L'appelante Eaton ne peut donc échapper à cette responsabilité que si l'engagement de s'assurer pris par le propriétaire joue à son profit.*

In *Ross Southward Tire Ltd. v. Pyrotech Products Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 35, this Court considered a situation where a lease contained repairing covenants similar to those found in this case. There the tenant had covenanted to pay the insurance premiums and it was held that the tenant could take advantage of its payment of the premiums and was thus protected against risk of loss caused by its negligence. Similarly here the tenant can take advantage of the covenant given by the two landlords; there was no need for such a covenant if it was only for their benefit.

The covenant therefore runs to the benefit of the tenant unless the option to purchase provisions contained in the leases provide an explanation consistent with the risk of fires being on the tenant. But neither the clause providing that the risk of loss after exercise of the option and before closing remain on the landlords nor the reference to the option in the clause dealing with the consequences of damages to the premises offer such an explanation.

The matter at hand is not whether the insurers are being unjustly deprived of their subrogation rights but whether, in the circumstances of this case, the tenant is entitled to claim the benefit of a policy which the landlord covenanted to provide. This is not a case where a covenant exonerates one contracting party from liability to the other for the former's negligence and the so-called "exculpatory clause" cases do not apply. The issue in this case was not dealt with in this Court's judgment in *United Motors Service Inc. v. Hutson*, [1937] S.C.R. 294.

*Per Martland, Ritchie and de Grandpré JJ., dissenting:* A conclusion that the landlords' covenant to insure must be either a waiver of their recovery rights in cases of negligence or an undertaking to obtain insurance for negligently caused fires in favour of the parties to the lease would constitute an exception to the general rule of liability for negligently caused fire. Such a conclusion cannot be reached unless it is clear that such was the intention of the contracting parties, and that no other reading of the contracts is possible.

On the question of intention, it must be remembered that the appellant Eaton's prepared the lease, that any doubt must be resolved against it, that Eaton's was fully cognizant of the legal rule embodied in the *Hutson* case, and that Eaton's is a large sophisticated entity with a background of legal knowledge. The silence of the leases on the issue of liability for damage by fire caused by the

Dans l'arrêt *Ross Southward Tire Ltd. c. Pyrotech Products Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 35, l'affaire soumise à cette Cour portait sur un bail contenant des clauses de réparation semblables à celles de la présente affaire. Dans cet arrêt, le locataire s'était également engagé à payer les primes d'assurance et il a été décidé que cette obligation avait pour effet de protéger le locataire contre le risque de dommages causés par sa propre négligence. De même ici, le locataire peut prendre avantage de l'engagement pris par les deux propriétaires; cet engagement était inutile s'il n'était pris qu'au profit des deux propriétaires.

L'engagement joue donc au profit du locataire à moins que l'option d'achat prévue dans les baux n'explique pourquoi les risques d'incendie sont à la charge du locataire. Mais, ni la clause prévoyant que le risque de perte, après l'exercice de l'option et avant la signature, incombe au propriétaire, ni la mention de l'option dans la clause traitant des conséquences des dommages aux lieux n'offre une telle explication.

La question qui nous est soumise n'est pas de savoir si les assureurs sont injustement privés de leurs droits de subrogation mais de savoir si dans les circonstances actuelles, le locataire a droit de réclamer la garantie d'une police que le propriétaire s'était engagé à souscrire. Il ne s'agit pas d'un cas où un engagement libère l'une des parties de sa responsabilité envers l'autre pour une négligence que cette dernière aurait commise et ladite «clause exonératoire» ne s'applique pas. La décision rendue par cette Cour dans l'arrêt *United Motors Service Inc. c. Hutson*, [1937] R.C.S. 294, ne traite pas de la question en litige en l'espèce.

*Les juges Martland, Ritchie et de Grandpré, dissidents:* Conclure que l'engagement du propriétaire d'assurer équivaut soit à une renonciation à leurs droits de recouvrer des dommages en cas de négligence, soit à un engagement de s'assurer en faveur de toutes les parties au bail contre les incendies de cette nature, constituerait une exception aux principes généraux de la responsabilité en cas d'incendies dus à la négligence. On ne peut parvenir à cette conclusion à moins qu'il soit clair que telle était l'intention des parties contractantes et qu'aucune autre interprétation de l'ensemble des contrats n'est possible.

Sur la question de l'intention, il faut garder présent à l'esprit que les baux ont été rédigés par Eaton; que tout doute doit s'interpréter contre elle; qu'Eaton était bien au courant de la règle de droit énoncée dans l'arrêt *Hutson*; et qu'Eaton est une entité importante et organisée possédant une connaissance du droit. Le silence des baux sur la question de responsabilité pour dommages

negligence of the tenant does not establish a meeting of the minds sufficient to change the general law. And such a change cannot be imputed on the ground that the insurance covenant cannot have any other purpose since that covenant does indeed have such a subject matter. The insurance covenant benefits the tenant in that a funding mechanism is provided to support the option to purchase; it is also an assurance of the landlords' capacity to rebuild a structure and permit resumption of the lease in the event of fire.

Neither the judgment of this Court in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221 nor that in *Pyrotech* govern the outcome of this case but rather the principle found in *Hutson* applies. Furthermore, equity should not intervene to protect a party in circumstances, as here, where that party is strong enough to fend for itself.

[*Ross Southward Tire Ltd. v. Pyrotech Products Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 35, applied; *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, [1952] A.C. 192, *United Motors Service Inc. v. Hutson*, [1937] S.C.R. 294 distinguished; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221, *General Accident Fire & Life Assurance Corp. Ltd. v. Traders Furniture Co.* (1965), 401 P. 2d 157 (Ariz.) and *New Hampshire Ins. Co. v. Fox Midwest Theatres, Inc.* (1969), 457 P. 2d 133 (Kans.). *Winkler v. Appalachian Amusement Co.* (1953), 79 S.E. 2d 185 (N.C.), *General Mills Inc. v. Goldman* (1950), 184 F. 2d 359, *Shell Oil Co. of Canada Ltd. v. White Motor Co. of Canada Ltd. and Ziegler* (1957), 8 D.L.R. (2d) 753 and *Norman v. J. L. Edwards Motor Sales Ltd.* (1958), 15 D.L.R. (2d) 211, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from a judgment of Parker J. Appeal allowed<sup>1</sup>, Martland, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting.

*W. L. N. Somerville, Q.C., and G. Chira, Q.C.*, for the appellants.

*W. H. O. Mueller*, for the respondents.

<sup>1</sup> A motion for a rehearing of the appeal was allowed by the Court and a rehearing directed, limited to the issue of whether the co-defendant, as executrix of the Estate of the late William F. Friel, was entitled to the benefit of certain covenants to insure. Notice of Discontinuance of the Rehearing was filed on March 2, 1978.

causés par le feu suite à la négligence du locataire ne peut établir que les volontés se sont rencontrées pour déroger aux règles de droit ordinaires. On ne peut non plus déduire une telle dérogation du bail au motif que la clause d'assurance ne peut avoir d'autre but puisque telle est effectivement la raison d'être de cette clause. La clause d'assurance joue au bénéfice du locataire en prévoyant un mécanisme de financement pour maintenir l'option d'achat; c'est également l'assurance que le locateur pourra reconstruire le bâtiment et permettre la reprise du bail dans l'éventualité d'un incendie.

Ni la décision de cette Cour dans *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221 ni celle dans *Pyrotech* ne régissent l'aboutissement de cette affaire mais c'est plutôt le principe de *Hutson* qui s'applique. De plus, l'équité n'entre pas en jeu pour protéger une partie lorsque, comme en l'espèce, cette partie est assez forte pour prendre soin de ses intérêts.

[Arrêt appliqué: *Ross Southward Tire Ltd. c. Pyrotech Products Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 35; distinction faite avec les arrêts *Canada Steamship Lines Ltd. v. Le Roi*, [1952] A.C. 192; *United Motors Service Inc. c. Hutson*, [1937] R.C.S. 294; arrêts mentionnés: *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; *General Accident Fire & Life Assurance Corp. Ltd. v. Traders Furniture Co.* (1965), 401 P. 2d 157 (Ariz.) et *New Hampshire Ins. Co. v. Fox Midwest Theatres, Inc.* (1969), 457 P. 2d 133 (Kans.), *Winkler v. Appalachian Amusement Co.* (1953), 79 S.E. 2d 185 (N.C.), *General Mills Inc. v. Goldman* (1950), 184 F. 2d 359, *Shell Oil Co. of Canada Ltd. v. White Motor Co. of Canada Ltd. and Ziegler* (1957), 8 D.L.R. (2d) 753 et *Norman v. J. L. Edwards Motor Sales Ltd.* (1958), 15 D.L.R. (2d) 211.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rejetant un appel d'un jugement du juge Parker. Pourvoi accueilli<sup>1</sup>, les juges Martland, Ritchie et de Grandpré étant dissidents.

*W. L. N. Somerville, c.r., et G. Chira, c.r.*, pour les appétantes.

*W. H. O. Mueller*, pour les intimés.

<sup>1</sup> Une requête pour nouvelle audition du pourvoi a été accueillie par la Cour et une nouvelle audition ordonnée, sur la seule question de savoir si la co-défenderesse, à titre d'exécitrice de la succession de feu William F. Friel, avait droit au bénéfice de certaines clauses d'assurance. Avis du désistement a été déposé le 2 mars 1978.

The judgment of Laskin C.J. and Judson, Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

**THE CHIEF JUSTICE**—This appeal is brought to test the application of the judgments of this Court in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*<sup>2</sup> and *Ross Southward Tire Ltd. v. Pyrotech Products Ltd.*<sup>3</sup> to a case which was decided at trial before the foregoing two judgments were delivered, but which came before the Ontario Court of Appeal afterwards. That Court considered the *Cummer-Yonge* decision of this Court in its reasons, but not the decision in *Pyrotech*, although, as counsel for the appellant noted in his argument, that case too was urged upon the Ontario Court of Appeal.

The appellant was a tenant of two contiguous properties under leases granted by the respective owners, the respondent Smith and one Tuck, now deceased and represented in the proceedings by his executors. It was the finding of the Courts below that the destruction by fire of the buildings on the two properties was the result of the negligence of an employee of the tenant. This finding of negligence is not contested. The respective amounts of the loss were agreed upon at \$110,400 and \$35,000, and these amounts were paid by insurers to the two landlords who had carried fire insurance on their properties, apparently to their full insurable value.

Exercising their claimed subrogation rights, the insurers brought action against the tenant in the names of the landlords to recover the amounts of the loss. The simple question before this Court is whether they are precluded by the terms of the two leases from succeeding in their claim, having regard to the fact that the landlords had each covenanted in the leases to insure the premises against fire. The exact covenant in the Smith lease is as follows:

27. AND THE LESSOR covenants with the Lessee that he will, throughout the currency of this lease and any extension thereof, hereunder keep the buildings upon the said premises insured against loss by fire in an amount

<sup>2</sup> [1976] 2 S.C.R. 221.

<sup>3</sup> [1976] 2 S.C.R. 35.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson, Spence, Pigeon, Dickson et Beetz a été prononcé par

**LE JUGE EN CHEF**—Ce pourvoi veut faire décider comment les décisions de cette Cour dans les affaires *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*<sup>2</sup> et *Ross Southward Tire Ltd. c. Pyrotech Products Ltd.*<sup>3</sup>, s'appliquent à une affaire jugée en première instance avant que ces deux arrêts soient rendus, mais portée devant la Cour d'appel de l'Ontario après. Dans ses motifs, celle-ci a pris en considération la décision rendue par cette Cour dans *Cummer-Yonge*, mais non celle rendue dans *Pyrotech*, bien qu'on la lui ait signalée, comme les procureurs de l'appelante l'ont indiqué dans leur plaidoirie.

L'appelante était locataire de deux fonds contigus en vertu de baux qui lui avaient été consentis par leur propriétaire respectif, l'intimé Smith et un nommé Tuck, aujourd'hui décédé et représenté dans les procédures par ses exécuteurs testamentaires. Les tribunaux d'instance inférieure en sont arrivés à la conclusion que l'incendie qui avait détruit les bâtiments sis sur les deux fonds était dû à la négligence d'un employé du locataire. Cette conclusion n'est pas contestée. On s'est accordé pour évaluer les montants respectifs des dommages à \$110,400 et \$35,000. Les assureurs des deux propriétaires qui avaient assuré leurs immeubles contre l'incendie, apparemment à leur pleine valeur assurable, ont payé ces indemnités.

S'estimant subrogés dans les droits des propriétaires, les assureurs ont intenté au nom de ceux-ci une action contre le locataire pour recouvrer les montants payés. La seule question qui se pose devant cette Cour est de savoir si les clauses des deux baux font obstacle à leur réclamation, eu égard au fait que chacun des propriétaires s'y était engagé à assurer les lieux contre l'incendie. Voici la clause du bail Smith:

[TRADUCTION] 27. ET LE LOCATEUR convient avec le locataire que, pendant toute la durée du bail et toute prolongation de celui-ci, il verra en vertu des présentes à assurer les bâtiments se trouvant sur lesdits lieux contre

<sup>2</sup> [1976] 2 R.C.S. 221.

<sup>3</sup> [1976] 2 R.C.S. 35.

not less than One Hundred and Ten Thousand Dollars (\$110,000.00). [Fire insurance in the amount of \$120,000 was carried by Smith.]

And in the Tuck lease, the comparable covenant reads:

25. AND the Lessor covenants with the Lessee that he will, throughout the currency of this lease and any extension thereof, hereunder keep the buildings upon the said premises insured against loss by fire in an amount not less than their full insurable value.

The Courts below held that the foregoing clauses did not destroy the subrogation rights of the insurers because the tenant remained liable for the fire loss caused by the negligence of its servant notwithstanding the covenant to insure given by the respective landlords and carried out by them. In short, the holdings below were that the insuring obligation did not pass to the landlords the obligation to cover the tenant against the risk of loss from a fire caused by the tenant's negligence. In the Court of Appeal, the *Cummer-Yonge* case in this Court was distinguished, largely because (1) there was not in that case, as there was here, a covenant to repair which fixed the tenant with liability for fires arising by reason of his negligence; (2) there was no such relationship in this case as there was in the *Cummer-Yonge* case between the covenant to repair and the landlord's covenant to insure; and (3) there were certain option to purchase clauses in the two leases in this case which gave subject matter to the insuring obligation, and no such clauses were present in the *Cummer-Yonge* case.

The Smith and Tuck leases contained what I may call the three standard repairing covenants, namely, the covenant to repair, the covenant to repair on notice and the covenant to leave or yield up in repair; and each was qualified by the phrase "reasonable wear and tear and damage by fire, lightning, tempest, riot, civil commotion, structural defects, acts of God and the Queen's enemies only excepted". Although the common exception of "reasonable wear and tear and damage by fire,

l'incendie pour un montant qui ne sera pas inférieur à cent dix mille dollars (\$110,000). [Smith s'assura contre l'incendie pour un montant de \$120,000.]

Et dans le bail Tuck se trouvait une clause comparable:

[TRADUCTION] 25. ET le locateur convient avec le locataire que, pendant toute la durée du bail et toute prolongation de celui-ci, il verra en vertu des présentes à assurer les bâtiments se trouvant sur lesdits lieux contre l'incendie pour un montant qui ne sera pas inférieur à leur pleine valeur assurable.

Les tribunaux d'instance inférieure ont décidé que les clauses qui précèdent ne détruisent pas les droits de subrogation des assureurs parce que le locataire demeurait responsable des dommages résultant de l'incendie causé par la négligence de son préposé, quoique les propriétaires respectifs se fussent engagés à s'assurer et eussent exécuté cet engagement. En somme, il a été jugé que l'obligation de s'assurer ne mettait pas à la charge des propriétaires l'obligation de couvrir le locataire contre le risque de dommages résultant d'un incendie causé par la négligence de ce dernier. La Cour d'appel a fait une distinction avec l'arrêt de cette Cour dans *Cummer-Yonge* principalement parce que 1) dans cette affaire-là, il n'y avait pas la clause de réparations rendant le locataire responsable des incendies causés par sa propre négligence alors qu'elle existe en l'espèce; 2) dans la présente affaire, il n'y a pas de relation entre la clause de réparations et l'engagement pris par le propriétaire de s'assurer, alors qu'il y en avait une dans *Cummer-Yonge*; et 3) dans la présente affaire, les deux baux contiennent des clauses d'option d'achat qui donnent une raison d'être à l'obligation d'assurance, alors que de telles clauses n'existaient pas dans l'affaire *Cummer-Yonge*.

Les baux Smith et Tuck contiennent ce que je pourrais appeler les trois clauses-type de réparations, c'est-à-dire l'engagement de faire des réparations, l'engagement de faire des réparations sur demande et l'engagement de remettre les lieux loués en état; chacune était tempérée par la phrase [TRADUCTION] «sauf la détérioration et l'usure normales et les dommages résultant du feu, de la foudre, des intempéries, d'une émeute, d'une insurrection civile, de vices de structure, de la force

lightning and tempest only excepted" was extended by including other exceptions, nothing in this case turns on them. It is settled law that the exception of fire in a repairing covenant does not exculpate a tenant from liability for a fire caused by its negligence or that of a person for whose negligence it is vicariously liable. If it can escape this liability in the present case, it can only be on the basis that the landlord's covenant to insure is a covenant that runs to the benefit of the tenant, lifting from it the risk of liability for fire arising from its negligence and bringing that risk under insurance coverage.

Had the landlord insured without giving a covenant to that effect in the lease, the tenant's risk of liability for fire resulting from negligence would be unquestionable; and if the landlord collected from his insurer, the latter would have an equally unquestionable right of recovery from the tenant in a subrogated action. The contention of the respondents is that the insuring covenant in the present case does not alter that result because, as I understand the submission of the respondents, the covenant to insure has subject matter without relating it to coverage against the risk of fires caused by the tenant's negligence. The appellant, although recognizing the differences in the repairing and insuring covenants of lessee and lessor respectively in the *Cummer-Yonge* case, urges that where the covenant to insure is not at large but is, as in this case, a covenant *with the lessee* that the landlord will keep the buildings on the premises insured against loss by fire, it must be given effect against liability for fires arising from the tenant's negligence because otherwise, as a covenant expressly running to the benefit of the tenant, it would have no subject matter.

Counsel for the appellant seeks to draw support from the judgment of this Court in the *Pyrotech* case where the lease contained repairing covenants similar to those in the present case. There the

majeure et des ennemis de la Reine». Bien que la réserve ordinaire: «sauf la détérioration et l'usure normales et les dommages résultant du feu, de la foudre et des intempéries» ait été étendue par l'adjonction d'autres exceptions, celles-ci n'ont aucune incidence en l'espèce. Il est bien établi en droit que l'exception d'incendie dans une clause de réparations n'exonère pas le locataire de sa responsabilité pour l'incendie causé par sa propre négligence ou celle d'une personne dont il est responsable. S'il peut échapper à cette responsabilité dans la présente affaire, ce ne peut être qu'en prenant pour acquis que l'engagement de s'assurer pris par le propriétaire joue au profit du locataire en écartant de lui le risque d'être tenu responsable d'un incendie dû à sa propre négligence et en faisant couvrir ce risque par l'assurance.

Si le propriétaire s'était assuré sans s'engager à le faire dans le bail, le locataire serait indiscutablement tenu responsable d'un incendie résultant de sa négligence; et si le propriétaire avait été indemnisé par son assureur, ce dernier aurait également eu le droit indiscutable de se retourner contre le locataire par une action subrogatoire. Les intimés prétendent que la clause d'assurance dans la présente affaire ne change pas ce résultat parce que, si je comprends bien leur argument, la clause d'assurance a sa raison d'être sans qu'il soit besoin de la relier à la couverture du risque d'incendie imputable à la négligence du locataire. Tout en reconnaissant les différences qui existaient dans l'affaire *Cummer-Yonge* entre les engagements respectivement pris par le locateur et le locataire en matière de réparations et d'assurance, l'appelante fait valoir que, lorsque la clause d'assurance n'est pas générale mais consiste, comme en l'espèce, en une convention *avec le locataire* selon laquelle le propriétaire verra à assurer contre l'incendie les bâtiments qui se trouvent sur les lieux, elle doit couvrir la responsabilité pour les incendies dus à la négligence du locataire, car autrement, en tant que clause au bénéfice exprès de celui-ci, elle n'aurait pas de raison d'être.

Les procureurs de l'appelante cherchent à tirer argument de l'arrêt de cette Cour dans *Pyrotech* où le bail contenait des clauses de réparations semblables à celles de la présente affaire. Le loca-

tenant was also under a covenant to pay insurance premiums immediately when due, and did pay them on being billed by the landlord. This Court held that the effect of this insurance obligation was to entitle the tenant to protection against the risk of loss by fire caused by its negligence, and this notwithstanding the repairing covenants which, if they stood alone, would have saddled the tenant with liability for losses from such fires. In short, the tenant was entitled to the advantage of its payment of insurance premiums for a policy under which indemnity was given for loss by fire, including fire arising from some person's negligence, be it that of the tenant or someone else. Counsel asked this Court to apply the principle here in respect of a covenant to insure given by the two landlords for the benefit of the tenant. There was no need for the covenant, so it was contended, if it was only for the benefit of the two landlords.

I think this contention should prevail unless there is another explanation for the landlords' covenant to insure which would dispel it. In my opinion, the resolution of the issue in this case depends on whether the option to purchase provisions of the Smith and Tuck leases provide a sufficient explanation of the reason for the insuring obligation assumed by the landlords to leave the risk of fires on the tenant under the repairing covenants where the fires are the result of its negligence.

Before turning to the option to purchase provisions, it is well to note, as was noted in *Cummer-Yonge* and *Pyrotech*, that the matter at hand is not whether the insurers are being unjustly deprived of their subrogation rights (as they would be if there was some attempt by landlord and tenant to agree on alleviation of the tenant's liability for a fire resulting from its negligence after the fire occurred). It is whether, in circumstances where, by the lease, the tenant is under an obligation to repair, and where its obligation to repair does not extend to repairing damage from accidental (as contrasted with negligent) fires, it is entitled, as between it and the landlord, to claim the benefit of a fire insurance policy (providing indemnity for

taire s'était également engagé à payer les primes d'assurance sans délai à échéance et les avait effectivement payées sur facturation du propriétaire. Cette Cour a décidé que cette obligation d'assurance avait pour effet de protéger le locataire contre le risque de dommages causés par un incendie dû à sa propre négligence et ce, nonobstant les clauses de réparations qui, en elles-mêmes, auraient rendu le locataire responsable des dommages causés par pareil incendie. En somme, le locataire pouvait se prévaloir de son paiement des primes d'assurance pour une police qui prévoyait l'indemnisation de dommages causés par un incendie, y compris un incendie imputable à la négligence, que ce soit celle du locataire ou de quelque autre personne. Les procureurs ont demandé à cette Cour d'appliquer le principe en l'espèce à l'égard de l'engagement de s'assurer pris par les deux propriétaires au profit du locataire. L'engagement était inutile, a-t-on prétendu, s'il n'était pris qu'au profit des deux propriétaires.

Je pense que cette prétention doit l'emporter à moins qu'une autre explication de l'engagement des propriétaires ne vienne la combattre. A mon avis, la solution du présent litige dépend du point de savoir si les options d'achat prévues dans les baux Smith et Tuck suffisent à expliquer pourquoi l'obligation d'assurance assumée par les propriétaires laisserait les risques d'incendie à la charge du locataire en vertu des clauses de réparations, lorsque l'incendie résulte de sa propre négligence.

Avant d'examiner les clauses d'option d'achat, il est bon de noter, comme on l'a fait dans les arrêts *Cummer-Yonge* et *Pyrotech*, que la question n'est pas de savoir si l'on prive injustement les assureurs de leurs droits de subrogation (comme ce serait le cas si le propriétaire et le locataire tentaient, de quelque manière, de convenir d'alléger la responsabilité de ce dernier pour un incendie dû à sa négligence, après sa survenance). Elle est de savoir si, dans des circonstances où en vertu du bail, le locataire a une obligation de réparations qui ne s'étend pas à la réparation des dommages causés par un incendie accidentel (par opposition à un incendie dû à la négligence), il a le droit, vis-à-vis du propriétaire, de réclamer la garantie d'une

loss arising from fires negligently caused), which the landlord had covenanted with the tenant to provide.

I do not think, strictly speaking, that it is correct to assess the question at hand by reference to the so-called "exculpatory clause" cases, such as *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*<sup>4</sup>. This is not a case where one has to consider whether there is some provision exonerating one contracting party from liability to the other for the former's negligence. Rather is it a case where a supervening covenant has been given and taken to cover by an insurance policy the risk of loss from a fire caused by negligence. An insurer could not refuse to pay a claim for loss by fire merely because the fire arose from the insured's negligence. I can see no reason why its position can be any better against a tenant, whose negligence caused loss by fire, if the lease with the landlord makes it clear that a policy was to be taken out by the landlord to cover such fires, and a policy is written which does so. In short, the insurer can claim only by subrogation under the lease.

The option to purchase clauses in the two leases differ only as to the period within which the option to purchase could be exercised and, of course, as to the price payable in each case, but both contain the following stipulation:

... The said premises shall be and remain at the risk of the Lessor until closing. Pending completion of the sale, the Lessor will hold all insurance policies and the proceeds thereof in trust for the parties as their interests may appear and in the event of damage to the said premises, the Lessee may either have the proceeds of the insurance and complete the purchase or may cancel the agreement of sale and purchase. Upon the completion of the purchase from the Lessor by the Lessee of the said lands and buildings, this lease and all covenants therein contained shall be void and of no effect....

What this stipulation does is to protect the tenant as purchaser from bearing the risk of loss by fire

police d'assurance-incendie prévoyant l'indemnisation des dommages causés par un incendie dû à la négligence, police que le propriétaire s'était engagé à souscrire.

A strictement parler, je ne pense pas qu'il soit correct d'apprécier cette question en se référant à des affaires dites de «clause exonératoire», comme l'affaire *Canada Steamship Lines Ltd. c. Le Roi*<sup>4</sup>. Il ne s'agit pas d'un cas où l'on a à se demander s'il existe quelque disposition déchargeant l'une des parties contractantes de sa responsabilité envers l'autre, pour une négligence que cette dernière aurait commise. Mais il s'agit plutôt d'un cas où l'on s'est engagé, dans une clause indépendante, à couvrir par une police d'assurance le risque de dommages causés par un incendie dû à la négligence. Un assureur ne peut refuser de payer les dommages causés par un incendie pour la seule raison que celui-ci est dû à la négligence de l'assuré. Je ne peux voir comment sa position pourrait être meilleure à l'égard d'un locataire à la négligence duquel l'incendie est imputable, si le bail passé avec le propriétaire stipule clairement que ce dernier doit s'assurer contre pareil incendie et il a effectivement souscrit une police. En somme, l'assureur ne peut réclamer qu'en vertu du bail et cela par subrogation.

Les clauses d'option d'achat prévues dans les deux baux diffèrent quant au délai dans lequel l'option peut être exercée et, évidemment, quant au prix payable dans chaque cas, mais les deux contiennent la stipulation suivante:

[TRADUCTION] ... Lesdits lieux seront et demeureront aux risques du locateur jusqu'à la signature du contrat de vente. Tant que la vente ne sera pas conclue, le locateur conservera toutes les polices d'assurance et leur produit en fiducie pour les parties selon leurs droits respectifs et, en cas de dommages causés auxdits locaux, le locataire peut retirer le produit de l'assurance et conclure la vente ou annuler la convention de vente et d'achat. A la conclusion de la vente desdits biens-fonds et bâtiments par le locateur au locataire, le présent bail et tous les engagements qu'il comporte seront nuls et de nul effet....

Cette stipulation protège le locataire, en tant qu'acheteur, contre le risque de dommages par incen-

<sup>4</sup> [1952] A.C. 192.

<sup>4</sup> [1952] A.C. 192.

which would otherwise have passed to it on the exercise of the option and before closing. In such circumstances, the risk of loss until closing being on the landlord as vendor, I do not see how the fact that the proceeds of any insurance policies are to be held for the benefit of the tenant-purchaser if it wishes to take them as purchaser, modifies the effect of the lessor's covenant to the lessee to keep the premises insured in respect of the leasehold term. If anything, it reinforces the view that the tenant is to have the benefit of insurance arising from the landlord's obligation to insure the premises.

There is a reference to the option to purchase in that clause of the two leases—a standard clause that is the same in both leases—that deals with the consequence of damage to the leased premises by any of the occurrences listed as exceptions to the repairing covenants, which include damage by accidental fire. It is provided that if the premises are repairable within sixty days the landlord must repair with reasonable speed, and rent is to abate in the meantime, either completely if the premises are wholly unfit for occupancy, or proportionately to the extent to which they are so fit during the execution of repairs. However, if, as a result of damage by any of the occurrences aforesaid, the premises are rendered unfit for occupancy and are not repairable with reasonable diligence within sixty days, then the lease is terminated from the date of destruction, unless the tenant within twenty days thereafter has exercised its option to purchase in which event the proceeds of insurance policies on the premises are payable to the tenant.

Again, I see nothing here that gives meaning to the landlord's covenant to insure unrelated to the leasehold term; indeed, the existence of insurance is contemplated during the subsistence of the lease. At worst from the tenant's standpoint, the reference to insurance proceeds in the foregoing clause does not control the general effect of the landlord's covenant to insure, a covenant independently fixed in the lease. If the only significance of the covenant was in respect of the option to purchase, the

die qui, sans cela, lui aurait été transféré lors de l'exercice de l'option et avant la signature. Le risque de dommages reste donc à la charge du propriétaire en tant que vendeur jusqu'à la signature; je ne vois pas comment la conservation du produit de toutes les polices d'assurance pour le bénéfice du locataire-acheteur s'il désire en profiter en tant qu'acheteur, modifie l'effet de l'engagement pris par le locateur envers lui d'assurer les lieux pendant la durée du bail. Si cette stipulation a quelque effet, c'est de renforcer le point de vue selon lequel le locataire doit bénéficier de l'assurance que le propriétaire doit souscrire pour assurer les lieux.

Il existe une référence à l'option d'achat dans la clause (clause-type qui est la même dans les deux baux) qui prévoit les conséquences de dommages aux lieux loués imputables à l'un des événements prévus dans les exceptions énumérées aux clauses de réparations, notamment les dommages causés par incendie accidentel. Il y est prévu que si les locaux sont réparables dans les soixante jours, le propriétaire doit procéder aux réparations avec une célérité raisonnable et que le loyer est, pendant ce temps, supprimé si les locaux sont complètement inutilisables ou réduit proportionnellement à la mesure dans laquelle ils demeurent utilisables durant les réparations. Toutefois, si en raison de dommages causés par l'un des événements susdits, les locaux sont inutilisables et ne peuvent être réparés dans les soixante jours en faisant raisonnablement diligence, le bail prend alors fin à la date du sinistre, à moins que, dans les vingt jours qui suivent, le locataire n'ait exercé son option d'achat, auquel cas le produit des polices d'assurance y afférentes lui sera versé.

Une fois de plus, je ne vois rien ici qui donne un sens à l'engagement du propriétaire de s'assurer indépendamment du bail; en fait, l'existence de l'assurance n'est envisagée que tant que subsiste le bail. En mettant les choses au pire pour le locataire, la référence au produit de l'assurance dans la clause susdite n'affecte pas la portée générale de l'engagement du propriétaire de s'assurer, engagement consenti indépendamment dans le bail. Si cet engagement n'avait de signification qu'à l'égard de

reasonable expectation would be to find it tied to the option to purchase. There is no such tie here.

The result I would reach here is consistent with the weight of authority in the United States, and I refer to my discussion of some of the cases there in my reasons in the *Cummer-Yonge* case<sup>5</sup>, at p. 224. Two cases, more recent than those I cited in *Cummer-Yonge*, which reach the same exonerating result in favour of the tenant where the landlord has covenanted to insure are *General Accident Fire & Life Assurance Corp. Ltd. v. Traders Furniture Co.*<sup>6</sup> and *New Hampshire Ins. Co. v. Fox Midwest Theatres, Inc.*<sup>7</sup> The matter is treated as follows in 51C *Corpus Juris Secundum* (1968), at p. 1003:

... Where the covenant requires the lessor to maintain insurance to provide against loss by fire or storm, it has been construed as protecting both parties, especially where it further provides that the lessor is to use as much of the proceeds as is necessary for reconstruction in the event of fire or storm, and the lessee can rely on the covenant even if the fire was caused by his negligence, or the negligence of his employees. Under such a covenant, the lessor's obligation to effect and maintain insurance has been held a contractual obligation and to constitute a part of the consideration for the lessee's obligation to pay the rent stipulated in the lease. . . .

Only one case, *Winkler v. Appalachian Amusement Co.*<sup>8</sup>, is cited as going the other way and it is a case to which I referred in my reasons in *Cummer-Yonge*.

The two additional cases above-cited rely in large part on *General Mills Inc. v. Goldman*<sup>9</sup> referred to by me in the *Cummer-Yonge* case. There, even though there was no express covenant by the landlord to insure it was held that because on the evidence the landlord was to assume the cost of fire insurance, the tenant was entitled to the benefit thereof, and the fact that he had covenanted to yield up in repair, loss by fire

l'option d'achat, on s'attendrait raisonnablement à le trouver lié à celle-ci. Un tel lien n'existe pas ici.

Le résultat auquel j'en arrive ici est dans la ligne de la jurisprudence américaine et je renvoie à certaines affaires que j'ai discutées dans mes motifs de l'arrêt *Cummer-Yonge*<sup>5</sup>, à la p. 224. Il existe deux arrêts plus récents que ceux que j'y ai cités et qui exonèrent également le locataire lorsque le propriétaire s'est engagé à s'assurer. Il s'agit de *General Accident Fire & Life Assurance Corp. Ltd. v. Traders Furniture Co.*<sup>6</sup> et *New Hampshire Ins. Co. v. Fox Midwest Theatres, Inc.*<sup>7</sup> La question est traitée de la façon suivante dans le *Corpus Juris Secundum* 51C (1968), à la p. 1003:

[TRADUCTION] ... Quand l'engagement exige que le locateur s'assure contre les dommages causés par l'incendie ou la tempête, on l'a interprété comme protégeant les deux parties, spécialement lorsqu'il prévoit que le locateur peut affecter dans toute la mesure nécessaire le produit de l'assurance à la reconstruction en cas d'incendie ou de tempête, et le locataire peut se prévaloir de l'engagement même si l'incendie a été causé par sa négligence ou celle de ses employés. On a considéré que l'obligation du locateur de s'assurer en vertu d'un tel engagement est une obligation contractuelle qui sert en partie de cause à l'obligation du locataire de payer le loyer stipulé dans le bail. . . .

On cite un seul arrêt à l'effet contraire, *Winkler v. Appalachian Amusement Co.*<sup>8</sup> et je m'y suis référé dans mes motifs dans *Cummer-Yonge*.

Les deux autres arrêts cités ci-dessus se fondent en grande partie sur *General Mills Inc. v. Goldman*<sup>9</sup> auquel je me suis référé dans *Cummer-Yonge*. Même si le propriétaire ne s'était pas engagé expressément à s'assurer, il y a été jugé que, puisque selon la preuve le propriétaire devait prendre en charge les frais de l'assurance-incendie, le locataire avait le droit d'en bénéficier et que le fait qu'il s'était engagé à remettre en état les lieux

<sup>5</sup> [1976] 2 S.C.R. 221.

<sup>6</sup> (1965), 401 P. 2d 157 (Ariz.).

<sup>7</sup> (1969), 457 P. 2d 133 (Kans.).

<sup>8</sup> (1953), 79 S.E. 2d 185 (N.C.).

<sup>9</sup> (1950), 184 F. 2d 359, certiorari denied (1951), 340 U.S. 947.

<sup>5</sup> [1976] 2 R.C.S. 221.

<sup>6</sup> (1965), 401 P. 2d 157 (Ariz.).

<sup>7</sup> (1969), 457 P. 2d 133 (Kans.).

<sup>8</sup> (1953), 79 S.E. 2d 185 (N.C.).

<sup>9</sup> (1950), 184 F. 2d 359, certiorari refusé (1951), 340 U.S. 947.

excepted, reinforced the conclusion that the risk of loss by fire, even though caused by the tenant's negligence, came under the insurance coverage.

Finally, I wish to say a word about the judgment of this Court in *United Motors Service Inc. v. Hutson*<sup>10</sup>. The case concerned a subrogated action by certain insurance companies to recover from a negligent tenant the amount of the loss suffered by a landlord by reason of a fire which destroyed the leased premises, the insurers having paid the landlord who had taken out policies of insurance to cover loss by fire. The trial judge dismissed the action and the judgment of the Ontario Court of Appeal, which reversed him, (see [1936] O.R. 225) made it evident that the ground of dismissal related to the defendant tenant's liability either in negligence or on principles of strict liability. The appellant insurers argued *res ipsa loquitur* and obtained a finding in the Court of Appeal that in the circumstances there was an onus on the tenant which it had not discharged and that, consequently, there was liability for negligence. Although Masten J.A. in the Court of Appeal referred to a number of clauses in the lease, including a covenant by the lessor to pay all taxes and all premiums of insurance upon the buildings, there was no consideration given to the effect of this covenant in any of the three sets of reasons delivered in the Court of Appeal.

When the case came here, the sole question (as the reasons of Duff C.J. declare) was whether the evidence justified the judgment below fastening liability for negligence upon the tenant. The Chief Justice concluded that negligence could properly be inferred in the circumstances in the absence of explanation, and the explanations advanced did not neutralize or overturn the inference. He then added some observations on *res ipsa loquitur*. Kerwin J., who delivered the majority judgment, also dismissing the appeal, quoted some terms of the lease including the repairing covenants and the covenant of the lessor to pay taxes and premiums of insurance but then confined his remarks on the

loués, sauf dommages causés par incendie, renforçait la conclusion selon laquelle le risque de dommages causés par incendie, même si celui-ci était dû à la négligence du locataire, était couvert par l'assurance.

Pour finir, je veux dire un mot de l'arrêt de cette Cour dans *United Motors Service Inc. c. Hutson*<sup>10</sup>. Dans cette affaire, il s'agissait d'une action subrogatoire intentée par des compagnies d'assurance pour recouvrer d'un locataire négligent le montant des dommages subis par un propriétaire à la suite d'un incendie qui avait détruit les lieux loués; les assureurs avaient payé le propriétaire qui avait souscrit des polices d'assurance pour couvrir les dommages causés par incendie. Le juge de première instance rejeta l'action et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui infirma sa décision, (voir [1936] O.R. 225) indique nettement que le rejet était fondé sur l'absence de responsabilité du locataire défendeur soit pour négligence ou par responsabilité stricte. Les assureurs appellants invoquèrent la maxime *res ipsa loquitur* et firent conclure à la Cour d'appel que, dans les circonstances, le fardeau de la preuve incombait au locataire qui n'y avait pas satisfait et qu'en conséquence, il y avait responsabilité pour négligence. Bien qu'en Cour d'appel, le juge Masten se soit référé à un certain nombre de clauses du bail, y compris un engagement du locateur de payer toutes les taxes et toutes les primes d'assurance sur les bâtiments, la portée de cet engagement ne fut étudiée par aucun des trois juges qui ont écrit des motifs en Cour d'appel.

Quand l'affaire vint devant cette Cour, la seule question (selon les motifs du juge en chef Duff) fut de savoir si l'on était justifié, vu la preuve, de confirmer la décision de la Cour d'appel qui tenait le locataire responsable pour négligence. Le Juge en chef estima que la négligence pouvait être légitimement présumée dans les circonstances en l'absence d'explications et que les explications données n'avaient pas neutralisé ni renversé cette présomption. Il ajouta alors quelques observations sur la maxime *res ipsa loquitur*. Le juge Kerwin, qui rendit le jugement de la majorité, rejetant également le pourvoi, cita quelques clauses du bail, parmi lesquelles les clauses de réparations et l'en-

<sup>10</sup> [1937] S.C.R. 294, aff'g [1936] O.R. 225.

<sup>10</sup> [1937] R.C.S. 294, confirmant [1936] O.R. 225.

lease clauses to a consideration of the repairing covenants after referring to the answerability of lessees for voluntary and permissive waste in the light of *The Accidental Fires Act*, R.S.O. 1927, c. 146. There is thus, nothing in the *Hutson* case from which any conclusion could be drawn as to the effect of the covenant to pay insurance premiums. The point was simply not dealt with.

I would allow the appeal with costs in this Court and would vary the Order of the Court of Appeal to direct that the judgment at trial be varied to dismiss the claim of the plaintiff Smith and to reduce the damages payable to the plaintiff Tuck to \$2,800.

The judgment of Martland, Ritchie and de Grandpré JJ. was delivered by

**DE GRANDPRÉ J. (dissenting)**—This action arises out of a fire which occurred on February 1, 1966, in the City of Barrie. The principal appellant, The T. Eaton Company Limited (“Eaton”) rented contiguous premises from the respondent, Albert E. Smith (“Smith”) and the respondent Reginald E. Tuck (deceased) (“Tuck”), which premises were interconnected and used for Eatons’ business purposes as a department store. At the time of the fire, the tenancy of Eatons was held under the provisions of a lease from Smith and a lease from Tuck, both of which contained a similar covenant (no. 27 in the Smith lease and no. 25 in the Tuck lease):

AND the lessor covenants with the Lessee that he will, throughout the currency of this lease and any extension thereof, hereunder keep the buildings upon the said premises insured against loss by fire . . .

The last words of these clauses refer to the amount of the insurance which in effect was to be for the full insurable value of the building, a point which has no relevance here.

The action for damages negligently caused to the Smith and Tuck premises leased to Eatons was brought in the names of the landlords and it is common ground that, except to the extent of

gagement du locateur de payer les taxes et les primes d'assurance. Il limita ensuite ses remarques sur les clauses du bail à une étude des clauses de réparations, après s'être reporté à la responsabilité des locataires pour détérioration volontaire et par négligence à la lumière de *The Accidental Fires Act*, R.S.O. 1927, c. 146. Il n'y a donc aucune conclusion à tirer de l'arrêt *Hutson* quant à la portée de la clause de paiement des primes d'assurance. Le point n'y fut tout simplement pas traité.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant cette Cour et de modifier le dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel de sorte qu'il ordonne la modification du jugement de première instance de façon à ce que celui-ci rejette la réclamation du demandeur Smith et réduise les dommages payables au demandeur Tuck à \$2,800.

Le jugement des juges Martland, Ritchie et de Grandpré a été rendu par

**LE JUGE DE GRANDPRÉ (dissident)**—La présente action a pour origine un incendie survenu le 1<sup>er</sup> février 1966, en la ville de Barrie. La principale appelante, la compagnie T. Eaton Limitée («Eaton»), avait loué des locaux contigus de l'intimé Albert E. Smith («Smith») et de l'intimé feu Reginald E. Tuck («Tuck»). Ces locaux communiquaient et Eaton les utilisait à des fins commerciales comme magasin à rayons. A l'époque de l'incendie, Eaton occupait les locaux en vertu de deux baux, l'un passé avec Smith et l'autre passé avec Tuck, chacun contenant une clause semblable (n° 27 dans le bail Smith et n° 25 dans le bail Tuck):

[TRADUCTION] ET le locateur convient avec le locataire que, pendant toute la durée du bail et toute prolongation de celui-ci, il verra en vertu des présentes à assurer les bâtiments se trouvant sur lesdits lieux contre l'incendie . . .

Les derniers mots de ces clauses concernent le montant de l'assurance qui devait, en fait, être la pleine valeur assurable du bâtiment, point qui est sans importance ici.

Suite aux dommages causés par négligence auxdits locaux loués à Eaton, une action a été intentée au nom des propriétaires et il est admis que, exception faite de \$2,800, ce sont les assureurs

\$2,800, it was by way of subrogation by the fire insurers with whom Smith and Tuck had insured their respective premises. The Courts below have found, and the point is no longer in issue, that the fire was truly due to the negligence of an Eatons' employee, the late William F. Friel whose estate is also an appellant. The submissions addressed to us have been restricted to the contractual relationship between Eatons and its landlords and nothing will be said here about the possibility that the situation of Friel might be different from that of Eatons.

With this background, I turn to the point in issue: did the obligation to insure the premises undertaken by Smith and Tuck, when taken in the context of their respective leases to Eatons, include the obligation to insure against damage by fire negligently caused by the tenant? In other words, does the insuring covenant create an exception to the general rule of liability for negligently caused fire to the extent of the amount of insurance? To these questions, the Courts below have given a negative answer. I will say immediately that I am in agreement with them.

Like the Chief Justice, whose reasons I have had the advantage of reading, I feel that some basic principles are worth repeating:

- 1) a repairing covenant by the terms of which the tenant agrees to repair on notice "damage by fire excepted" does not exculpate the tenant from liability for a fire caused by its negligence;
- 2) the simple fact that the landlord has obtained fire insurance does not relieve the tenant of its obligation to make good the loss thus caused;
- 3) the subrogation rights of the landlord's insurers are coextensive with the recovery rights of the landlord under the lease;
- 4) if the landlord has waived its rights of recovery against the tenant in all circumstances, the insurer cannot recover from the negligent tenant;

contre l'incendie auprès desquels Smith et Tuck avaient assuré leurs locaux respectifs, qui l'ont intentée par voie de subrogation. Les tribunaux d'instance inférieure en sont arrivés à la conclusion, et le point n'est plus en question, que l'incendie était vraiment dû à la négligence d'un employé d'Eaton, feu William F. Friel, dont la succession est également appelante. Les préentions soumises à la Cour ont été restreintes à la relation contractuelle entre Eaton et les propriétaires et on n'examinera pas ici la possibilité que la situation de Friel puisse être différente de celle d'Eaton.

Ceci dit, j'en viens au point en litige: est-ce que l'obligation d'assurer les locaux contractée par Smith et Tuck, dans le contexte des baux qu'ils avaient respectivement passés avec Eaton, comprenait l'obligation de les assurer contre un incendie causé par la négligence du locataire? En d'autres termes, est-ce que la clause d'assurance crée, à concurrence du montant de l'assurance, une exception au principe général de responsabilité pour un incendie causé par négligence? A ces questions, les tribunaux d'instance inférieure ont répondu par la négative. Je dois dire immédiatement que je suis d'accord avec eux.

Comme le Juge en chef, dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs, j'estime qu'il convient de rappeler quelques principes fondamentaux:

- 1) une clause de réparations par laquelle le locataire accepte de réparer sur demande «sauf dommages causés par le feu» ne l'exonère pas de sa responsabilité pour un incendie causé par sa négligence;
- 2) le simple fait que le propriétaire se soit assuré contre l'incendie ne relève pas le locataire de son obligation de réparer les dommages ainsi causés;
- 3) les droits du propriétaire auxquels les assureurs sont subrogés ne s'étendent pas au-delà de ce que le propriétaire peut recouvrer en vertu du bail;
- 4) si le propriétaire a renoncé à ses droits de recouvrer des dommages contre le locataire en toutes circonstances, l'assureur ne peut les exercer contre le locataire négligent;

- 5) fire insurance by definition provides indemnity to the insured mentioned in the policy for both accidental fire and negligently caused fire (there is no suggestion here of gross negligence);
- 6) a clear covenant between landlord and tenant that the fire insurance to be obtained by the landlord will be for the benefit of both, will constitute a bar to the subrogation action of the insurer.

As to principles 4 and 6 above, I assume that prior to the loss, the insurer has been made aware of the waiver or of the covenant. In view of the conclusion I reach in the case at bar, I express no opinion on a point raised by respondent that, in such cases, if the insurer has not agreed before the fire to the waiver or to the covenant, the insurance may well be invalid. On this point, respondents have referred us to the reasons of Pigeon J. in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*<sup>11</sup>, at p. 250:

In view of the reference to insurance, it appears to me that consideration can properly be given to the effect of the insurer's statutory right to subrogation (R.S.O. c. 224, s. 126). The consequence is obviously that the lessor is liable to lose the benefit of the policy if the fire is due to the tenant's negligence and the latter has been relieved from that responsibility. An insurer is entitled not to be deprived of the benefit of subrogation without his consent. Of course, this consequence can be avoided either by the insurer contracting to insure the tenant's interest as well as the owner's or by the insurer waiving subrogation. The necessity of such special stipulation to avoid undesirable consequences is an added reason for not lightly construing an exculpatory clause as releasing a tenant from negligence.

and to Ivamy in *General Principles of Insurance Law*, 2nd ed., 1970, p. 421, foot-note no. 9.

These principles having been recalled, I am unable, with respect, to reach the conclusion that the insurance covenant quoted at the outset of these reasons would have no meaning if it did not amount either to a waiver by the landlords of their

- 5) par définition, l'assurance-incendie prévoit l'indemnisation de l'assuré indiqué dans la police à la fois pour les incendies accidentels et les incendies dus à la négligence (rien n'indique en l'espèce qu'il y ait eu négligence grossière);
- 6) si le propriétaire et le locataire ont clairement convenu que l'assurance-incendie que doit obtenir le propriétaire sera pour leur commun bénéfice, cela constitue une fin de non-recevoir à l'action subrogatoire de l'assureur.

En ce qui concerne les principes 4 et 6 ci-dessus, je présume qu'antérieurement au sinistre, l'assureur a été mis au courant de la renonciation ou de la convention. Vu la conclusion à laquelle je parviens en l'espèce, je ne me prononce pas sur un point soulevé par l'intimé selon lequel, dans de tels cas, il se pourrait que l'assurance soit invalide, si l'assureur n'a pas, avant le sinistre, consenti à la renonciation ou à la convention. A cet égard, les intimés nous ont renvoyés aux motifs du juge Pigeon dans *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*<sup>11</sup>, à la p. 250:

Puisqu'on renvoie à l'assurance, il me paraît convenable d'examiner l'effet du droit statutaire de l'assureur à la subrogation (R.S.O. c. 224, art. 126). Ce droit a évidemment pour conséquence que le locataire est exposé à perdre le bénéfice de la police si l'incendie est imputable à la négligence du locataire et celui-ci a été déchargé de la responsabilité qui en découle. On ne peut priver un assureur du bénéfice de la subrogation sans son consentement. Évidemment, ceci peut être évité, soit que l'assureur émette une police couvrant l'intérêt du locataire aussi bien que celui du propriétaire, soit que l'assureur renonce à la subrogation.

Ils nous ont également renvoyés à Ivamy, *General Principles of Insurance Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1970, p. 421, note 9.

Ce rappel de principes fait, il m'est impossible, avec égards, d'en conclure que la clause d'assurance citée au début de ces motifs serait sans signification si elle n'équivalait pas soit à une renonciation des propriétaires à leurs droits de

<sup>11</sup> [1976] 2 S.C.R. 221.

<sup>11</sup> [1976] 2 R.C.S. 221.

recovery rights in case of negligently caused fires or to an undertaking by them to obtain insurance in favour of all parties to the lease for fires of that type. Under one heading or the other, such a result would constitute an exception to the general rule of liability and cannot be reached unless it is clear that such was the intention of the contracting parties and that no other reading of the entire contracts is possible.

On the aspect of intention, the following points have to be kept in mind:

- 1) as found by the trial judge, the leases were prepared by Eatons; any doubt must be interpreted against it;
- 2) the first Smith lease is dated October 5, 1954 (and it is not different in any major respect from that in existence at the time of the fire) when our Court had recently indicated that a covenant by the landlord to pay all premiums of insurance upon the tenanted buildings was not a bar to an action in recovery after a fire. *United Motors Service, Inc. v. Hutson*<sup>12</sup>;
- 3) the second Smith lease dated March 1, 1961 and the Tuck lease dated July 28, 1960 were signed after the courts in Ontario had followed the *Hutson* case and had held that the lessor's covenant to pay all premiums of insurance on the building did not absolve the tenant from repairing under his covenant to repair damage to the building resulting from a fire caused by the tenant's negligence. See *Shell Oil Co. of Canada Ltd. v. White Motor Co. of Canada Ltd. and Ziegler*<sup>13</sup> and *Norman v. J. L. Edwards Motor Sales Ltd.*<sup>14</sup>, two cases where the tenant had also covenanted to pay any increased premiums by reason of the use of the premises;
- 4) each one of these three leases covers at least twelve pages of the appeal book and contains a minimum of twenty-nine paragraphs; the

recouvrer des dommages en cas d'incendie causé par la négligence, soit à un engagement de leur part de s'assurer en faveur de toutes les parties au bail contre les incendies de cette nature. Que ce soit d'un point de vue ou de l'autre, pareil résultat constituerait une exception aux principes généraux de la responsabilité et ne peut être admis que s'il est clair que telle était l'intention des parties contractantes et qu'aucune autre interprétation de l'ensemble des contrats n'est possible.

Sur la question de l'intention, il faut garder présents à l'esprit les points suivants:

- 1) selon les conclusions du juge de première instance, les baux ont été préparés par Eaton; tout doute doit s'interpréter contre elle;
- 2) le premier bail Smith est daté du 5 octobre 1954 (et il ne diffère sur aucun point majeur de celui qui était en vigueur au moment de l'incendie), peu de temps après que cette Cour eut indiqué que le fait qu'un propriétaire s'engage à payer toutes les primes d'assurance des lieux loués ne rend pas irrecevable une action en recouvrement de dommages après un incendie. *United Motors Service, Inc. c. Hutson*<sup>12</sup>;
- 3) le second bail Smith en date du 1<sup>er</sup> mars 1961 et le bail Tuck en date du 28 juillet 1960 ont été signés après que les cours de l'Ontario eurent suivi l'arrêt *Hutson* et jugé que l'engagement pris par le locateur de payer toutes les primes d'assurance du bâtiment ne dispense pas le locataire de son obligation, en vertu de la clause de réparations, de réparer les dommages au bâtiment résultant d'un incendie causé par sa négligence. Voir *Shell Oil Co. of Canada Ltd. v. White Motor Co. of Canada Ltd. and Ziegler*<sup>13</sup> et *Norman v. J. L. Edwards Motor Sales Ltd.*<sup>14</sup>, deux affaires où le locataire s'était également engagé à payer toute augmentation de primes due à l'utilisation des locaux;
- 4) chacun de ces trois baux couvre au moins douze pages du dossier d'appel et comporte un minimum de vingt-neuf paragraphes; les con-

<sup>12</sup> [1937] S.C.R. 294.

<sup>13</sup> (1957), 8 D.L.R. (2d) 753.

<sup>14</sup> (1958), 15 D.L.R. (2d) 211.

<sup>12</sup> [1937] R.C.S. 294.

<sup>13</sup> (1957), 8 D.L.R. (2d) 753.

<sup>14</sup> (1958), 15 D.L.R. (2d) 211.

concepts of fire, liability, insurance, etc., were certainly paramount in the mind of Eatons, the drafter, as appears from the following examples taken from the 1954 Smith lease:

- a) the word "fire" appears seven times in clause 4 alone;
- b) a lengthy clause 8 deals with the effect of a fire on a continuation of the lease depending on the importance of the damage;
- c) apart from the insurance covenant under examination in the case at bar, there are at least four other references to one aspect or another of insurance;
- d) the necessary repairs due to "the carelessness of the lessee" shall be borne by it (21);
- e) the non responsibility of the lessor in certain cases is spelled out in two clauses.

All of which must be read against a background of legal knowledge which is not surprising when dealing with a large sophisticated tenant like Eatons; specific reference is made in the leases to three Ontario statutes. So much for the intention; the silence of the leases as to the situation of the parties after a fire caused by the negligence of the tenant cannot establish a meeting of the minds to change the general law.

And such a change cannot be read into the lease on the ground that the insurance covenant cannot have any other purpose. I agree with respondents' submission that the subject matter for the insurance covenant can be found in the need for:

- (a) a funding mechanism to support the lessee's option to purchase the demised premises, and
- (b) an assurance of each lessor's capacity to rebuild the structure and permit resumption or continuance of the lease in the event of fire having occurred.

In this sense and for these purposes, the insurance covenant enured to the benefit of the lessee but it did not go any further. I make my own the follow-

cepts d'incendie, de responsabilité, d'assurance, etc., étaient sans aucun doute de première importance dans l'esprit de la rédactrice, Eaton, comme le montrent les exemples suivants tirés du bail Smith de 1954:

- a) on trouve sept fois le mot «incendie», dans la seule clause 4;
- b) la clause 8 qui est longue traite des effets d'un incendie sur la continuation du bail, selon l'importance des dommages;
- c) mise à part la clause d'assurance, objet du présent litige, il existe au moins quatre autres références à un aspect ou un autre de l'assurance;
- d) les réparations rendues nécessaires par «le manque de soin du locataire» sont à la charge de celui-ci (21);
- e) deux clauses prévoient expressément la non-responsabilité du locateur dans certains cas.

Le tout doit être lu compte tenu d'une connaissance du droit qui n'est pas surprenante lorsque l'on a affaire à un locataire important et organisé comme Eaton; des renvois précis sont faits dans les baux à trois lois ontariennes. Voilà pour l'intention; le silence des baux sur la situation des parties après un incendie causé par la négligence du locataire ne peut établir que les volontés se sont rencontrées pour déroger aux règles de droit ordinaires.

On ne peut déduire une telle dérogation du bail au motif que la clause d'assurance ne peut avoir d'autre but. Je suis d'accord avec la prétention des intimés selon laquelle on peut trouver la raison d'être de la clause d'assurance dans le besoin de fournir:

[TRADUCTION]

- a) un mécanisme de financement pour maintenir l'option d'achat du locataire sur les lieux loués, et
- b) l'assurance pour chaque locateur de pouvoir reconstruire le bâtiment et permettre la reprise ou la continuation du bail dans l'éventualité d'un incendie.

En ce sens et à cette fin, la clause d'assurance joue au bénéfice du locataire, mais elle ne va pas plus loin. Je fais mien le passage suivant du jugement

ing words taken from the judgment at trial<sup>15</sup> at p. 385:

In each of the Smith and Tuck leases there is an express provision providing Eatons with an option to purchase the premises at a fixed price. The insurance monies are to be held in trust in the event that Eatons exercises its option, and should the premises be damaged, Eatons would be entitled to receive the insurance money as part of the transfer of title. The intention of the clause requiring the landlord to carry insurance is obviously to protect Eatons in the event they decide to exercise their option to purchase.

I also agree with what the Court of Appeal wrote on the subject:

Finally, both leases contain option to purchase clauses in similar language. The language of clause 11(a) of the Smith lease and clause 8(a) of the Tuck lease is virtually identical and provides that if the premises are wholly or partially damaged by fire, lightning, tempest, etc., that they cannot be repaired in 60 days, then the Lessee shall have 20 days from the happening of such damage to exercise its option to purchase and if it so exercises its option 'the proceeds of all insurance policies thereon shall be paid to the lessee'. The exact clause in the Smith lease reads as follows:

11. PROVIDED that if during the continuation of this lease (a) If the building or the leased premises is wholly or partially damaged by fire, lightning, tempest, riot, civil commotion, structural defects, acts of God or the Queen's enemies so as to render the leased premises wholly unfit for occupancy, and if they shall be so badly injured that they cannot be repaired with reasonable diligence within sixty days of the happening of such injury, then this lease shall, unless the Lessee shall within twenty days of the happening of such damage have exercised its option to purchase the leased premises hereinafter provided, cease and become null and void from the date of such damage or destruction, and the said option to purchase shall be cancelled and the Lessee shall immediately surrender the premises and all interest therein to the Lessor, and the Lessee shall pay rent only to the time of such surrender and in case of destruction, or partial destruction as above mentioned, the Lessor may re-enter or re-possess the premises discharged of this lease, and may remove all parties therefrom; in the event that the Lessee shall within twenty days from the happening of such damage have exercised its option to purchase the said premises, the proceeds of

de première instance<sup>15</sup>, à la p. 385:

[TRADUCTION] Dans chacun des baux Smith et Tuck, une disposition expresse donne à Eaton une option d'achat sur les lieux à un prix déterminé. Le produit des assurances doit être conservé en fiducie au cas où Eaton exercerait son option, et dans l'éventualité de dommages aux locaux, Eaton aura le droit de recevoir le produit de l'assurance au titre de transfert de propriété. La clause exigeant du propriétaire qu'il s'assure a évidemment pour but de protéger Eaton au cas où elle déciderait d'exercer son option d'achat.

Je suis également d'accord avec ce que la Cour d'appel a écrit sur le sujet:

[TRADUCTION] Finalement, les deux baux contiennent des clauses d'option d'achat rédigées en termes semblables. Les termes de la clause 11(a) du bail Smith et de la clause 8(a) du bail Tuck sont virtuellement identiques et prévoient que si les locaux sont totalement ou partiellement endommagés par le feu, la foudre, les intempéries, etc., et qu'ils ne peuvent être réparés dans les 60 jours, la locataire aura alors 20 jours à compter de la survenance du sinistre pour exercer son option d'achat et que, si elle l'exerce, «le produit de toutes polices d'assurance y afférentes lui sera versé». La clause du bail Smith se lit exactement comme suit:

11. ÉTANT ENTENDU que pendant la durée du présent bail (a) Si le bâtiment ou les locaux loués sont totalement ou partiellement endommagés par le feu, la foudre, les intempéries, une émeute, une insurrection civile, des vices de structure, des cas de force majeure ou les ennemis de la Reine de façon à être rendus inutilisables et s'ils sont tellement endommagés qu'ils ne peuvent être réparés en faisant raisonnablement diligence dans les soixante jours après la survenance du sinistre, alors, à moins que dans les vingt jours après la survenance dudit sinistre, le locataire n'ait exercé son option d'achat des lieux loués prévue aux présentes, le présent bail sera résilié à compter de la date dudit sinistre, et ladite option d'achat sera annulée et le locataire restituera immédiatement les lieux et tout droit à leur égard au locateur, et le locataire paiera seulement le loyer jusqu'à la date de cette restitution et en cas de destruction, ou de destruction partielle telle qu'indiquée ci-dessus, le locateur pourra pénétrer de nouveau dans les lieux déchargés du présent bail et en repren dre possession et pourra en évincer toutes parties; dans le cas où, dans les vingt jours après la survenance dudit sinistre, le locataire aura exercé son option

<sup>15</sup> [1972] I.L.R. 381.

<sup>15</sup> [1972] I.L.R. 381.

all insurance policies thereon shall be paid to the Lessee;

Notwithstanding the forceful argument put forward, we are unable to read into that clause an intention to release the lessee of liability for negligently caused fires. The clause must be read together with clause 31 of the Smith lease, which gives to the lessee an irrevocable option to purchase the demised premises during the term of the lease, at a stated price. The clause provides for notice of intention to exercise the option, closing date, title, adjustments, etc., and adds:

The said premises shall be and remain at the risk of the Lessor until closing. Pending completion of the sale, the Lessor will hold all insurance policies and the proceeds thereof in trust for the parties as their interests may appear and in the event of damage to the said premises, the Lessee may either have the proceeds of the insurance and complete the purchase or may cancel the agreement of sale and purchase. Upon the completion of the purchase from the Lessor by the Lessee of the said lands and buildings, this lease and all covenants therein contained shall be void and of no effect.

Clause 26 of the Tuck lease contains a similar provision. We are of the opinion that clause 11(a) of the Smith lease and clause 8(a) of the Tuck lease were meant to preserve to the lessee the right to exercise the option to purchase the premises for 20 days after a fire whether or not the fire was caused by the negligence of the lessee. They appear to be entirely irrelevant in the determination of responsibility for fires negligently caused by the lessee. It seems clear that within 20 days after the fire, the lessee could have exercised the option to purchase and opted to receive all insurance proceeds. We fail to see how this option agreement could operate in a manner which would deprive the insurer of its subrogation rights.

The thrust of appellants' submission is that the question has been decided in their favour by this Court in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*<sup>16</sup> and in *Ross Southward Tire Ltd. v. Pyrotech Products Ltd.*<sup>17</sup> I cannot accede to that proposition.

In *Cummer-Yonge*, the factual situation was so different that the Court of Appeal was right in not applying it in the case at bar. The turning point in

d'achat des lieux loués, le produit de toutes polices d'assurance y afférentes lui sera versé;

Malgré la vigueur des arguments présentés, il nous est impossible de trouver dans cette clause une intention de relever le locataire de sa responsabilité pour les incendies causés par la négligence. La clause doit être lue en corrélation avec la clause 31 du bail Smith, qui donne au locataire une option irrévocable d'achat des lieux loués pendant la durée du bail, à un prix indiqué. La clause traite de l'avis d'intention d'exercer l'option, de la date de signature, du titre de propriété, des ajustements, etc., et ajoute:

Lesdits lieux seront et demeureront aux risques du locateur jusqu'à la signature du contrat de vente. Tant que la vente ne sera pas conclue, le locateur conservera toutes les polices d'assurance et leur produit en fiducie pour les parties selon leurs droits respectifs et, en cas de dommages causés auxdits locaux, le locataire peut retirer le produit de l'assurance et conclure la vente ou annuler la convention de vente et d'achat. Lors de la conclusion de la vente desdits biens-fonds et bâtiments par le locateur au locataire, le présent bail et tous les engagements qu'il comporte seront nuls et de nul effet.

La clause 26 du bail Tuck contient une disposition semblable. Nous sommes d'avis que la clause 11(a) du bail Smith et la clause 8(a) du bail Tuck étaient destinées à préserver le droit du locataire d'exercer l'option d'achat dans les 20 jours suivant un incendie, que celui-ci ait été ou non causé par sa négligence. Elles paraissent n'avoir aucun rapport avec la détermination de la responsabilité pour des incendies causés par la négligence du locataire. Il semble clair que, dans les 20 jours suivant l'incendie, le locataire aurait pu exercer l'option d'achat et décider de percevoir le produit des assurances. Nous n'arrivons pas à voir comment l'option convenue pouvait jouer de façon à priver l'assureur de ses droits de subrogation.

L'argument majeur des appelantes est que cette question a été tranchée en leur faveur par cette Cour dans les arrêts *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*<sup>16</sup> et *Ross Southward Tire Ltd. c. Pyrotech Products Ltd.*<sup>17</sup> Je ne peux faire droit à cet argument.

Dans *Cummer-Yonge*, les faits étaient si différents que la Cour d'appel a eu raison de ne pas appliquer l'arrêt au cas présent. Le point décisif de

<sup>16</sup> [1976] 2 S.C.R. 221.

<sup>17</sup> [1976] 2 S.C.R. 35.

<sup>16</sup> [1976] 2 R.C.S. 221.

<sup>17</sup> [1976] 2 R.C.S. 35.

*Cummer-Yonge* is to be found in the following words of the Chief Justice (at p. 230):

What is significant about the lease in this case is that nowhere in it is there found the usual tenant's repairing covenant, which generally reads 'to repair, reasonable wear and tear and damage by fire, lightning and tempest only excepted'. Instead, the lease (as in para. 8(10)(1)) requires the tenant to take good and proper care, and make needed repairs and replacements, except for reasonable wear and tear and damage to the building caused by perils against which the lessor is obliged to insure; and again (as in para. 8(10)(2)), the tenant must repair according to notice, and surrender the premises in the required condition of maintenance, except for reasonable wear and tear subject to the insurance provisions of the lease. The excepted liability, referable to the lessor's insurance obligation, is reinforced by para. 5, in which the words 'insurance covering all its obligations to repair', which refer to the tenant, are struck out; and it is undeniable that ordinarily the obligations to repair would include obligations to repair damage from fire caused by the tenant's negligence. Again, para. 8(22) shows the words 'insurance upon all glass and plate glass in the leased premises and property damage insurance' struck out in a clause otherwise referring to the tenant's obligation to effect insurance; the obligation is limited to public liability insurance.

The connection between these matters and the lessor's insurance obligations under para. 9 are very clear under the terms of subparagraphs (2) and (5) of para. 9. There is an express undertaking by the lessor to the lessee to insure the shopping centre, including the building which embraces the leased premises, an undertaking explicitly directed to all risk of loss or damage by fire (the emphasis is mine); and further, and of great significance is the lessor's obligation, reasonable wear and tear excepted, to repair the outer-side walls, roof, floors and foundation of the building of which the leased premises form part, and damage to the building caused by perils against which the lessor is obliged to insure. These perils include, as already indicated, all risk of loss or damage by fire.

The underlined words evidence a situation radically different from the one under consideration here.

*Cummer-Yonge* se trouve dans le passage suivant des motifs du Juge en chef (à la p. 230):

Ce qui est significatif dans le bail en l'espèce c'est que nulle part on n'y trouve l'engagement usuel du locataire d'effectuer les réparations, lequel se lit généralement comme suit [TRADUCTION] «d'effectuer les réparations, sauf la détérioration et l'usure normales et les dommages résultant du feu, de la foudre et des intempéries». En revanche, le bail (à l'al. 1 du par. (10) de la cl. 8) exige que le locataire maintienne les lieux en bon état d'entretien et qu'il fasse les réparations et remplacements nécessaires, sauf la détérioration et l'usure normales et les dommages causés au bâtiment par des risques contre lesquels le locateur est obligé de s'assurer; et de plus, (à l'al. 2 du par. (10) de la cl. 8), le locataire doit effectuer les réparations lorsque requis et remettre les lieux loués en bon état d'entretien, sauf la détérioration et l'usure normales et les dispositions du bail relatives à l'assurance. L'exception de responsabilité, qui réfère à l'obligation du locateur de s'assurer, est renforcée par la cl. 5, dans laquelle les mots [TRADUCTION] «assurance couvrant toutes ses obligations relatives aux réparations», ayant trait aux obligations du locataire, sont rayés; et il est incontestable que l'obligation d'effectuer les réparations comprend ordinairement l'obligation de réparer les dommages causés par le feu résultant de la négligence du locataire. De plus, on voit qu'au par. (22) de la cl. 8 les mots [TRADUCTION] «assurance couvrant toutes les vitres et les glaces polies situées sur les lieux loués et une assurance contre les dommages matériels» sont rayés dans une clause qui par ailleurs vise l'obligation du locataire de s'assurer, cette obligation est restreinte à l'assurance de responsabilité civile.

La relation entre ces matières et les obligations d'assurance du locateur en vertu de la cl. 9 est très claire selon le texte des par. (2) et (5) de cette cl. 9. Il y a un engagement exprès du locateur envers le locataire d'assurer le centre commercial, y compris le bâtiment où sont situés les lieux loués, un engagement qui couvre explicitement tous les risques de dommages ou de pertes par le feu (j'ai souligné tous); de plus, et c'est très significatif, il y a l'obligation du locateur d'effectuer les réparations, sauf la détérioration et l'usure normales, aux murs extérieurs, au toit, aux planchers et aux fondations du bâtiment dans lequel sont situés les lieux loués, ainsi que celles nécessitées par des dommages au bâtiment causés par des risques contre lesquels le locateur doit s'assurer. Ces risques comprennent, comme on l'a déjà mentionné, tous les risques de pertes ou de dommages causés par le feu.

Les mots soulignés mettent en relief une situation radicalement différente de celle que nous avons à examiner ici.

The *Pyrotech* case was urged upon the Court of Appeal which, however, did not refer to it in its reasons. Quite rightly so. As stated by the Chief Justice in that case, speaking for the majority, the question at issue was whether the risk of loss by fire, including negligence or not, passed to the landlord under a provision of the lease obligating the tenant to pay the insurance rates. In that case, the rates had been billed to the tenant and paid by it. And the issue was decided as follows (at p. 40):

In this respect the tenant may be said to have qualified its obligation to repair beyond the normal exception of not being liable for accidental fire. It has paid for an expected benefit, as between itself and its landlord which any standard fire policy would reflect in providing indemnity to the landlord and which the policy taken out in this case did reflect. It follows, in my opinion, that it may make a difference whether, as in the *Hutson* case, the landlord undertakes to pay insurance premiums and whether, as in this case, it is the tenant who covenants to pay them.

If in the case at bar, there is any need for the authority of a decided case, I would find it in *Hutson*. There, the obligation assumed by the landlord to pay the insurance premiums upon the buildings was held insufficient to permit the tenant to escape liability for fire caused by its negligence. I cannot find any difference of substance between that obligation and the one expressed in the leases under consideration to obtain insurance. Appellants have submitted that *Hutson* can be distinguished on the basis that the lease did not spell out that the covenant to pay the premiums referred to insurance against damage by fire; this is tenuous indeed when the obvious type of insurance to be obtained upon a building is fire insurance.

A last word. It seems to me that behind the legal façade, what appellants are really trying to achieve is a policy statement that actions in recovery by fire insurers should be kept to a minimum and only resorted to in case of a negligence that is extreme (I have used on purpose a word that is still neutral

On a attiré l'attention de la Cour d'appel sur l'arrêt *Pyrotech*. Elle ne s'y est cependant pas référée dans ses motifs et elle a eu parfaitement raison. Comme l'a indiqué le Juge en chef, parlant au nom de la majorité dans cette affaire, la question en litige était de savoir si le risque de dommages causés par un incident, que celui-ci soit ou non dû à la négligence, passait à la charge du propriétaire en vertu d'une disposition du bail obligeant le locataire à payer les primes d'assurance. Dans cette affaire, les primes avaient été facturées au locataire et payées par celui-ci. La question a été tranchée ainsi (à la p. 40):

A cet égard, on peut dire que le locataire a modifié son obligation de réparation au-delà de l'exception courante pour l'incendie accidentel. Il a payé pour bénéficier envers son propriétaire, de ce que toute assurance-incendie ordinaire procure au propriétaire, comme c'est d'ailleurs le cas pour la police obtenue en ce cas-ci. Selon moi, ce n'est donc pas la même chose si, comme dans l'affaire *Hutson*, c'est le propriétaire qui s'engage à payer les primes d'assurance ou si c'est le locataire qui s'y oblige.

Dans la présente espèce, s'il faut vraiment s'appuyer sur un précédent, ce serait sur *Hutson*. Dans cette affaire, il a été jugé que l'obligation de payer les primes d'assurance des bâtiments assumée par le propriétaire ne suffit pas à permettre au locataire d'échapper à sa responsabilité pour un incendie causé par sa négligence. Je ne peux trouver de différence fondamentale entre cette obligation et l'obligation d'assurance exprimée dans les baux en l'espèce. Les appelantes ont prétendu qu'une distinction pouvait être faite avec l'affaire *Hutson* en se fondant sur le fait que le bail ne disait pas expressément que l'engagement de payer les primes portait sur une assurance contre les dommages causés par un incendie; distinction bien mince en vérité, car manifestement le type d'assurance à contracter pour un bâtiment est une assurance-incendie.

Un dernier mot. Il me semble que, derrière la façade juridique, ce que les appelantes cherchent réellement à obtenir, c'est une déclaration de principe selon laquelle les actions des assureurs contre l'incendie en recouvrement de dommages devraient être réduites au minimum et qu'on ne devrait y

in legal parlance). Whether or not such a policy is to be adopted cannot be our concern. One thing is sure: equity does not enter into the picture here, the tenant being strong enough to fend for itself. And I doubt that in this era of generalized liability insurance, more than a handful of tenants could find themselves paying such claims out of their own pockets.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal allowed with costs, MARTLAND, RITCHIE and DE GRANDPRÉ JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Borden & Elliot, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Seabrook, Outerbridge, McElwain & Burk, Toronto.*

avoir recours qu'en cas de négligence extrême (j'emploie à dessein un mot qui est encore neutre dans le langage juridique). Qu'il y ait lieu ou non d'adopter un tel principe, cela ne peut être de notre ressort. Une chose est sûre: l'équité n'est pas en jeu ici, l'appelante étant assez forte pour prendre soin de ses intérêts. Et je doute qu'en cette époque d'assurance responsabilité généralisée, il y ait plus qu'une poignée de locataires qui puissent se trouver à payer de telles sommes de leurs propres deniers.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MARTLAND, RITCHIE et DE GRANDPRÉ dissidents.*

*Procureurs des appelantes: Borden & Elliot, Toronto.*

*Procureurs des intimés: Seabrook, Outerbridge, McElwain & Burk, Toronto.*