

**Antonio Panzera, Giuseppe Valiante,
Francesco Tatta and Andrea Barbiero**
Appellants

v.

**Simcoe & Erie Insurance Company, General
Accident Insurance and Balboa Insurance
Company Respondents**

INDEXED AS: NATIONAL BANK OF GREECE (CANADA)
v. KATSIKONOURIS

File No.: 21341.

1990: March 20; 1990: October 4.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory
and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Insurance — Fire insurance — Nature and effect of
hypothecary (mortgage) clause — Misrepresentations
by hypothecary debtor when insurance policy purchased
— Whether nullity ab initio of insurance policy can be
invoked against hypothecary creditors.*

A businessman obtained a loan from appellants and hypothecated one of his properties to secure its repayment. The hypothecary deed of loan provided that the debtor undertook to insure the hypothecated property in favour of appellants and in fulfilment of this obligation the debtor later purchased a fire insurance policy from respondent insurers. This policy contained a standard mortgage clause (or standard hypothecary clause) which provided that "this insurance . . . is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk". The debtor's property was destroyed by fire and the insurers refused to pay appellants the indemnity, alleging that the policy was void *ab initio* as the result of misrepresentations by the debtor when the policy was purchased. The latter allegedly did not disclose the occurrence of criminal fires on the insured premises and the refusal by the previous insurer to continue insuring the property. Relying on the mortgage clause, appellants then brought an action against the insurers for payment of the indemnity. The Superior Court allowed the action but the Court of Appeal reversed this judgment. This appeal is to determine

**Antonio Panzera, Giuseppe Valiante,
Francesco Tatta et Andrea Barbiero**
Appelants

a c.

**Simcoe & Érié Compagnie d'assurance,
General Accident Insurance et Balboa
Insurance Company Intimées**

b RÉPERTORIÉ: BANQUE NATIONALE DE GRÈCE
(CANADA) c. KATSIKONOURIS

N° du greffe: 21341.

1990: 20 mars; 1990: 4 octobre.

c

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

d

*Assurance — Assurance-incendie — Nature et effet
de la clause hypothécaire — Fausses représentations du
débiteur hypothécaire lors de la souscription de la
police d'assurance — La nullité ab initio de la police
d'assurance est-elle opposable aux créanciers hypothé-
caires?*

Un homme d'affaires a obtenu un prêt de la part des appelants et a hypothéqué un de ses immeubles pour en garantir le remboursement. L'acte de prêt hypothécaire prévoit que le débiteur s'engage à assurer le bien hypothéqué au bénéfice des appelants et c'est en exécution de cette obligation que le débiteur a plus tard souscrit auprès des assureurs intimés une police d'assurance-incendie. Cette police contient une clause hypothécaire type qui stipule que ne «sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées». L'immeuble du débiteur a été détruit par un incendie et les assureurs ont refusé de payer l'indemnité aux appelants alléguant la nullité *ab initio* de la police en raison de fausses représentations de la part du débiteur lors de la souscription de la police. Ce dernier n'aurait pas dévoilé l'existence d'incendies criminels sur les lieux assurés ainsi que le refus de l'assureur antérieur de continuer à assurer l'immeuble. Invoquant la clause hypothécaire, les appelants ont alors intenté une action contre les assureurs afin d'obtenir paiement de l'indemnité. La Cour supérieure a accueilli l'action mais la Cour d'appel a infirmé ce jugement. Le présent pourvoi

whether the nullity *ab initio* of the insurance policy, resulting from misrepresentations by the hypothecary debtor at the time the policy was purchased, can be invoked against the hypothecary creditors.

Held (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, Cory and McLachlin JJ.: When insuring its own interest in the property, the hypothecary debtor also assumed a mandate to take out a separate and distinct contract of insurance to insure the hypothecary creditors' interest in the hypothecated property. The insurers cannot refuse to honour this independent contract (the standard mortgage clause) with the hypothecary creditors on discovering that their contract with the hypothecary debtor was issued on the basis of misrepresentations or omissions such that it was null *ab initio*. The standard mortgage clause makes no distinction between acts and neglects of the hypothecary debtor committed at the inception of the policy, and acts and neglects subsequent to its formation. The clause is written in clear and untechnical language and simply states that the insurance of the hypothecary creditors will not be invalidated by any omission or misrepresentation of the hypothecary debtor. In the face of this unequivocal representation, the courts should not import interpretative subtleties where none exist. Where the contract is unambiguous, and its meaning clear, there is no occasion for construction. The insurance of the hypothecary creditors cannot, therefore, be invalidated by any act or neglect of the hypothecary debtor, be it at the inception of the policy, or subsequent to its formation. The validity of this independent contract depends solely on the course of action between the hypothecary creditors and the insurers. To hold otherwise would distort the plain and ordinary language used in the clause.

The *ejusdem generis* rule finds no application in the context of the standard mortgage clause. The precondition for application of the rule is not met, for in the clause under consideration the general words precede and do not follow the specific enumeration. The rationale for applying the rule is accordingly absent. Further, while the specific examples of omissions and misrepresentations found in the policy all relate to faults which the hypothecary debtor is in a position to commit only subsequent to the formation of a valid contract, these terms are found in a clause in which the insurer is enumerating faults of the hypothecary debtor which the insurer represents that it will not rely on in order to deny coverage to the hypothecary creditor. Far from intending to represent to the hypothecary creditor that only

visé à déterminer si la nullité *ab initio* de la police d'assurance, suite aux fausses représentations du débiteur hypothécaire lors de la souscription de cette police, est opposable aux créanciers hypothécaires.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Cory et McLachlin: En assurant son propre intérêt dans le bien, le débiteur hypothécaire avait également le mandat de souscrire un contrat d'assurance séparé et distinct pour assurer l'intérêt des créanciers hypothécaires dans le bien grevé d'une hypothèque. Les assureurs ne peuvent refuser de respecter ce contrat indépendant (la clause hypothécaire type) au profit des créanciers hypothécaires lorsqu'ils découvrent que leur contrat conclu avec le débiteur hypothécaire a été souscrit sur le fondement de déclarations fausses ou d'omissions de sorte qu'il était nul *ab initio*. La clause hypothécaire type n'établit aucune distinction entre les actes et les négligences du débiteur hypothécaire commis à l'établissement de la police et les actes et les négligences commis après qu'elle a été souscrite. La clause est rédigée en termes clairs et non techniques et indique simplement que l'assurance des créanciers hypothécaires ne sera pas annulée par les déclarations (*omission or misrepresentation*) du débiteur hypothécaire. Devant cette affirmation non équivoque, les tribunaux ne devraient pas créer des subtilités d'interprétation alors qu'il n'en existe aucune. Lorsque le contrat n'est pas ambigu et que son sens est clair, il n'y a pas de motif à interprétation. L'assurance des créanciers hypothécaires ne peut donc être invalidée par les actes ou négligences du débiteur hypothécaire, que ce soit à l'établissement de la police, ou après qu'elle a été souscrite. La validité de ce contrat indépendant est fonction uniquement de ce qui survient entre les créanciers hypothécaires et les assureurs. Toute autre conclusion déformerait le sens clair et ordinaire des termes utilisés dans la clause.

La règle *ejusdem generis* ne s'applique pas dans le contexte de la clause hypothécaire type. La condition préalable à l'application de la règle n'est pas remplie car, dans la clause visée, les termes généraux précèdent l'énumération précise au lieu de la suivre. La justification rationnelle de l'application de la règle est donc absente. De plus, bien que les exemples précis de déclarations dans la police se rapportent tous à des fautes que le débiteur hypothécaire n'est en mesure de commettre qu'après la conclusion d'un contrat valide, ces modalités se trouvent dans une clause où l'assureur énumère les fautes du débiteur hypothécaire que l'assureur affirme ne pas vouloir invoquer pour refuser d'indemniser le créancier hypothécaire. Loin de vouloir dire au créancier hypothécaire que seules les déclarations faites par le

omissions and misrepresentations committed by the hypothecary debtor after the conclusion of a valid contract will not invalidate coverage, the insurer makes it clear that even omissions and misrepresentations of this nature will not invalidate the hypothecary creditor's coverage. ^a

Additionally, insurance contracts must be interpreted as they would be understood by the average person applying for insurance, and not as they might be perceived by persons versed in the niceties of insurance law. ^b If the insurer were reserving to itself the right to invalidate the coverage of the hypothecary creditor as a result of some misrepresentations and omissions of the hypothecary debtor, it was incumbent on the insurer, in drafting its insurance form, to make this known in clear, ^c express and easily intelligible terms.

Finally, while the hypothecary debtor is acting as the mandatory of the hypothecary creditor when it insures the hypothecary creditor's interest, it does not follow that any false representations made by the hypothecary debtor in effecting its mandate should be held to be those of the hypothecary creditor. The law of mandate does not operate so as to have this effect in the context of the standard mortgage clause. This inference would run counter to what must be taken to be the understanding of the parties. When a hypothecary creditor elects to insure through the medium of the standard mortgage clause, it does so on the reasonable expectation that its interest will be protected in the same way as if it had entered into an independent contract evidenced by a ^d separate piece of paper, and nothing in the wording of the clause supports the conclusion that the insurer is proceeding on any other understanding. To make the insurance of the hypothecary creditor dependent to a certain degree on the course of dealings between the hypothecary debtor and the insurer would strike at the very *raison d'être* of the standard mortgage clause. ^e

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting): The insurance clause in the hypothecary loan contract is a contract of mandate, by which the hypothecary debtor undertakes to insure the hypothecated property on behalf of his hypothecary creditor. In accordance with that mandate, the hypothecary debtor purchased an insurance policy containing a standard mortgage clause. That policy thus sets out two separate insurance contracts, one between the hypothecary debtor and the insurers, and the other between the hypothecary creditors and the insurers. However, the hypothecary debtor's insurance contract is void *ab initio* because of the latter's misrepresentations when the policy was purchased. Since the debtor was acting in accordance with his mandate by purchasing the hypothecary creditors' ^f

débiteur hypothécaire après la conclusion d'un contrat valide n'annuleront pas la protection, l'assureur dit clairement que même les déclarations de cette nature n'annuleront pas la protection du créancier hypothécaire.

En outre, les contrats d'assurance doivent être interprétés de la manière dont ils seraient compris par la personne ordinaire qui fait une demande d'assurance et non de la manière dont ils pourraient être perçus par des personnes versées dans les subtilités du droit des assurances. Si l'assureur se réservait le droit d'annuler la protection du créancier hypothécaire par suite de certaines déclarations du débiteur hypothécaire, il incombait à l'assureur, en rédigeant son formulaire d'assurance, de le dire en des termes clairs, exprès et faciles à comprendre.

Finalement, même si le débiteur hypothécaire agit à titre de mandataire du créancier hypothécaire lorsqu'il assure l'intérêt de celui-ci, il ne s'ensuit pas que toute fausse déclaration faite par le débiteur hypothécaire dans l'exécution de son mandat devrait être considérée comme celle du créancier hypothécaire. Le droit relatif au mandat ne s'applique pas de manière à avoir cet effet dans le contexte de la clause hypothécaire type. Cette déduction serait contraire à ce qui doit être considéré comme étant ce qu'ont compris les parties. Lorsqu'un créancier hypothécaire choisit d'obtenir de l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type, il le fait parce qu'il s'attend raisonnablement à ce que son intérêt soit protégé de la même manière que s'il avait conclu un contrat indépendant attesté par un document distinct et rien dans le texte de la clause ne permet de conclure que l'assureur agit en fonction de quelque autre condition. Rendre l'assurance du créancier hypothécaire subordonnée dans une certaine mesure à ce qui survient entre le débiteur hypothécaire et l'assureur porterait atteinte à la raison d'être même de la clause hypothécaire type. ^g

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents): La clause d'assurance du contrat de prêt hypothécaire constitue un contrat de mandat, en vertu duquel le débiteur hypothécaire s'engage à assurer au nom de son créancier hypothécaire les biens hypothéqués. En conformité avec ce mandat, le débiteur hypothécaire a souscrit une police d'assurance contenant une clause hypothécaire type. Cette police constate donc l'existence de deux contrats d'assurance distincts, l'un entre le débiteur hypothécaire et les assureurs, et l'autre entre les créanciers hypothécaires et les assureurs. Toutefois le contrat d'assurance du débiteur hypothécaire est nul *ab initio* en raison des fausses représentations de ce dernier lors de la souscription de la police. Puisque le débiteur agissait conformément à son mandat en souscrivant le ^j

insurance contract, the misrepresentations he made at that time must be regarded, for the purposes of considering the validity of this contract, as misrepresentations made by the hypothecary creditors themselves. These misrepresentations have, as to the insurance contract between the hypothecary creditors and the insurers, consequences similar to those produced on the hypothecary debtor's personal insurance contract. They have the effect of misrepresenting the risk to the insurers and thereby of vitiating their consent to the insurance contract purchased for the hypothecary creditors, in the same way as these misrepresentations vitiated the insurers' consent to the hypothecary debtor's insurance contract. The insurance contract between the insurers and the hypothecary creditors is thus also void *ab initio*.

Analysis of the language of the mortgage clause and its context indicate that the nullity *ab initio* of the insurance contract as a consequence of misrepresentation by the hypothecary debtor when the contract is purchased can be invoked against the hypothecary creditors. The examples given in the clause are not exhaustive but clearly indicate the type of act the parties intended to include in the expression "act, neglect, omission or misrepresentation". All these examples are a homogeneous group having as their common feature occurrence after the purchase of the policy. By application of the rule of interpretation *noscitur a sociis* or the *ejusdem generis* rule, we must therefore conclude that only misrepresentations subsequent to purchase are covered by the mortgage clause. Further, the insurance contract, like any other contract, rests on the presumed good faith of the parties. If the parties wished to cover the risk concerned here, they should have done so in clear and express language, which is not the case in the mortgage clause at issue here.

Cases Cited

By La Forest J.

Followed: *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995; **not followed:** *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (1932); *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (1896); *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494; *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361; **distinguished:** *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94; **referred to:** *London and*

contrat d'assurance des créanciers hypothécaires, les fausses représentations qu'il a faites à ce moment doivent être considérées, aux fins de l'examen de la validité de ce contrat, comme des fausses représentations effectuées par les créanciers hypothécaires eux-mêmes. Ces fausses représentations ont, quant au contrat d'assurance entre les créanciers hypothécaires et les assureurs, des conséquences similaires à celles produites sur le contrat d'assurance personnel du débiteur hypothécaire. Elles ont pour effet de dénaturer le risque aux yeux des assureurs et de vicier par le fait même leur consentement au contrat d'assurance souscrit au nom des créanciers hypothécaires, au même titre que ces fausses représentations ont vicié le consentement des assureurs au contrat d'assurance du débiteur hypothécaire. Le contrat d'assurance liant les assureurs aux créanciers hypothécaires est donc également nul *ab initio*.

L'analyse des termes de la clause hypothécaire et son contexte démontrent que la nullité *ab initio* du contrat d'assurance découlant des fausses représentations du débiteur hypothécaire au moment de la souscription du contrat est opposable aux créanciers hypothécaires. Les exemples énumérés dans la clause ne sont pas exhaustifs mais indiquent clairement le genre d'actes que les parties avaient l'intention d'inclure dans l'expression «les actes, négligences ou déclarations». Tous ces exemples constituent un groupe homogène ayant comme trait commun leur postériorité à la souscription de la police. Il faut donc conclure, en appliquant la règle d'interprétation *noscitur a sociis* ou la règle *ejusdem generis*, que seules les déclarations postérieures à la souscription sont visées par la clause hypothécaire. De plus, le contrat d'assurance, comme tout autre contrat, repose sur la bonne foi présumée des parties. Si les parties désiraient couvrir le risque visé en l'espèce, elles devaient le faire dans des termes clairs et explicites, ce qui n'est pas le cas dans la clause hypothécaire ici en litige.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts suivis: *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995; **arrêts non suivis:** *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (1932); *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (1896); *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494; *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361; **distinction d'avec l'arrêt:** *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94;

Midland General Insurance Co. v. Bonser, [1973] S.C.R. 10; *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993; *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser & Co.* (1887), 12 App. Cas. 484; *Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370; *Scott v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu, [1990] 2 S.C.R. 995, aff'g [1988] R.J.Q. 2355 (C.A.); *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993 (C.A.), rev'g [1982] C.S. 49 (sub nom. *Great American Insurance Co. v. Lirette*); *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Reed v. Firemen's Insurance Co. of Newark*, 35 L.R.A. (N.S.) 343 (1911); *Federal Land Bank of Columbia v. Atlas Assur. Co.*, 125 S.E. 631 (1924); *Collins v. Michigan Commercial Underwriters*, 6 Tenn. App. 528 (1928); *Fayetteville Building & Loan Ass'n v. Mutual Fire Ins. Co. of West Virginia*, 141 S.E. 634 (1928); *National Union Fire Ins. Co. v. Short*, 32 F.2d 631 (1929); *Stockton v. Atlantic Fire Ins. Co.*, 175 S.E. 695 (1934); *National Fire Ins. Co. of Hartford, Conn. v. Dallas Joint Stock Land Bank of Dallas*, 50 P.2d 326 (1935); *Western Assur. Co. v. Hughes*, 66 P.2d 1056 (1937); *Great American Insurance Co. of New York v. Southwestern Finance Co.*, 297 P.2d 403 (1956); *Northwestern National Insurance Co. v. Mildenberger*, 359 S.W.2d 380 (1962); *Equality Savings and Loan Association v. Missouri Property Insurance Placement Facility*, 537 S.W.2d 440 (1976); *Meade v. North Country Co-Operative Insurance Co.*, 487 N.Y.S.2d 983 (1985); *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (1896); *Graham v. Fireman's Insurance Co.*, 87 N.Y. 69 (1881); *Young Men's Lyceum of Tarrytown v. National Ben Franklin Fire Ins. Co. of Pittsburg*, 163 N.Y.S. 226 (1917); *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (1932); *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494; *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94; *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1987), 29 C.C.L.I. 313; *Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370; *Duchesneau v. Great American Insurance Co.*, [1955] Que. Q.B. 120; *Amin v. Cie d'assurance American Home*, [1989] R.R.A. 151; *Veilleux v. Victoria Insurance Co.*, [1989] R.J.Q. 1075.

arrêts mentionnés: *London and Midland General Insurance Co. c. Bonser*, [1973] R.C.S. 10; *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993; *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser & Co.* (1887), 12 App. Cas. 484; *Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370; *Scott c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445; *Exportations Consolidated Bathurst Export Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888.

^b Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu, [1990] 2 R.C.S. 995, conf. [1988] R.J.Q. 2355 (C.A.); *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993 (C.A.), inf. [1982] C.S. 49 (sub nom. *Great American Insurance Co. c. Lirette*); *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Reed v. Firemen's Insurance Co. of Newark*, 35 L.R.A. (N.S.) 343 (1911); *Federal Land Bank of Columbia v. Atlas Assur. Co.*, 125 S.E. 631 (1924); *Collins v. Michigan Commercial Underwriters*, 6 Tenn. App. 528 (1928); *Fayetteville Building & Loan Ass'n v. Mutual Fire Ins. Co. of West Virginia*, 141 S.E. 634 (1928); *National Union Fire Ins. Co. v. Short*, 32 F.2d 631 (1929); *Stockton v. Atlantic Fire Ins. Co.*, 175 S.E. 695 (1934); *National Fire Ins. Co. of Hartford, Conn. v. Dallas Joint Stock Land Bank of Dallas*, 50 P.2d 326 (1935); *Western Assur. Co. v. Hughes*, 66 P.2d 1056 (1937); *Great American Insurance Co. of New York v. Southwestern Finance Co.*, 297 P.2d 403 (1956); *Northwestern National Insurance Co. v. Mildenberger*, 359 S.W.2d 380 (1962); *Equality Savings and Loan Association v. Missouri Property Insurance Placement Facility*, 537 S.W.2d 440 (1976); *Meade v. North Country Co-Operative Insurance Co.*, 487 N.Y.S.2d 983 (1985); *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (1896); *Graham v. Fireman's Insurance Co.*, 87 N.Y. 69 (1881); *Young Men's Lyceum of Tarrytown v. National Ben Franklin Fire Ins. Co. of Pittsburg*, 163 N.Y.S. 226 (1917); *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (1932); *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494; *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94; *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1987), 29 C.C.L.I. 313; *Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370; *Duchesneau v. Great American Insurance Co.*, [1955] B.R. 120; *Amin c. Cie d'assurance American Home*, [1989] R.R.A. 151; *Veilleux c. Victoria Insurance Co.*, [1989] R.J.Q. 1075.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada [am. 1974, c. 70, s. 2], arts. 1024, 1727, 2485 [am. 1979, c. 33, s. 44], 2486 [am. *idem*, s. 45], 2487, 2499, 2510 to 2515, 2566 [am. *idem*, s. 48], 2572, 2573.

Authors Cited

- American Jurisprudence*, vol. 43, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.
- Bergeron, Jean-Guy. "L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance" (1987), 47 *R. du B.* 933.
- Bouzat, Pierre. "De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité" (1934), 54 *Rev. crit. lég. et jur.* 350.
- Concise Oxford Dictionary*, 7th ed. By J. B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, "include".
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.
- Couch, George J. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 10A, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.
- Domenget, M. *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, t. 1. Paris: Cotillon, 1862.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Dwyer, James R. and Carey S. Barney. "Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy" (1984), 19 *Forum* 639.
- Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, t. 5, 2^e éd. "Mandat", par René Rodière.
- Faribault, Bernard. "Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300.
- Petit Robert 1*. Par Paul Robert. Paris: Le Robert, 1987, "notamment".
- Picard, Maurice et André Besson. *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2. Paris: L.G.D.J., 1940.
- Simard Jr., François-Xavier. "La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire" (1987), 21 *R.J.T.* 335.
- Stroud's Judicial Dictionary*, vol. 3, 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, "include", "including".

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada [mod. 1974, ch. 70, art. 2], art. 1024, 1727, 2485 [mod. 1979, ch. 33, art. 44], 2486 [mod. *idem*, art. 45], 2487, 2499, 2510 à 2515, 2566 [mod. *idem*, art. 48], 2572, 2573.

Doctrines citées

- American Jurisprudence*, vol. 43, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.
- Bergeron, Jean-Guy. "L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance" (1987), 47 *R. du B.* 933.
- Bouzat, Pierre. "De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité" (1934), 54 *Rev. crit. lég. et jur.* 350.
- Concise Oxford Dictionary*, 7th ed. By J. B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, "include".
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.
- Couch, George J. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 10A, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.
- Domenget, M. *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, t. 1. Paris: Cotillon, 1862.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Dwyer, James R. and Carey S. Barney. "Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy" (1984), 19 *Forum* 639.
- Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, t. 5, 2^e éd. "Mandat", par René Rodière.
- Faribault, Bernard. "Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300.
- Petit Robert 1*. Par Paul Robert. Paris: Le Robert, 1987, "notamment".
- Picard, Maurice et André Besson. *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2. Paris: L.G.D.J., 1940.
- Simard Jr., François-Xavier. "La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire" (1987), 21 *R.J.T.* 335.
- Stroud's Judicial Dictionary*, vol. 3, 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, "include", "including".

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.D.I. 46, [1989] R.R.A. 145, 20 Q.A.C. 226, 36 C.C.L.I. 296, reversing a judgment of the Superior Court, [1985] C.S. 1263, 16 C.C.L.I. 126. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.D.I. 46, [1989] R.R.A. 145, 20 Q.A.C. 226, 36 C.C.L.I. 296, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1985] C.S. 1263, 16 C.C.L.I. 126. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

Jacques Fournier, for the appellants.

Émile Colas, Q.C., for the respondents.

The judgment of La Forest, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice L'Heureux-Dubé. She has fully set forth the facts and judicial history of the case, and I need not repeat them. However, I am unable, with respect, to agree with her conclusions for the reasons that follow.

In its decision in *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995 (hereinafter *Caisse populaire*), issued concurrently, this Court elaborated an explanation for the operation of the standard mortgage clause in light of civil law principles. For ease of reference, I set out the French and English versions of the clause as it appears in the policy issued by the respondent insurers:

IT IS HEREBY PROVIDED AND AGREED THAT:

1. This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk.

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'occupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

The clause, which with variations is used throughout North America, was obviously intended to have the same effect in both common law and civil law jurisdictions and reference will be made to cases arising under both judicial systems. To avoid terminological confusion, I have, consistently with the clause itself, used the word "mortgage" and related expressions in the English version of these

Jacques Fournier, pour les appelants.

Émile Colas, c.r., pour les intimées.

Le jugement des juges La Forest, Cory et McLachlin a été rendu par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé. Elle a très bien exposé les faits et l'historique judiciaire de l'affaire et je n'ai pas à les reprendre. Toutefois, en toute déférence, je ne puis souscrire à ses conclusions pour les motifs suivants.

Dans l'arrêt *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995 (ci-après *Caisse populaire*), rendu en même temps que celui-ci, notre Cour a expliqué le fonctionnement de la clause hypothécaire type selon les principes de droit civil. Pour des motifs de commodité, voici les versions française et anglaise de la clause figurant dans la police délivrée par les assureurs intimés:

IT IS HEREBY PROVIDED AND AGREED THAT:

1. This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk.

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'occupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

La clause, qui à quelques variantes près est utilisée partout en Amérique du Nord, était évidemment destinée à avoir le même effet dans les ressorts de common law et dans ceux de droit civil, et je mentionnerai la jurisprudence des deux systèmes juridiques. Pour éviter toute confusion sur le plan terminologique, j'ai, conformément à la clause elle-même, utilisé le mot «mortgage» et les expres-

reasons to include "hypothec" and related concepts.

In *Caisse populaire*, the Court held that the hypothecary debtor (or the mortgagor), when insuring its own interest in the property, also assumes a mandate to take out a separate and distinct contract of insurance to insure the hypothecary creditor's (or the mortgagee's) interest in the mortgaged property. This appeal now raises the important question whether the insurer can refuse to honour this independent contract with the hypothecary creditor or mortgagee on discovering that its contract with the hypothecary debtor or mortgagor was issued on the basis of misrepresentations or omissions such that it was null *ab initio*. Unlike my colleague, I am of the view that both the nature and the language of the standard mortgage clause, as well as compelling considerations of history and policy, militate against this conclusion.

The Nature and Interpretation of the Mortgage Clause

In her reasons in *Caisse populaire*, at p. 1021, L'Heureux-Dubé J. has drawn attention to the fact that the civil law explanation for the operation of the standard mortgage clause harmonizes with the interpretation that has emerged in the common law jurisprudence. My colleague has pointed out that the standard mortgage clause was first used in the United States. A review of the American authorities reveals an all but universal consensus to the effect that this clause evidences an independent contract between the insurer and the mortgagee. My colleague has also noted that the "two-contract" theory is now well anchored in Canadian jurisprudence. Notably, in *London and Midland General Insurance Co. v. Bonser*, [1973] S.C.R. 10, a common law decision, this Court expressed approval of the two-contract theory, and several recent lower court decisions have also adopted this approach to the operation of the standard mortgage clause; see *Caisse populaire*, at pp. 1019-20.

sions connexes que l'on trouve dans la version anglaise des présents motifs de manière à englober la notion d'«hypothèque» et ses notions connexes.

Dans l'arrêt *Caisse populaire*, notre Cour a conclu que, selon les modalités de cette clause, le débiteur hypothécaire qui assure son propre intérêt dans le bien a également le mandat de souscrire un contrat d'assurance séparé et distinct pour assurer l'intérêt du créancier hypothécaire dans le bien grevé d'une hypothèque. Le présent pourvoi soulève maintenant l'importante question de savoir si l'assureur peut refuser de respecter ce contrat indépendant au profit du créancier hypothécaire lorsqu'il découvre que son contrat conclu avec le débiteur hypothécaire a été souscrit sur le fondement de déclarations fausses ou d'omissions de sorte qu'il était nul *ab initio*. Contrairement à ma collègue, je suis d'avis que la nature et le texte de la clause hypothécaire type ainsi que des considérations historiques et politiques irrésistibles militent contre cette conclusion.

La nature et l'interprétation de la clause hypothécaire

Dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *Caisse populaire*, à la p. 1021, le juge L'Heureux-Dubé a souligné le fait que l'explication donnée par le droit civil au sujet du fonctionnement de la clause hypothécaire type s'harmonise avec l'interprétation qui ressort de la jurisprudence de common law. Ma collègue a souligné que la clause hypothécaire type a été utilisée pour la première fois aux États-Unis. Un examen de la doctrine et de la jurisprudence américaine révèle un consensus presque universel à l'égard du fait que cette clause témoigne de l'existence d'un contrat indépendant entre l'assureur et le créancier hypothécaire. Ma collègue a également fait remarquer que la théorie des «deux contrats» est maintenant bien ancrée dans la jurisprudence canadienne. Particulièrement dans l'arrêt *London and Midland General Insurance Co. c. Bonser*, [1973] R.C.S. 10, un arrêt de common law, notre Cour a approuvé la théorie des deux contrats et plusieurs décisions récentes de tribunaux d'instance inférieure ont également adopté cette position relativement au fonctionnement de la clause hypothécaire type; voir *Caisse populaire*, aux pp. 1019 et 1020.

It should also be noted that the American jurisprudence dealing with the narrow issue raised by this appeal is all but unanimous in concluding that by virtue of the two-contract theory, the insurance of the mortgagee cannot be invalidated by any act or neglect of the mortgagor, be it at the inception of the policy, or subsequent to its formation; see Couch, *Couch on Insurance* (2nd ed. 1982), vol. 10A § 42:736. Thus the overwhelming majority of the decisions are in essential agreement with an interpretation of the clause that would seem to have first emerged in the decision of the New York Court of Appeal in *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878). There Rapallo J. stated the following, at p. 153:

To hold otherwise would, I think, defeat the purpose intended, and deprive the mortgagees of the protection upon which they had a right to rely. Although the clause might be construed so as to exempt the mortgagees from the consequences only of acts of the owners done after the making of the agreement, I do not think, in view of its apparent purpose, that any such distinction was intended.

I note that my colleague who cites a plethora of decisions that have followed the lead taken in *Hastings* can point to no decision since *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (W. Va. 1932), rejecting that approach.

As I view the matter, the contrary interpretation, which is to the effect that the clause only protects the mortgagee or hypothecary creditor from faults of the mortgagor or hypothecary debtor after the inception of a valid contract between the mortgagor and the insurer distorts the plain and ordinary language used in the standard clause.

In *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894), the Eighth Circuit of the United States Court of Appeal was called on to interpret a standard mortgage clause that read "this insurance, as to the interests of the . . . mortgagee . . . only, shall not be invalidated by any act or neglect of the mortgagor or owner of the property insured", a text which is

Il convient également de souligner que la jurisprudence américaine qui traite de la question restreinte soulevée par le présent pourvoi est presque unanime pour conclure qu'en vertu de la théorie des deux contrats, l'assurance du créancier hypothécaire ne peut être invalidée par les actes ou négligences du débiteur hypothécaire, que ce soit à l'établissement de la police ou après qu'elle a été souscrite; voir Couch, *Couch on Insurance* (2^e éd. 1982), vol. 10A, n° 42:736. Par conséquent, la très grande majorité des décisions sont essentiellement d'accord avec l'interprétation de la clause qui semblerait s'être dégagée pour la première fois dans l'arrêt de la Cour d'appel de New York *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878). Dans cet arrêt, le juge Rapallo a dit, à la p. 153:

[TRADUCTION] Toute autre conclusion aurait, à mon avis, pour effet de contrecarrer l'objet voulu et de priver les créanciers hypothécaires de la protection sur laquelle ils ont le droit de se fonder. Bien que la clause puisse être interprétée de manière à exclure les créanciers hypothécaires seulement à l'égard des conséquences des actes des propriétaires accomplis après la conclusion de l'entente, je ne suis pas d'avis, compte tenu de son objet apparent, qu'une telle distinction était voulue.

Je remarque que ma collègue qui cite un grand nombre d'arrêts qui ont suivi la voie adoptée dans l'arrêt *Hastings* ne peut citer d'autres arrêts depuis *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (W. Va. 1932), qui a rejeté cette position.

À mon avis, l'interprétation contraire, selon laquelle la clause ne protège le créancier hypothécaire que contre les fautes du débiteur hypothécaire survenues après la naissance d'un contrat valide entre ce dernier et l'assureur, déforme le sens clair et ordinaire des termes utilisés dans la clause type.

Dans l'arrêt *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894), la Cour d'appel du Huitième Circuit des États-Unis devait interpréter la clause hypothécaire type suivante: [TRADUCTION] «la présente assurance, portant sur les intérêts du [...] créancier hypothécaire [...] seulement, ne doit pas être invalidée par un acte ou une négligence du débi-

essentially of the same character as that in issue here. I find myself in full agreement with the analysis of Sanborn Cir. J. who concluded, at pp. 176-77:

Was it that contract that the indemnity of the mortgagee should not be protected against any prior act or negligence of the mortgagors? There is no such restriction in the contract. It provides that the mortgagee's interest shall not be invalidated by any act or neglect of the mortgagors, by any occupancy or vacancy, or by any change of title or possession of the premises, provided that the mortgagee shall notify the insurance company of any change of ownership or increase of hazard that may come to its knowledge, shall have permission therefor indorsed on the policy, and shall pay for it What apter terms could be chosen to effect a separate insurance on the interest of the mortgagee, to free that insurance from any possible influence of any act or neglect of the mortgagors, and to make it dependent solely on the course of action of the mortgagee and the insurance company? None occur to us. [Emphasis added.]

These comments remind one that it is important in interpreting a contract of insurance to give words their ordinary meanings. In the version of the standard mortgage clause under consideration here, no distinction is made between the "act", "neglect", "omission" or "misrepresentation" that a mortgagor might commit. The clause merely states, in simple and untechnical language, that the insurance, as to the interest of the mortgagee, is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation committed by the mortgagor. Given this unequivocal representation, it is unclear to me on what grounds one may seek to limit the application of the word "any", which, of course, is commonly understood as meaning "no matter which". I respectfully share the conclusion of the trial judge, Lamb J., who stated:

The express renunciation of the insurers must therefore be read as intending to refer to absolute as well as

teur hypothécaire ou du propriétaire du bien assuré», un texte qui est essentiellement du même genre que celui qui est en cause en l'espèce. Je suis entièrement d'accord avec l'analyse du juge Sanborn qui conclut, aux pp. 176 et 177:

[TRADUCTION] Le contrat prévoyait-il que l'indemnisation du créancier hypothécaire ne devrait pas être protégée contre tout acte ou négligence préalable des débiteurs hypothécaires? Il n'y a aucune restriction de ce genre dans le contrat. Il prévoit que l'intérêt du créancier hypothécaire ne devrait pas être invalidé par les actes ou négligences des débiteurs hypothécaires, par la vacance ou l'inoccupation ou par toute modification du titre ou de la possession des lieux, à la condition que le créancier hypothécaire avise la compagnie d'assurances de tout changement de propriété ou d'affectation des lieux à des fins plus dangereuses dont il peut avoir connaissance, qu'il obtienne une telle permission qui soit inscrite sur la police et qu'il en paie le coût. [...] Quels termes plus appropriés pourraient être choisis pour créer une assurance distincte couvrant l'intérêt du créancier hypothécaire, pour libérer cette assurance de toute influence possible d'un acte ou d'une négligence des débiteurs hypothécaires et pour faire en sorte qu'elle dépende uniquement de ce qui survient entre le créancier hypothécaire et la compagnie d'assurances? Nous n'en voyons pas. [Je souligne.]

Ces observations me rappellent qu'il est important dans l'interprétation d'un contrat d'assurance d'accorder aux termes leur sens ordinaire. Dans le texte de la clause hypothécaire type examinée en l'espèce, aucune distinction n'est faite entre les «actes», «négligences» ou «déclarations» (*omission or misrepresentation*) qu'un débiteur hypothécaire pourrait commettre ou faire, selon le cas. La clause précise simplement, en des termes simples et non techniques, que l'assurance, relativement à l'intérêt du créancier hypothécaire, est et doit être en vigueur nonobstant les actes, négligences, ou déclarations du débiteur hypothécaire. Compte tenu de cette affirmation non équivoque, je ne puis voir clairement pourquoi une personne peut chercher à limiter le sens de l'article «les» qui, évidemment, est habituellement interprété comme signifiant «tout ou toute» (*any*). En toute déférence, je partage la conclusion du juge Lamb de première instance qui dit:

[TRADUCTION] Par conséquent, la renonciation expresse des assureurs doit être interprétée comme visant la

relative nullity, in the absence of any words imposing a restrictive distinction between the two.

([1985] C.S. 1263, at p. 1269.)

The Court of Appeal, [1989] R.D.I. 46, relying in great part on its earlier decision in *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993, downplayed the fact that the clause does not expressly distinguish between the "act", "neglect", "omission" or "misrepresentation". It accorded great importance to the fact that the omissions and misrepresentations specifically mentioned in the clause all relate to acts which the mortgagor is only in a position to commit following the inception of a valid contract. As put by Desmeules J. (*ad hoc*), at p. 50:

[TRANSLATION] The wording of the present hypothecary (mortgage) clause, in effect since 1972, refers to certain situations such as transfers of interest, vacancy or non-occupancy or the occupation of the property for purposes more hazardous than those specified, and it subjects creditors to an obligation to inform the insurer as soon as they are aware of such situations.

These events are subsequent to the issuing of the insurance policy, and this leads me to conclude that it is such situations that the insurers sought to provide for in their hypothecary (mortgage) clause.

In his concurring judgment, Beauregard J.A. added, at p. 47:

[TRANSLATION] Despite the use of the adverb "including", by application of the "rule" of interpretation *nosctur a sociis* or the *ejusdem generis* rule, we must conclude that "any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured" is an "act, neglect, omission or misrepresentation" which took place or was made after the policy was issued, just as "transfer of interest, vacancy or non-occupancy or the occupation of the property for purposes more hazardous than those specified".

I am unable to agree with the Court of Appeal's view that it is clear, by application of the *ejusdem generis* rule, that the reference in the clause to "omission[s] or misrepresentation[s]" is to be taken as limited to omissions and misrepresentations subsequent to the inception of the policy. I am of the view that this rule of construction finds

nullité absolue ou relative, en l'absence de tout terme imposant une distinction restrictive entre les deux.

([1985] C.S. 1263, à la p. 1269.)

La Cour d'appel, [1989] R.D.I. 46, se fondant en grande partie sur son arrêt antérieur *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993, a minimisé l'importance du fait que la clause n'établissait pas expressément de distinction entre les «actes», «négligences» et «déclarations». Elle a accordé une grande importance au fait que les déclarations mentionnées expressément dans la clause se rapportaient toutes à des actes que seul le débiteur hypothécaire était en mesure d'accomplir après la naissance d'un contrat valide. Comme le dit le juge Desmeules (*ad hoc*), à la p. 50:

Le texte de la clause de garantie hypothécaire actuelle en vigueur depuis 1972 réfère à certaines situations telles que les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées, et elle fait obligation aux créanciers hypothécaires d'aviser l'assureur dès qu'il est (*sic*) au courant de telles situations.

Il s'agit là d'événements subséquents à l'émission de la police d'assurance, et ceci m'amène à conclure que ce sont de telles situations que les assureurs ont voulu prévoir dans leur clause de garantie hypothécaire.

Dans ses motifs concordants, le juge Beauregard ajoute, à la p. 47:

Malgré l'utilisation de l'adverbe «notamment», il faut conclure en appliquant la «règle» d'interprétation *nosctur a sociis* ou la «règle» *ejusdem generis* que «les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés» sont des «actes, négligences ou déclarations» qui ont lieu ou qui sont faits après l'établissement de la police, comme «les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées».

Je ne puis souscrire à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle il est clair, en appliquant la règle *ejusdem generis*, que le renvoi aux «déclarations», dans la clause, doit être interprété comme limité aux déclarations postérieures à l'établissement de la police. Je suis d'avis que cette règle

no application in the context of the standard mortgage clause.

At page 111 of his book *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), Professor Driedger points to the definition of the rule given by Lord Halsbury L.C. in *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser & Co.* (1887), 12 App. Cas. 484, at p. 490. Lord Halsbury L.C. observes that the rule is predicated on the notion that "general words may be restricted to the same genus as the specific words that precede them". I would also cite from an illustration of the working of the rule provided by Professor Côté in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 243. Professor Côté quotes from the observations of Turgeon J.A. in *Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370, at p. 372. The remarks are to the same effect as those of Lord Halsbury L.C., though I would draw attention to Turgeon J.A.'s important observation:

[TRANSLATION] In other words, for the rule to apply it is absolutely necessary that there be a class or category preceding the general terms, if the intent is to limit them to that class or category. [Emphasis added.]

Here, of course, this precondition for application of the rule is not met, for in the clause under consideration the general words precede and do not follow the specific enumeration. The clause states that coverage as to the interest of the mortgagee is valid notwithstanding "omission[s] or misrepresentation[s]", and then provides illustrative examples of such omissions and misrepresentations. The rationale for applying the *ejusdem generis* rule is accordingly absent. Whatever the particular document one is construing, when one finds a clause that sets out a list of specific words followed by a general term, it will normally be appropriate to limit the general term to the genus of the narrow enumeration that precedes it. But it would be illogical to proceed in the same manner when a general term precedes an enumeration of specific examples. In this situation, it is logical to infer that the purpose of providing specific examples from within a broad general category is to remove any ambiguity as to whether those exam-

d'interprétation ne s'applique pas dans le contexte de la clause hypothécaire type.

Le professeur Driedger, à la p. 111 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), souligne la définition de la règle énoncée par le lord chancelier Halsbury dans l'arrêt *Thames and Mersey Marine Insurance Co. v. Hamilton, Fraser & Co.* (1887), 12 App. Cas. 484, à la p. 490. Le lord chancelier Halsbury fait remarquer que la règle est fondée sur la notion selon laquelle [TRADUCTION] «les termes généraux peuvent être limités au même genre que les termes précis qui les ont précédés». Il convient également de citer une illustration du fonctionnement de la règle donnée par le professeur Côté dans son ouvrage *Interprétation des lois* (1982), à la p. 372. Le professeur Côté cite les remarques du juge Turgeon dans l'arrêt *Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370, à la p. 372. Les observations vont dans le même sens que celles du lord chancelier Halsbury, bien que j'attire l'attention sur la remarque importante du juge Turgeon:

Autrement dit, pour que la règle s'applique, il faut absolument que l'on retrouve une classe ou une catégorie précédant les termes généraux, si l'on veut les restreindre à cette classe ou cette catégorie. [Je souligne.]

En l'espèce, évidemment, cette condition préalable à l'application de la règle n'est pas remplie car, dans la clause visée, les termes généraux précèdent l'énumération précise au lieu de la suivre. La clause indique que la protection relative à l'intérêt du créancier hypothécaire est valide nonobstant les «déclarations» et ensuite fournit des exemples de celles-ci. La justification rationnelle de l'application de la règle *ejusdem generis* est donc absente. Quel que soit le document particulier qui est interprété, lorsque l'on trouve une clause qui énonce une liste de termes précis suivie d'un terme général, il conviendra normalement de limiter le terme général au genre de l'énumération restreinte qui le précède. Toutefois, il serait illogique de procéder de la même manière lorsqu'un terme général précède une énumération d'exemples précis. Dans ce cas, il est logique de déduire que l'énumération d'exemples précis tirés d'une vaste catégorie générale a pour but d'écarter toute ambiguïté relative à la question de savoir si ces exemples sont

ples are in fact included in the category. It would defeat the intention of the person drafting the document if one were to view the specific illustrations as an exhaustive definition of the larger category of which they form a part.

Moreover, in this instance, the very language used to introduce the list of omissions and misrepresentations confirms that it would be erroneous to view them as exhaustive. In the English version of the clause, the term "including" precedes the list of examples of omissions and misrepresentations, while the term "notamment" is used in the French text. I note that the *Concise Oxford Dictionary* (7th ed. 1982) defines "include" as "comprise or embrace (thing etc.) as part of a whole", while the *Petit Robert 1* (1987) says of "notamment" that it [TRANSLATION] "is generally used to draw attention to one or more particular items forming part of a previously designated or implied whole." This meaning finds confirmation in legal lexicons as well: the entries under "include" and "including" in *Stroud's Judicial Dictionary* (5th ed. 1986) to take but one example, again make it clear that these words are terms of extension, designed to enlarge the meaning of preceding words, and not to limit them.

As I have noted, the natural inference is that the drafter will provide a specific illustration of a subset of a given category of things in order to make it clear that that category extends to things that might otherwise be expected to fall outside it. As I see it, it is precisely this reasoning which explains the reference to specific omissions and misrepresentations in the standard mortgage clause. The Court of Appeal was correct in pointing out that the specific examples of omissions and misrepresentations found in the policy all relate to faults which the mortgagor is in a position to commit only subsequent to the formation of a valid contract. It is important to bear in mind, however, that these terms are found in a clause in which the insurer is enumerating faults of the mortgagor which the insurer represents that it will not rely on in order to deny coverage to the mortgagee. When due account is taken of this fact, it becomes apparent that the insurer, far from intending to repre-

en fait compris dans la catégorie. Il serait contraire à l'intention du rédacteur du document de considérer les illustrations précises comme une définition exhaustive de la catégorie plus vaste a dont elles font partie.

Qui plus est, en l'espèce, le texte même utilisé pour présenter la liste des déclarations confirme qu'il serait erroné de les considérer comme exhaustives. Dans le texte anglais de la clause, le terme «including» précède la liste des exemples de déclarations alors que le terme «notamment» est utilisé dans la version française. Je remarque que le *Concise Oxford Dictionary* (7^e éd. 1982) définit le terme «include» comme [TRANSLATION] «comprendre ou englober (une chose, etc.) comme partie d'un tout», alors que le *Petit Robert 1* (1987) dit du terme «notamment» qu'il «sert le plus souvent à attirer l'attention sur un ou plusieurs objets particuliers faisant partie d'un ensemble précédemment désigné ou sous-entendu». Cette définition est également confirmée dans les lexiques juridiques: les articles inscrits sous la rubrique «include» et «including» dans le *Stroud's Judicial Dictionary* (5^e éd. 1986), pour ne citer qu'un seul exemple, illustrent clairement encore une fois que ces termes sont des termes d'extension, destinés à élargir le sens des termes précédents, et non de les limiter.

Comme je l'ai souligné, il est naturel de déduire que le rédacteur donnera une illustration précise d'un sous-ensemble d'une catégorie de choses donnée pour montrer clairement que cette catégorie comprend des choses dont, par ailleurs, on pourrait s'attendre à ce qu'elles n'en fassent pas partie. À mon avis, c'est précisément ce raisonnement qui explique le renvoi à des déclarations précises dans la clause hypothécaire type. La Cour d'appel a eu raison de souligner que les exemples précis de déclarations dans la police se rapportent tous à des fautes que le débiteur hypothécaire n'est en mesure de commettre qu'après la conclusion d'un contrat valide. Toutefois, il est important de se rappeler que ces modalités se trouvent dans une clause où l'assureur énumère les fautes du débiteur hypothécaire que l'assureur affirme ne pas vouloir invoquer pour refuser d'indemniser le créancier hypothécaire. Lorsqu'on tient compte dûment de ce fait, il devient évident que l'assureur, loin de

sent to the mortgagee that only omissions and misrepresentations committed by the mortgagor after the conclusion of a valid contract will not invalidate coverage, is, instead, at pains to make it clear that even omissions and misrepresentations of this nature will not invalidate the mortgagee's coverage. For from the perspective of the insurer by far the greater risk is posed precisely by omissions and misrepresentations the mortgagor may commit after a validly formed contract is entered into. In his article "L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance" (1987), 47 *R. du B.* 933, Professor Bergeron puts the matter convincingly when he argues, at p. 988:

[TRANSLATION] When one reflects carefully about it, one realizes that there is in this list one exception, the *transfer of interest*, which is of much greater concern to the insurer than nullity for misrepresentation. In the first case the assignee is a new insured, unknown to the insurer, about whom he has been unable to make any inquiries in order to determine the risk. It is thus all the more reasonable that misrepresentations by an insured from whom the insurer has had an opportunity of obtaining all relevant information cannot be pleaded. [Emphasis in original.]

The same could, of course, be said with respect to the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk. If the mortgagor concludes a valid contract and then, unbeknownst to the insurer, transforms the property into a depository for flammable liquids, an omission to convey this change in the vocation of the property may be infinitely more prejudicial to the insurer than a simple misrepresentation at the time of concluding the contract.

In the result, considerations of a practical commercial nature militate strongly against the interpretation advanced by the Court of Appeal. It defies rational explanation to suppose that the insurer would agree not to invalidate coverage of the mortgagee with respect to the very omissions and misrepresentations of the mortgagor that stand to affect most radically the risk it has agreed to assume, while at the same time reserving to itself the right to invalidate coverage in respect of the omissions and misrepresentations it had a

vouloir dire au créancier hypothécaire que seules les déclarations faites par le débiteur hypothécaire après la conclusion d'un contrat valide n'annuleront pas la protection, essaie plutôt de dire clairement que même les déclarations de cette nature n'annuleront pas la protection du créancier hypothécaire. Du point de vue de l'assureur, les déclarations que peut faire le débiteur hypothécaire après la conclusion d'un contrat valide représentent précisément et de loin le plus grand risque. Dans son article, «L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance» (1987), 47 *R. du B.* 933, le professeur Bergeron présente la question de manière convaincante lorsqu'il soutient, à la p. 988:

Quand on y réfléchit attentivement on réalise que, dans cette énumération, il y a une exception, le *transfert d'intérêt*, beaucoup plus menaçante pour l'assureur que les nullités pour fausse déclaration. En effet, dans le premier cas le cessionnaire est un nouvel assuré inconnu de l'assureur auprès duquel il n'a pu enquêter afin de faire une appréciation du risque. Il est donc encore plus rationnel de rendre inopposables les fausses déclarations de l'assuré duquel l'assureur a eu le loisir de prendre toutes les informations pertinentes. [En italique dans l'original.]

Évidemment, on pourrait dire la même chose en ce qui a trait à l'affectation d'un bien à des fins plus dangereuses que celles déclarées. Si le débiteur hypothécaire conclut un contrat valide et ensuite, à l'insu de l'assureur, transforme le bien en entrepôt de liquides inflammables, l'omission de communiquer cette modification de l'affectation du bien peut causer infiniment plus de préjudice à l'assureur qu'une simple fausse déclaration au moment de la conclusion du contrat.

En définitive, des considérations pratiques de nature commerciale militent fortement contre l'interprétation proposée par la Cour d'appel. Il n'est pas logique de présumer que l'assureur conviendrait de ne pas annuler la protection du créancier hypothécaire en ce qui a trait aux déclarations du débiteur hypothécaire qui sont susceptibles de modifier très radicalement le risque qu'il a convenu d'assumer, tout en se réservant le droit d'annuler la protection en ce qui a trait aux déclara-

reasonable opportunity to investigate before agreeing to issue a policy.

I respectfully conclude therefore that the Court of Appeal has misconstrued the reference to specific omissions and misrepresentations in the standard mortgage clause. The interpretation of the Court of Appeal ignores commercial practicalities, and gives a strained and unnatural meaning to the language used.

Additionally, I am of the view that to adopt the interpretation of the Court of Appeal would be to ignore the well-recognized principle that it is necessary to interpret insurance contracts as they would be understood by the average person applying for insurance, and not as they might be perceived by persons versed in the niceties of insurance law. I have elaborated (in dissent) on this principle in *Scott v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445, at pp. 1454-55. Here, in the absence of clear and explicit language pointing to a different meaning in the policy itself, I am at a loss to see how mortgagee purchasers of fire insurance, on reading that their coverage will not be denied for "any" misrepresentations or omissions of their mortgagor, could be expected to do other than take this statement at face value. If, in fact, the insurer were reserving to itself the right to invalidate the coverage of the mortgagee as a result of some misrepresentations and omissions of the mortgagor (i.e., those made at the inception of the contract between the insurer and the mortgagor), I would hold that it was incumbent on the insurer, in drafting its insurance form, to make this known in clear, express and easily intelligible terms. It can hardly be expected that a mortgagee deduce, on the basis of the type of subtle analysis engaged in by the Court of Appeal, that the insurer, despite expressly saying that coverage will not be denied for "any" omissions and misrepresentations of the mortgagor, has, in fact, meant to say that coverage will not be denied for "some" omissions and misrepresentations.

In short, there is little mystery to me why the overwhelming majority of the American decisions

tions qu'il a eu raisonnablement l'occasion d'examiner avant d'accepter de délivrer une police.

En toute déférence, je conclus que la Cour d'appel a mal interprété le renvoi à des déclarations précises dans la clause hypothécaire type. L'interprétation de la Cour d'appel fait abstraction des détails pratiques en matière commerciale et donne un sens forcé et anormal aux termes utilisés.

De plus, je suis d'avis qu'adopter l'interprétation de la Cour d'appel reviendrait à ignorer le principe bien reconnu qu'il est nécessaire d'interpréter les contrats d'assurance de la manière dont ils seraient compris par la personne ordinaire qui fait une demande d'assurance et non de la manière dont ils pourraient être perçus par des personnes versées dans les subtilités du droit des assurances. J'ai examiné (dans une opinion dissidente) ce principe en détail dans l'affaire *Scott c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445, aux pp. 1454 et 1455. En l'espèce, en l'absence d'un texte clair et explicite qui confère un sens différent à la police elle-même, je n'arrive pas à voir comment on pourrait s'attendre à ce que les créanciers hypothécaires, qui prennent une assurance contre l'incendie assortie d'une clause qui dit qu'on ne refusera pas de les indemniser pour «les» déclarations de leur débiteur hypothécaire, n'acceptent pas cette clause telle qu'elle est. Si, en fait, l'assureur se réservait le droit d'annuler la protection du créancier hypothécaire par suite de certaines déclarations du débiteur hypothécaire (c.-à-d. celles faites à la naissance du contrat entre l'assureur et le débiteur hypothécaire), je conclurais qu'il incombe à l'assureur, en rédigeant son formulaire d'assurance, de le dire en des termes clairs, exprès et faciles à comprendre. On peut difficilement s'attendre à ce qu'un créancier hypothécaire déduise, en se basant sur le genre d'analyse subtile qu'a faite la Cour d'appel, que l'assureur, malgré qu'il ait dit de façon expresse que la protection ne serait pas refusée pour «les» déclarations du débiteur hypothécaire, a, en fait, voulu dire que cette protection ne serait pas refusée en raison de «certaines» déclarations.

Bref, il ne m'est pas difficile de comprendre pourquoi la très grande majorité des décisions

reject the notion that the standard mortgage clause makes a distinction between acts and neglects of the mortgagor committed at the inception of the policy, and acts and neglects subsequent to its formation. The standard mortgage clause is written in clear and untechnical language and simply states that the insurance of the mortgagee will not be invalidated because of anything the mortgagor might do. As I see it, in the face of this unequivocal representation, the courts have shied from importing interpretative subtleties where none exist. In a word, the American courts have applied the principle that where the contract is unambiguous, and its meaning clear, there is no occasion for construction; see 43 Am. Jur. 2d *Insurance* § 271 (1982).

It is true that the clause under consideration here differs somewhat from that which was the object of consideration in the American decisions. But when one looks to the substance of the differences, I conclude that they, if anything, only reinforce the case for adopting the interpretation of the standard mortgage clause advanced in the overwhelming majority of the American decisions.

For ease of comparison, I set out first the relevant portion of the American clause:

... and this insurance shall not be invalidated by any act or neglect of the mortgagor or owner of the within described property ...

and, once again, its counterpart in use in Canada:

IT IS HEREBY PROVIDED AND AGREED THAT:

1. This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk.

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou

américaines rejette la notion que la clause hypothécaire type établit une distinction entre les actes et les négligences du débiteur hypothécaire commis à l'établissement de la police et les actes et les négligences commis après qu'elle a été souscrite. La clause hypothécaire type est rédigée en termes clairs et non techniques et indique simplement que l'assurance du créancier hypothécaire ne sera pas annulée en raison d'un acte quelconque du débiteur hypothécaire. Selon mon interprétation, devant cette affirmation non équivoque, les tribunaux ont hésité à créer des subtilités d'interprétation alors qu'il n'en existait aucune. En un mot, les tribunaux américains ont appliqué le principe selon lequel lorsque le contrat n'est pas ambigu et que son sens est clair, il n'y a pas de motif à interpréter; voir 43 Am. Jur. 2d *Insurance* n° 271 (1982).

Il est vrai que la clause examinée en l'espèce est quelque peu différente de celle qui faisait l'objet des décisions américaines. Toutefois, compte tenu de l'essence des différences, je conclus que, si elles ont un effet, elles ne font qu'appuyer l'adoption de l'interprétation de la clause hypothécaire type proposée dans la très grande majorité des décisions américaines.

Pour faciliter la comparaison, voici la partie pertinente de la clause américaine:

[TRADUCTION] ... et la présente assurance ne doit pas être annulée par tout acte ou toute négligence de la part du débiteur hypothécaire ou du propriétaire du bien ici décrit ...

et, encore une fois, sa contrepartie utilisée au Canada:

IT IS HEREBY PROVIDED AND AGREED THAT:

1. This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk.

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou

l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

It is clear that the substance of the difference between the Canadian and American versions of the clause lies in the fact that the text used in Canada incorporates a distinct and pointed reference to "omission" and "misrepresentation" of the mortgagor, over and above the mention of "act" and "neglect".

I have already drawn attention to the fact that there is today all but unanimous agreement in the American decisions that a mortgagee insuring its interest through the medium of the standard mortgage clause will not be denied coverage because of anything that its mortgagor may do, be it at the inception of the contract or subsequent to its formation. It is clear, therefore, that the American courts have proceeded on the basis that the terms "act" and "neglect" in the clause include breaches of warranty or fraudulent concealments mortgagors may commit on taking out their policy. I am firmly of the view that that particular interpretation is sound given the wide sweep of the words used in the clause. It is difficult to understand on what basis one could argue that an omission or misrepresentation is not included within the meaning of the open-ended terms "act" and "neglect". But whatever view one might hold on the matter, the effect of the additions in the clause in question here make the issue moot, for in that clause the insurer has expressly undertaken not to refuse coverage on the basis of any omission or misrepresentation of the mortgagor. In effect, the additions in the Canadian version of the clause make all the more compelling the case for following the lead of the American courts and concluding that by virtue of the standard mortgage clause the insurer is representing to the mortgagee that the contract between them is meant to be unaffected by anything the mortgagor might do before or after the inception of the policies. It would be paradoxical indeed if one were to compare the Canadian and American versions of the clause and then conclude that, here, the insurer is in fact cutting down on the scope of the protection afforded the mortgagee because it has added terms that explicitly expand

l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

Il est clair que l'essentiel de la différence entre les versions canadienne et américaine de la clause réside dans le fait que le texte utilisé au Canada comporte une mention distincte et précise des «déclarations» du débiteur hypothécaire en plus de la mention des «actes» et «négligences».

J'ai déjà souligné le fait que, de nos jours, la jurisprudence américaine est presque unanimement d'avis que la protection d'un créancier hypothécaire qui assure son intérêt au moyen d'une clause hypothécaire type ne sera pas refusée en raison d'un acte que peut commettre son débiteur hypothécaire à la naissance du contrat ou après sa conclusion. Par conséquent, il est clair que les tribunaux américains sont partis de l'idée que les termes «actes» et «négligences» dans la clause comprennent les inobservations de la garantie ou les dissimulations frauduleuses que peuvent commettre les débiteurs hypothécaires lorsqu'ils souscrivent leur police. Je suis fermement d'avis que cette interprétation particulière est bien fondée compte tenu de la portée générale des termes utilisés dans la clause. Il est difficile de comprendre en vertu de quoi on pourrait soutenir que des déclarations (*omissions or misrepresentations*) ne sont pas comprises dans le sens des termes généraux «actes» et «négligences». Toutefois, quelle que puisse être l'opinion à ce sujet, l'adjonction dans la clause visée en l'espèce a pour effet de rendre la question théorique, car dans cette clause l'assureur s'est engagé de façon expresse à ne pas refuser la protection en se fondant sur les déclarations du débiteur hypothécaire. En effet, l'adjonction dans la version canadienne de la clause rend encore plus impérieuse la thèse portant qu'il y a lieu de suivre les tribunaux américains et de conclure qu'en vertu de la clause hypothécaire type l'assureur dit au créancier hypothécaire que le contrat conclu entre eux ne doit pas être touché par quoi que le débiteur hypothécaire pourrait faire avant ou après l'établissement des polices. En effet, il serait paradoxal de comparer les versions canadienne et américaine de la clause pour ensuite conclure qu'en

on the list of actions of the mortgagor that will not invalidate the insurance of the mortgagee.

In summary, when the standard mortgage clause is interpreted in the light of the settled principles that govern the construction of insurance contracts, there can be no doubt that the insurer, by virtue of this clause, is representing to the mortgagee that a separate and distinct contract exists between them, and that the validity of this independent contract depends solely on the course of action between the mortgagee and the insurer. Moreover, even if the language of the clause was ambiguous, art. 2499 *C.C.L.C.* reminds us that it would be necessary to resolve this ambiguity against the insurer. No mortgagee would wish that the validity of its "separate and distinct" contract with the insurer rest on the question whether its mortgagor dealt in good faith in effecting coverage on its (the mortgagor's) insurable interest. From the perspective of the mortgagee, this would stand to defeat the very purpose of relying on the standard mortgage clause in the first place.

I therefore conclude that to adopt the interpretation of the standard mortgage clause proposed by the Court of Appeal would turn the clause into a sort of trap for the mortgagee. By ostensibly holding out to the mortgagee that the validity of its insurance contract was unaffected by the course of action between the mortgagor and the insurer, the clause would induce the mortgagee to rely on the standard mortgage clause, only to belie this expectation if a loss occurred and the insurer discovered that the mortgagor had, in fact, made a misrepresentation when effecting its policy. I alluded in *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, *supra*, at p. 1459, to the burden that rests on an insurer when it is offering insurance on terms that can reasonably be supposed to defeat the very objective of the coverage sought by the purchaser of insurance. By application of this principle it is clear that the insurer has, in this instance, failed to use the requisite degree of clarity if it has indeed

l'espèce l'assureur réduit en réalité la portée de la protection accordée au créancier hypothécaire parce qu'il a ajouté des termes qui allongent de façon explicite la liste des actions du débiteur hypothécaire qui ne sont pas susceptibles d'annuler l'assurance du créancier hypothécaire.

En résumé, lorsque la clause hypothécaire type est interprétée en fonction des principes établis qui régissent l'interprétation des contrats d'assurance, il ne peut y avoir de doute que l'assureur, en vertu de cette clause, dit au créancier hypothécaire qu'un contrat séparé et distinct existe entre eux, et que la validité de ce contrat indépendant est fonction uniquement de ce qui survient entre le créancier hypothécaire et l'assureur. De plus, même si le texte de la clause était ambigu, l'art. 2499 *C.c.B.-C.* nous rappelle qu'il serait nécessaire de régler cette ambiguïté au détriment de l'assureur. Aucun créancier hypothécaire ne voudrait que la validité de son contrat «séparé et distinct» conclu avec l'assureur repose sur la question de savoir si le débiteur hypothécaire a traité de bonne foi en obtenant la couverture de son intérêt assurable (celui du débiteur hypothécaire). Du point de vue du créancier hypothécaire, cela reviendrait à contrecarrer l'objet même qu'il vise en se fondant d'abord sur la clause hypothécaire type.

Je conclus donc que l'adoption de l'interprétation de la clause hypothécaire type proposée par la Cour d'appel transformerait la clause en une sorte de piège pour le créancier hypothécaire. En disant apparemment au créancier hypothécaire que la validité de son contrat d'assurance n'a pas été touchée par ce qui est survenu entre le débiteur hypothécaire et l'assureur, la clause inciterait le créancier hypothécaire à se fonder sur la clause hypothécaire type seulement pour démentir cette attente dans le cas où une perte s'est produite et que l'assureur a découvert qu'en réalité le débiteur hypothécaire avait fait une fausse déclaration lorsqu'il a souscrit sa police. Dans l'arrêt *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, précité, à la p. 1459, j'ai fait allusion au fardeau qui incombe à l'assureur lorsqu'il offre une assurance selon des modalités dont on peut raisonnablement supposer qu'elles contrecarrent l'objectif même de la protection recherchée par l'acheteur de l'assurance. Si on

wished to represent to the mortgagees who choose to rely on the standard mortgage clause that their coverage was in fact subject to defeat, in certain circumstances, solely because of the acts of the mortgagor.

The Historical Record

I turn next to a consideration of other factors that militate against the conclusion that the insurer may deny recovery to a mortgagee who has insured his interest through the medium of the standard mortgage clause solely because of the course of action of the mortgagor. I begin with a brief historical overview of the development of the standard mortgage clause, and a consideration of early judicial reaction to it.

As my colleague has noted, insurance companies would seem to have first incorporated the standard mortgage clause into their policies in the State of New York in the 1860s. Since that time, the clause has become, as its name reflects, the standard vehicle by which mortgagees insure their interest in encumbered property. However, it is important for present purposes to bear in mind that the standard mortgage clause, in gaining this ascendancy, eclipsed the use of what is known as the "loss payable" or "open mortgage" clause. As explained in Couch, *op. cit.*, § 42:702, by the terms of the latter clause, no privity of contract exists between the insurer and the mortgagee: the mortgagee is simply designated as the person who is to be paid in the case of a loss. In the result, there is an almost universal consensus in the authorities that the mortgagee, as a simple beneficiary, can recover solely on the same terms as the mortgagor. Accordingly, if the mortgagor is precluded from recovering on the policy by reason of a breach of its conditions, this breach will also preclude recovery on the part of the mortgagee.

applique ce principe, il est clair que l'assureur, en l'espèce, n'a pas utilisé le degré de clarté requis s'il a réellement voulu faire savoir aux créanciers hypothécaires qui ont choisi de se fonder sur la clause hypothécaire type que leur protection pouvait en fait être annulée, dans certaines circonstances, uniquement en raison des actes du débiteur hypothécaire.

b L'historique

J'examine maintenant d'autres facteurs qui militent contre la conclusion que l'assureur peut refuser d'accorder une indemnité à un créancier hypothécaire qui a assuré son intérêt au moyen de la clause hypothécaire type uniquement à cause de la conduite du débiteur hypothécaire. Je débute par un bref aperçu historique de l'élaboration de la clause hypothécaire type et par un examen des premières réactions judiciaires à celle-ci.

Comme ma collègue l'a fait remarquer, les compagnies d'assurances semblent avoir d'abord incorporé la clause hypothécaire type dans leurs polices dans l'État de New York au cours des années 1860. Depuis ce temps, la clause est devenue, comme son nom l'indique, le moyen normal par lequel les créanciers hypothécaires assurent leur intérêt dans les biens grevés. Toutefois, il est important pour les fins de l'espèce de se rappeler que la clause hypothécaire type, en prenant cet essor, a éclipsé l'utilisation de la clause connue sous le nom de clause d'«indemnité payable» («*loss payable*») ou d'«indemnité payable au créancier suivant son intérêt» («*open mortgage*»). Comme l'explique Couch, *op. cit.*, au n° 42:702, aux termes de cette dernière clause, il n'existe aucun lien de droit contractuel entre l'assureur et le créancier hypothécaire: celui-ci est simplement désigné comme la personne qui doit être payée en cas de perte. En conséquence, il existe un consensus presque universel dans la doctrine et dans la jurisprudence, selon lequel le créancier hypothécaire, à titre de simple bénéficiaire, peut recevoir des indemnités uniquement aux mêmes conditions que le débiteur hypothécaire. Par conséquent, si le débiteur hypothécaire ne peut recevoir d'indemnités en vertu de la police en raison du non-respect de ses conditions, ce non-respect empêchera également le créancier hypothécaire de recevoir des indemnités.

It is precisely this feature of the "loss payable" or "open mortgage" clause that determined its fall into desuetude. As explained by Dwyer and Barney in their study entitled "Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy" (1984), 19 *Forum* 639, at p. 640:

Because the loss payable clause did not adequately protect the mortgagee's interest in insured property, use of the standard or union mortgage clause became more prevalent over time. In contrast to the simple loss payable clause, the standard mortgage clause generally has been construed by the courts as a separate insurance contract between the insurer and mortgagee. The most important consequence of interpreting the standard mortgage clause as independent insurance of the mortgagee's interest is that a mortgagee protected by this clause, in contrast to a mortgagee named in a loss payable clause, will not be denied recovery under a fire insurance policy solely because of the acts of the mortgagor.

The two clauses are clearly creatures of a different stripe, and it was only to be expected that a period of transition would be required before it was universally appreciated that under the new clause the mortgagee could no longer be equated to a simple beneficiary of the mortgagor. A reading of early judicial reaction to the clause confirms this. *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (Tex. Civ. App. 1896), the decision which may be regarded as the fountainhead of the meagre line of authority rejecting the view advanced in *Hastings, supra*, provides a convenient example of the difficulties encountered by the courts in their efforts to come to terms with the purpose of the standard mortgage clause, and to appreciate the salient difference between it and the "loss payable" clause. The following excerpts from the decision leave no doubt that the court essentially viewed the standard mortgage clause in the same manner as a "loss payable" clause, and was unwilling to accept that the standard mortgage clause is itself a vehicle by which the mortgagee obtains a separate and distinct contract of

C'est précisément cette caractéristique de la clause d'indemnité payable ou d'indemnité payable au créancier suivant son intérêt qui a entraîné sa désuétude. Comme l'expliquent Dwyer et Barney dans leur étude intitulée «Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy» (1984), 19 *Forum* 639, à la p. 640:

[TRADUCTION] Étant donné que la clause d'indemnité payable ne protégeait pas adéquatement l'intérêt du créancier hypothécaire dans le bien assuré, l'utilisation de la clause hypothécaire type ou dite «union mortgage clause» s'est répandue avec le temps. Par opposition à la simple clause d'indemnité payable, la clause hypothécaire type a généralement été interprétée par les tribunaux comme un contrat d'assurance distinct entre l'assureur et le créancier hypothécaire. La conséquence la plus importante de l'interprétation de la clause hypothécaire type comme une assurance indépendante de l'intérêt du créancier hypothécaire est que le créancier hypothécaire protégé par cette clause, par opposition à un créancier hypothécaire désigné dans une clause d'indemnité payable, ne perdra pas ses droits aux indemnités aux termes d'une police d'assurance contre l'incendie uniquement en raison des actes du débiteur hypothécaire.

De toute évidence, les deux clauses sont des créatures différentes et la seule chose à laquelle on pouvait s'attendre était qu'une période de transition serait nécessaire pour qu'il soit universellement reconnu qu'aux termes de la nouvelle clause le créancier hypothécaire ne pourrait plus être assimilé à un simple bénéficiaire du débiteur hypothécaire. Cette situation est confirmée par la lecture de la première réaction judiciaire à la clause. L'arrêt *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (Tex. Civ. App. 1896), qui peut être considéré comme la source du maigre courant jurisprudentiel qui a rejeté le point de vue proposé dans l'arrêt *Hastings*, précité, fournit un exemple pratique des problèmes rencontrés par les tribunaux dans leurs efforts pour composer avec l'objet de la clause hypothécaire type et pour apprécier la différence frappante entre celle-ci et la clause d'indemnité payable. Les extraits suivants de cet arrêt soulignent clairement que la cour a essentiellement considéré la clause hypothécaire type de la même manière que la clause d'indemnité payable et qu'elle n'était pas prête à

insurance with the insurer. Thus, at p. 334, Lightfoot C.J. says:

The doctrine is well established in this state that A., for a consideration paid by him, may make a contract with B., for the benefit of C., and the latter will have a right of action to enforce it. . . . But, if the contract was obtained by a fraudulent device of A., the person for whose benefit he fraudulently obtained it can gain no higher right than A. held, and, if the contract is void as to him, it is void as to his beneficiary.

At page 335, Lightfoot C.J. goes on to make this revealing concession:

We can readily see that a difference might arise in a case where the mortgage company, on its own behalf and for a separate consideration, procures a policy of insurance for its own benefit, unaffected by any act or concealment on the part of the owner of the property.

An examination of the early Canadian decisions also reveals that the courts remained fettered by the traditional view of the mortgagee as beneficiary of the mortgagor. Thus in one of the earliest Canadian decisions dealing with the problem of the nullity *ab initio* of the mortgagor's contract, *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494, the Ontario Court of Queen's Bench expressly repudiated the two-contract theory as an explanation for the working of the standard mortgage clause, and again chose to view the mortgagee as a beneficiary of the mortgagor. Thus, at p. 496, Hagarty C.J. said:

It remains to consider the very serious question whether the defendants have the right to prove that the policy was obtained by fraud on [the mortgagor's] part. I must consider it as his insurance of his own interest, and although he makes the loss payable to the mortgagees, it does not thereby become the insurance of a mere mortgage interest.

Plaintiffs contend that the effect of the agreement between the parties by this subrogation clause, to which [the mortgagor] was no party, was in effect a new

admettre que la clause hypothécaire type est elle-même un moyen pour le créancier hypothécaire d'obtenir un contrat d'assurance séparé et distinct avec l'assureur. C'est ainsi que le juge en chef

^a Lightfoot affirme, à la p. 334:

[TRADUCTION] La doctrine est bien établie dans cet État que A., pour une contrepartie qu'il paye, peut conclure un contrat avec B., à l'avantage de C., et ce dernier aura un droit d'action pour le faire exécuter.

^b [...] Toutefois, si le contrat a été obtenu par un acte frauduleux de A., la personne pour le bénéfice de qui il l'a obtenu frauduleusement ne peut acquérir un droit supérieur à celui de A. et si le contrat est nul à son égard, il est nul à l'égard de son bénéficiaire.

^c À la page 335, le juge en chef Lightfoot poursuit en faisant cette concession révélatrice:

^d [TRADUCTION] Nous pouvons facilement constater qu'il pourrait y avoir une différence dans le cas où la société hypothécaire, pour son propre compte et pour une contrepartie distincte, obtient une police d'assurance à son propre avantage, qui n'est pas touchée par un acte ou une dissimulation de la part du propriétaire du bien.

^e Un examen des premières décisions canadiennes révèle également que les tribunaux sont restés liés par l'opinion traditionnelle que le créancier hypothécaire était le bénéficiaire du débiteur hypothécaire. Ainsi, dans l'une des premières décisions canadiennes traitant du problème de la nullité *ab initio* du contrat du débiteur hypothécaire, l'arrêt *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494, la Cour du Banc de la Reine de l'Ontario a expressément ^f rejeté la théorie des deux contrats comme explication du fonctionnement de la clause hypothécaire type et a de nouveau choisi de considérer le créancier hypothécaire comme le bénéficiaire du débiteur hypothécaire. Le juge en chef Hagarty ^g affirme, à la p. 496:

^h [TRADUCTION] Il reste à examiner la très grave question de savoir si les défendeurs ont le droit de démontrer que la police a été obtenue par fraude de la part [du débiteur hypothécaire]. Je dois la considérer comme son assurance à l'égard de son propre intérêt et bien que la perte soit payable aux créanciers hypothécaires, elle ne devient pas ainsi l'assurance d'un simple intérêt hypothécaire.

^j Les demandeurs soutiennent que l'entente entre les parties à cette clause de subrogation, à laquelle [le débiteur hypothécaire] n'était pas partie, avait pour

insurance as between them and the underwriters, and that the latter conclusively adopt and confirm it as such, irrespective of any fraud committed by [the mortgagor]. I do not think that the subsequent clause strengthens that view.

Without entering into that not very clear subject of "subrogation," we may treat it on the intelligible ground of a special bargain made, after [the mortgagor] had insured his premises, with his mortgagees, to whom he had made the loss payable.

In *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94, this Court was called on to deal with another instance where, as in this appeal, the contract with the mortgagor was found to be void *ab initio*. As pointed out by my colleague at pp. 1018-19 of her reasons in *Caisse populaire*, although the Court of Appeal had affirmed that the standard mortgage clause evidenced a separate contract between the insurer and the mortgagee, this Court evinced a reluctance to enter into a detailed examination of the workings of the clause. This is particularly clear in the following obiter remarks of Davies J., at p. 110:

I have already stated that it is not necessary on this appeal for us to determine, and we do not determine, whether such a mortgage clause as was inserted in this policy gave the mortgagees such a beneficial right and interest or constituted such a direct contract between the mortgagees and the insurance company as would enable the former to sue in their own name alone and irrespective of [the mortgagor]. But we are all of the opinion that whether there was or was not such a direct contract, it did not cover or relate to the statements or omissions made by the applicant, [the mortgagor], in his application for insurance

Given that the Court decided the matter before it on other grounds, and expressly declined to consider the implications that flow from viewing the mortgage clause as providing for a separate and distinct contract between the mortgagee and the insurer, as opposed to making the mortgagee a simple beneficiary of the mortgagor, this decision becomes essentially irrelevant for present purposes. This Court first in *London and Midland General*

effet, en réalité, de créer une nouvelle assurance entre eux et les assureurs et que ces derniers l'ont adoptée et l'ont confirmée définitivement comme telle, indépendamment de toute fraude commise par [le débiteur hypothécaire]. Je ne crois pas que la clause subséquente renforce cette opinion.

Sans entrer dans le sujet de la «subrogation» qui n'est pas très clair, nous pouvons le traiter d'une manière compréhensible comme une affaire spéciale conclue, après que [le débiteur hypothécaire] eut assuré ses locaux, avec ses créanciers hypothécaires qu'il avait désignés pour recevoir l'indemnité payable.

Dans l'arrêt *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94, notre Cour était saisie d'un autre cas où, comme en l'espèce, le contrat avec le débiteur hypothécaire avait été jugé nul *ab initio*. Comme ma collègue l'a souligné aux pp. 1018 et 1019 des motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *Caisse populaire*, bien que la Cour d'appel ait dit que la clause hypothécaire type représentait un contrat distinct entre l'assureur et le créancier hypothécaire, notre Cour s'est montrée hésitante à examiner de façon détaillée le fonctionnement de la clause. Cela ressort de façon particulièrement claire des remarques incidentes suivantes du juge Davies à la p. 110:

[TRADUCTION] J'ai déjà dit qu'il n'était pas nécessaire dans le présent pourvoi de déterminer, et nous ne le faisons pas, si une telle clause hypothécaire qui a été inscrite dans la police accorde aux créanciers hypothécaires un tel droit et un tel intérêt à titre de bénéficiaires ou constitue un contrat direct entre les créanciers hypothécaires et la compagnie d'assurances qui permettrait à ceux-ci de poursuivre en leur propre nom seulement et sans tenir compte du [débiteur hypothécaire]. Toutefois, nous sommes tous d'avis, qu'il y ait ou non un tel contrat direct, qu'il ne visait pas les déclarations ou les omissions du requérant, [le débiteur hypothécaire], dans sa demande d'assurance ...

Étant donné que la Cour a tranché la question qui lui était présentée en fonction d'autres motifs et qu'elle a expressément refusé d'examiner les conséquences qui découlent de l'interprétation de la clause hypothécaire comme prévoyant la création d'un contrat séparé et distinct entre le créancier hypothécaire et l'assureur, par opposition à la désignation du créancier hypothécaire comme un simple bénéficiaire du débiteur hypothécaire, cet

Insurance Co. v. Bonser, *supra*, and then in *Caisse populaire* has expressed approval of the two-contract theory as an explanation for the operation of the standard mortgage clause. Faced now with the problem of sounding out the consequences that flow from its adoption of that viewpoint, the Court is accordingly called on to deal with the very question it declined to consider in *Liverpool and London*, *supra*.

Turning from this consideration of the conceptual difficulties encountered by the courts in early attempts to understand the nature of the standard mortgage clause, I would observe that a historical overview of the introduction of the standard mortgage clause makes it clear that it became an all but universal feature of fire insurance policies precisely because it was perceived as providing for the creation of a separate and independent contract of insurance between the mortgagee and the insurer. To borrow the formulation of Sanborn Cir. J. in *Syndicate Insurance Co. v. Bohn*, *supra*, at p. 178, mortgagees renounced the use of the "loss payable" clause and elected to rely on the standard mortgage clause because that clause was perceived as constituting a representation by the insurer to the mortgagee that its interests were insured in a separate contract from those of the mortgagor, that the mortgagee's insurance was dependent for its validity solely upon the course of action of the insurance company and the mortgagee, and thus unaffected by any act or neglect of the mortgagor of which the mortgagee is ignorant.

The Advantages to the Use of the Standard Mortgage Clause

The advantages to all parties in insuring through the medium of the standard mortgage clause are obvious. First, it saves time and hence money. The underwriter need not issue two separate policies: by the simple expedient of the standard mortgage clause the insurer represents to the mortgagee that

arrêt devient essentiellement sans rapport avec l'espèce. Notre Cour a, d'abord dans l'arrêt *London and Midland General Insurance Co. c. Bonser*, précité, et ensuite dans l'arrêt *Caisse populaire* approuvé la théorie des deux contrats comme explication du fonctionnement de la clause hypothécaire type. Maintenant, devant le problème de l'évaluation des conséquences qui découlent de l'adoption de cette position, la Cour doit donc traiter la question même qu'elle a refusé d'examiner dans l'arrêt *Liverpool and London*, précité.

Si l'on s'éloigne de cet examen des problèmes conceptuels qu'ont éprouvés les tribunaux dans leurs premières tentatives de comprendre la nature de la clause hypothécaire type, je remarque qu'il ressort clairement d'un aperçu historique de l'introduction de la clause hypothécaire type qu'elle est devenue une caractéristique presque universelle des polices d'assurance contre l'incendie précisément parce qu'elle a été perçue comme prévoyant la création d'un contrat d'assurance séparé et indépendant entre le créancier hypothécaire et l'assureur. Pour reprendre la formulation du juge Sanborn dans l'arrêt *Syndicate Insurance Co. v. Bohn*, précité à la p. 178, les créanciers hypothécaires ont renoncé à l'utilisation de la clause d'«indemnité payable» et ont choisi de se fonder sur la clause hypothécaire type parce que cette clause a été perçue comme constituant une affirmation par l'assureur au créancier hypothécaire que ses intérêts étaient assurés dans un contrat distinct de ceux du débiteur hypothécaire, que la validité de l'assurance du créancier hypothécaire ne dépendait que de ce qui surviendrait entre la compagnie d'assurances et le créancier hypothécaire et, par conséquent, ne serait pas touchée par un acte ou une négligence du débiteur hypothécaire que le créancier hypothécaire ignorerait.

Les avantages du recours à la clause hypothécaire type

Les avantages pour toutes les parties que présente l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type sont évidents. D'abord, cette clause épargne du temps et donc de l'argent. L'assureur n'a pas à délivrer deux polices distinctes: par le simple moyen de la clause hypothécaire type, l'as-

the one policy it issues in favour of the mortgagor in fact evidences two separate contracts, that between the mortgagee and the insurer being "engrafted" on that between the mortgagor and the insurer, to borrow the apt term found in Couch, *op. cit.*, § 42:728. Moreover, as explained by Professor Bergeron, *op. cit.*, at p. 975, there are other advantages for the insurer:

[TRANSLATION] The insurer probably has most to benefit from proceeding through the debtor. It is in its interest to determine the risk as accurately as possible by dealing with the person directly associated with the property to be insured: that person is the owner, the hypothecary debtor. Otherwise there will be a great number of persons with whom the insurer must check, increasing both his expense and the delay.

It is, of course, at the instance of the insurer that mortgagees effect their coverage through the standard mortgage clause, and I share the conclusions of Professor Bergeron as to the advantages to the insurer in proceeding in this way. It would seem to be a commercial strategy well calculated to permit insurance companies to draw, in the most effective and economical manner possible, on their vast expertise in the assessment of the risk posed by a given application for insurance.

The expertise of lenders lies elsewhere: they are concerned with assessing the solvency of their borrowers, not their assurability. That being the case, I can, with respect, see little merit to the suggestion that mortgagees, on granting a mortgage, should bear the burden of guaranteeing the assurability of their mortgagors and that, as a result, the insurer should be entitled to hold up against the mortgagee any omissions or misrepresentations made by the mortgagor at the moment of effecting its own separate contract of insurance; see the observations of Bisson J.A. in *Madill v. Lirette*, *supra*, at p. 1002. In my respectful view, this would be an unfair delegation of responsibility on the part of insurers, all the more so since it is the insurer who represents to the mortgagee that it wishes to effect the insurance of both mortgagee

sueur dit au créancier hypothécaire que la seule police qu'il délivre en faveur du débiteur hypothécaire représente en fait deux contrats distincts, que celui conclu entre le créancier hypothécaire et l'assureur est «greffé» à celui conclu entre le débiteur hypothécaire et l'assureur, pour reprendre le terme approprié qu'on trouve dans Couch, *op. cit.*, au n° 42:728. En outre, comme l'a expliqué le professeur Bergeron, *loc. cit.*, à la p. 975, l'assureur en tire d'autres avantages:

L'assureur est probablement le plus grand gagnant à procéder par le débiteur. En effet, il est dans son intérêt de mesurer le risque le plus précisément possible en ayant comme vis-à-vis la personne en relation directe avec les biens à assurer: or cette personne, c'est le propriétaire, débiteur hypothécaire. Sinon, l'assureur multiplie les personnes auprès desquelles il doit faire enquête, augmentant du même coup ses frais et les délais.

Évidemment, c'est à la demande de l'assureur que les créanciers hypothécaires obtiennent leur protection au moyen de la clause hypothécaire type et je partage les conclusions du professeur Bergeron quant aux avantages qu'a l'assureur à procéder de cette manière. Il semble qu'il s'agisse d'une stratégie commerciale bien calculée pour permettre aux compagnies d'assurances de se fonder, de la manière la plus efficace et la plus économique possible, sur leur grande expertise en matière d'appréciation du risque présenté par une demande d'assurance donnée.

L'expertise des prêteurs est différente: ils se préoccupent d'évaluer la solvabilité de leurs emprunteurs et non leur assurabilité. Cela étant, en toute déférence, j'accorde peu de valeur à l'idée que les créanciers hypothécaires, lorsqu'ils accordent une hypothèque, devraient assumer le fardeau de garantir l'assurabilité de leurs débiteurs hypothécaires et que, par conséquent, l'assureur devrait avoir le droit de faire valoir contre le créancier hypothécaire toute déclaration (*omission or misrepresentation*) faite par le débiteur hypothécaire au moment d'obtenir son propre contrat d'assurance; voir les observations du juge Bisson dans l'arrêt *Madill c. Lirette*, précité, à la p. 1002. À mon avis, il s'agirait d'une délégation de responsabilité injuste de la part des assureurs, d'autant plus que c'est l'assureur qui dit au créancier hypothé-

and mortgagor through the agency of the mortgagor. I share the reservations expressed by Professor Bergeron, *op. cit.*, at p. 988, to the effect that:

[TRANSLATION] We admit our surprise and it will be shared by the business community, including the risk industry. It is surprising to see given to the solvency specialists, if we may use the expression, a task which naturally belongs to risk specialists.

The standard mortgage clause has stood the test of time, and I am left with no doubt that it represents the most economical, rational, and fair procedure for effecting insurance on the interest of mortgagees. Its all but universal presence in fire insurance policies also attests to the fact that its use does not cut down in an unfair manner on the profits insurers recoup from the sale of fire insurance. Moreover, the American experience confirms that this is no less true if one proceeds on the assumption that the standard mortgage clause constitutes a representation by the insurer to the mortgagee that the validity of its policy is unaffected by the acts, neglects, omissions, and misrepresentations that the mortgagor may commit, whether they be committed by the mortgagor at the inception of its separate contract, or subsequent to its formation. In a word, once it is accepted that by the medium of the standard mortgage clause two separate and distinct contracts are issued in the one policy, it follows that any alternative to the use of the clause would seem guaranteed merely to arrive at the same end result (i.e., a separate contract for the mortgagee, and another for the mortgagor), but at the cost of generating needless delays, a flurry of paper, and a goodly amount of ultimately unproductive activity.

On this point, it is worth noting that the decisions that decline to follow *Hastings, supra*, and thus reject the thesis that the standard mortgage clause is designed to extend protection to the mortgagee in respect of omissions and misrepresentations made by the mortgagor at the inception of the contract, are all but unanimous in recommending that the mortgagee, when insuring its interest, adopt this alternative course of action and effect a separate policy on a separate piece of

caire qu'il veut assurer à la fois le créancier hypothécaire et le débiteur hypothécaire par l'entremise de ce dernier. Je partage les réserves exprimées par le professeur Bergeron, *loc. cit.*, à la p. 988:

^a Nous avouons notre surprise et le milieu des affaires, y compris celui de l'entreprise du risque, doit la partager. Il est en effet étonnant que l'on confie, si l'expression nous est permise, aux spécialistes de la solvabilité, la tâche revenant tout naturellement aux spécialistes du risque.

^c La clause hypothécaire type a subi avec succès l'épreuve du temps et je n'ai aucun doute qu'elle représente le moyen le plus économique, rationnel et juste d'assurer l'intérêt des créanciers hypothécaires. Sa présence presque universelle dans les polices d'assurance contre l'incendie témoigne également du fait que son utilisation ne réduit pas ^d d'une manière injuste les profits que les assureurs tirent de la vente d'assurance contre l'incendie. Qui plus est, l'expérience américaine confirme que ce n'est pas moins vrai si l'on présume que la clause hypothécaire type constitue une affirmation ^e de l'assureur au créancier hypothécaire que la validité de sa police ne sera pas touchée par les actes, négligences et déclarations que le débiteur hypothécaire commet ou fait, selon le cas, à la naissance de son contrat distinct ou après sa conclusion. Bref, lorsqu'on admet qu'au moyen de la clause hypothécaire type deux contrats séparés et distincts sont conclus dans une seule police, il en découle que toute autre solution de rechange à ^f l'utilisation de la clause semblerait simplement vouée au même résultat final (c.-à-d., un contrat distinct pour le créancier hypothécaire et un autre pour le débiteur hypothécaire), mais au prix de délais inutiles, d'une avalanche de documents et ^g d'un grand nombre d'activités finalement stériles.

Sur ce point, il convient de souligner que la jurisprudence qui a refusé de suivre l'arrêt *Hastings*, précité, et qui a donc rejeté la thèse que la clause hypothécaire type est destinée à étendre la protection au créancier hypothécaire à l'égard des déclarations (*omissions or misrepresentations*) faites par le débiteur hypothécaire à la naissance du contrat est presque unanime pour recommander ^j que le débiteur hypothécaire, lorsqu'il assure son intérêt, adopte cette autre ligne de conduite et

paper. Thus Galligan J. in *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361 (H.C.), notes, at p. 365:

... it is to be observed that there is nothing which prevents a mortgagee from obtaining his own insurance to protect his security. If a mortgagee relies upon the insurance obtained by the mortgagor, he subjects himself to the risk that such a policy may be voidable if the mortgagor has violated stat. con. 1 of the policy.

As we have already seen, Lightfoot C.J. in *Hanover*, *supra*, at p. 335, also observes that the situation would be an entirely different one if the mortgagee had effected a separate and independent policy of insurance to protect his own interest. To the same effect is the following suggestion made by Bisson J.A. in *Madill v. Lirette*, *supra*, at p. 1002:

[TRANSLATION] If the hypothecary creditor does not have faith in the actions and the words of his insured before the policy is issued, all he has to do is take out a separate policy in his own name.

Academic literature also provides an echo of this line of reasoning. In his article "La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire" (1987), 21 *R.J.T.* 335, Simard explicitly endorses the view expressed by Bisson J.A.

However, in my respectful view, this notion that mortgagees who declined to rely on the standard mortgage clause and insured their interest by means of a separate policy would gain a measure of protection over and above the protection afforded by the standard mortgage clause cannot fail but be otiose once it is concluded that this clause itself evidences two separate and distinct contracts of insurance, one between the mortgagor and the insurer and a second (engrafted on the first contract) between the mortgagee and the insurer. In the final analysis, the authorities I have just reviewed reject the view espoused in *Hastings* because they, again, have chosen to view the mortgagee whose interest is insured through the standard mortgage clause on the same terms as a simple beneficiary of the mortgagor. (I note that Galligan J. in *Chenier v. Madill*, *supra*, relies on *Omnium*

obtienne une police distincte sur un document distinct. Ainsi, le juge Galligan dans l'arrêt *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361 (H.C.), fait remarquer, à la p. 365:

^a [TRADUCTION] ... il convient de remarquer qu'il n'y a rien qui empêche un créancier hypothécaire d'obtenir sa propre assurance pour protéger sa garantie. Si un créancier hypothécaire se fonde sur l'assurance obtenue par le débiteur hypothécaire, il s'expose au risque qu'une telle police soit annulable si le débiteur hypothécaire a violé la première condition légale de la police.

Comme nous l'avons déjà vu, le juge en chef Lightfoot, dans l'arrêt *Hanover*, précité, à la p. 335, a également fait remarquer que la situation serait entièrement différente si le créancier hypothécaire avait obtenu une police d'assurance séparée et indépendante pour protéger son propre intérêt. L'affirmation suivante du juge Bisson dans l'arrêt *Madill c. Lirette*, précité, à la p. 1002, va dans le même sens:

^e Si le créancier hypothécaire n'a pas confiance dans les gestes et dires de son assuré avant l'émission de la police, il n'a qu'à prendre une police distincte, à son bénéfice.

La doctrine fait également écho à ce courant de pensée. Dans son article «La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire» (1987), 21 *R.J.T.* 335, Simard adopte explicitement le point de vue exprimé par le juge Bisson.

J'estime toutefois que la notion selon laquelle les créanciers hypothécaires qui ont refusé de se fonder sur la clause hypothécaire type et qui ont assuré leur intérêt au moyen d'une police distincte bénéficieraient d'une mesure de protection supplémentaire par rapport à la protection accordée par la clause hypothécaire type, ne peut faire autrement qu'être inutile une fois établi que cette clause démontre elle-même l'existence de deux contrats d'assurance séparés et distincts, l'un conclu entre le débiteur hypothécaire et l'assureur et l'autre (greffé au premier contrat), entre le créancier hypothécaire et l'assureur. En dernière analyse, la doctrine et la jurisprudence que je viens d'examiner rejettent le point de vue adopté dans l'arrêt *Hastings* parce qu'encore une fois elles ont choisi de considérer le créancier hypothécaire dont l'intérêt est assuré par une clause hypothécaire type de

Securities, *supra*, which, as we have seen, did not adopt the two-contract theory.) Once that view is put aside, and it is recognized that the mortgagee whose interest is insured by the standard mortgage clause is, in fact, a party to a separate and distinct contract with the insurer, the question of how the mortgagee effects that separate and distinct contract must, in my view, become one of form, and not of substance.

This is the view L'Heureux-Dubé J. expresses at p. 1027 of her reasons in *Caisse populaire*. There she observes:

There would not seem to be any valid reason for distinguishing between a policy taken out by the hypothecary creditor personally and one taken out by the latter through a mandatary, in the person of the hypothecary debtor. They are both separate insurance contracts in which the insured is the hypothecary creditor.

The Mortgagor as Mandator of the Mortgagee

I noted earlier that by the terms of the standard mortgage clause the mortgagor, when insuring its own interest in the property, assumes a mandate to take out a separate contract of insurance to insure the mortgagee's interest. This raises the question whether it could be argued that because the mortgagor is acting as the mandatary of the mortgagee when it insures the mortgagee's interest, it therefore follows that any false representations made by the mortgagor in effecting its mandate should be held to be those of the mortgagee. On this logic, the invalidity of the mortgagor's contract would entrain the invalidity of the mortgagee's contract as well.

I do not see how one can reasonably infer that the law of mandate operates so as to have this effect in the context of the standard mortgage clause. This inference would run counter to what must be taken to be the understanding of the

la même manière qu'un simple bénéficiaire du débiteur hypothécaire. (Je remarque que le juge Galligan, dans l'arrêt *Chenier v. Madill*, précité, se fonde sur l'arrêt *Omnium Securities*, précité, qui, comme nous l'avons vu, n'a pas adopté la théorie des deux contrats.) Si l'on écarte ce point de vue, et si on reconnaît que le créancier hypothécaire dont l'intérêt est assuré par la clause hypothécaire type est, en fait, une partie à un contrat séparé et distinct conclu avec l'assureur, la question de savoir de quelle manière le créancier hypothécaire obtient ce contrat séparé et distinct doit, à mon avis, relever de la forme et non du fond.

Telle est l'opinion que le juge L'Heureux-Dubé exprime à la p. 1027 des motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *Caisse populaire*. Elle fait remarquer:

Il ne paraît pas y avoir de motifs valables de distinguer entre une police souscrite personnellement par le créancier hypothécaire et une autre souscrite par ce dernier par l'entremise d'un mandataire, en la personne du débiteur hypothécaire. L'une comme l'autre constituent des contrats d'assurance séparés dans lesquels l'assuré est le créancier hypothécaire.

Le débiteur hypothécaire en sa qualité de mandataire du créancier hypothécaire

J'ai fait remarquer précédemment qu'aux termes de la clause hypothécaire type le débiteur hypothécaire, lorsqu'il assure son propre intérêt dans le bien, accepte le mandat d'obtenir un contrat d'assurance distinct pour assurer l'intérêt du créancier hypothécaire. Se pose alors la question de savoir si l'on peut soutenir que, parce que le débiteur hypothécaire agit à titre de mandataire du créancier hypothécaire lorsqu'il assure l'intérêt de celui-ci, il s'ensuit alors que toute fausse déclaration faite par le débiteur hypothécaire dans l'exécution de son mandat devrait être considérée comme celle du créancier hypothécaire. Selon cette logique, la nullité du contrat du débiteur hypothécaire entraînerait également la nullité du contrat du créancier hypothécaire.

Je ne vois pas de quelle manière on peut raisonnablement déduire que le droit relatif au mandat s'applique de manière à avoir cet effet dans le contexte de la clause hypothécaire type. Cette déduction serait contraire à ce qui doit être consi-

parties when agreeing to insure through the medium of the standard mortgage clause, for, as was explained above, it was precisely because the standard mortgage clause held out the promise of making the mortgagee's insurance dependent solely on the course of action between the mortgagee and the insurance company that it supplanted the use of the "open mortgage" clause in the insurance industry. As put by Miller J. in *Hastings*, *supra*, at p. 150:

The mortgage clause was agreed upon for this very purpose, and created an independent and a new contract, which removes the mortgagees beyond the control or the effect of any act or neglect of the owner of the property, and renders such mortgagees parties who have a distinct interest separate from the owner, embraced in another and a different contract.

Accordingly, to hold that the law of mandate would have the result mentioned above would defeat the very purpose of the clause by again making the right of the mortgagee to recover on its policy derivative of the right of the mortgagor, provided only that the insurer could establish that the mortgagor had made any omissions or misrepresentations on taking out coverage to insure its (the mortgagor's) separate interest.

In discussing the principles governing the construction of contracts of insurance in *Scott v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, *supra*, at p. 1454, I adverted to the approach set out by this Court in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888. There it was made clear that in the construction of a contract of insurance a court must seek the interpretation which most fairly reflects what can reasonably be supposed to have been the intention of the parties when entering into the contract. Applying these principles here, I can only conclude that the notion that the insurer should be free to deny coverage to the mortgagee on the basis of a misrepresentation made by the mortgagor when insuring its interest would fly in the face of the mortgagee's reasonable

déré comme étant ce qu'ont compris les parties lorsqu'elles ont convenu de conclure un contrat d'assurance au moyen de la clause hypothécaire type, car, comme je l'ai expliqué précédemment, c'est précisément parce que la clause hypothécaire type énonçait la promesse que l'assurance du créancier hypothécaire dépendrait uniquement de ce qui surviendrait entre celui-ci et la compagnie d'assurances qu'elle a remplacé la clause d'«indemnité payable au créancier suivant son intérêt» dans le secteur de l'assurance. Comme l'a dit le juge Miller dans l'arrêt *Hastings*, précité, à la p. 150:

[TRADUCTION] La clause hypothécaire a été acceptée à cette fin précise et a créé un contrat indépendant et nouveau qui soustrait les créanciers hypothécaires au contrôle ou à l'effet de tout acte ou de toute négligence de la part du propriétaire du bien et fait de ces créanciers hypothécaires des parties qui ont un intérêt séparé et distinct de celui du propriétaire, qui est visé dans un autre contrat différent.

En conséquence, conclure que le droit relatif au mandat aurait le résultat mentionné précédemment contrecarrerait l'objet même de la clause en subordonnant le droit du créancier hypothécaire de recevoir des indemnités en vertu de sa police au droit du débiteur hypothécaire, dans la mesure seulement où l'assureur pourrait établir que le débiteur hypothécaire a fait des déclarations (*omissions or misrepresentations*) en obtenant la protection de son intérêt séparé.

En analysant les principes qui régissent l'interprétation des contrats d'assurance dans l'arrêt *Scott c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, précité, à la p. 1454, j'ai fait allusion à la position adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888. Dans cet arrêt, on a clairement établi que, dans l'examen d'un contrat d'assurance, un tribunal doit chercher l'interprétation qui traduit le plus justement ce qui peut raisonnablement avoir été l'intention des parties lorsqu'elles ont conclu le contrat. Appliquant ces principes à l'espèce, je ne puis que conclure que la notion selon laquelle l'assureur devrait être libre de refuser d'indemniser le créancier hypothécaire en raison d'une fausse déclaration faite par le débiteur hypothécaire lorsqu'il a assuré son intérêt

perception of the very purpose of the standard mortgage clause.

As intimated above, it is only a matter of common sense that mortgagees will wish to effect insurance on their insurable interest so as to ensure that the validity of their contract with the insurer does not stand to be affected by anything the mortgagor might do, and as we have seen, clearly one option for the mortgagee who wishes to effect such coverage is to take out a separate policy on a separate piece of paper. It is, of course, at the instance of the insurer that mortgagees do not, in fact, make this trip to their insurer's office to effect independent policies on separate pieces of paper. In effect, the insurer represents to mortgagees that they can save themselves the trouble since the insurer will "engraft" this separate and distinct contract on the policy of the mortgagor. Given this representation on the part of the insurer, it is only fair to conclude that mortgagees will assume that insuring by means of the standard mortgage clause offers all the advantages of a separate and distinct contract evidenced by a separate piece of paper (the separate and distinct contract all the cases rejecting *Hastings* counsel mortgagees to obtain) but without any of its disadvantages, i.e. the trouble of having to obtain and deal with that separate piece of paper.

As noted by Professor Bergeron, *op. cit.*, at p. 974, it cannot be the case that mortgagees accept to insure by means of the standard mortgage clause because they wish [TRANSLATION] "in so doing to protect their interest less". That conclusion would be to take mortgagees for fools; it would be tantamount to proceeding on the basis that mortgagees, in accepting to insure by means of the standard mortgage clause, were somehow resigned to settling for second rate coverage, i.e., coverage that did not offer the same protection as the separate and distinct contract they could effect without relying on the standard mortgage clause. It is, of course, the converse that must be true, for, clearly, if mortgagees elect to insure through the

irait contre la perception raisonnable que se fait le créancier hypothécaire de l'objet même de la clause hypothécaire type.

a Comme je l'ai indiqué précédemment, il n'est que conforme au bon sens que les créanciers hypothécaires désirent obtenir de l'assurance à l'égard de leur intérêt assurable de manière à ce que la validité de leur contrat conclu avec l'assureur ne soit pas touchée par un acte que pourrait accomplir le débiteur hypothécaire et, comme nous l'avons vu, le créancier hypothécaire a clairement le choix s'il le désire d'obtenir une telle protection au moyen d'une police distincte attestée par un document distinct. Évidemment, c'est à la demande de l'assureur que les créanciers hypothécaires ne se rendent pas chez lui pour obtenir des polices indépendantes attestées par des documents distincts. En effet, l'assureur dit aux créanciers hypothécaires qu'ils peuvent s'éviter cette peine puisque l'assureur «greffera» ce contrat séparé et distinct à la police du débiteur hypothécaire. Compte tenu de cette affirmation de la part de l'assureur, il n'est que juste de conclure que les créanciers hypothécaires présumeront que l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type offre tous les avantages d'un contrat séparé et distinct attesté par un document distinct (le contrat séparé et distinct que tous les arrêts qui ont rejeté l'arrêt *Hastings* recommandent aux créanciers hypothécaires d'obtenir), mais sans ses inconvénients, c.-à-d. la peine d'avoir à obtenir et à examiner ce document distinct.

Comme l'a fait remarquer le professeur Bergeron, *loc. cit.*, à la p. 974, il n'est pas possible que les créanciers hypothécaires acceptent d'obtenir de l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type parce qu'ils souhaitent «par là moins protéger leur intérêt». Conclure ainsi reviendrait à considérer les créanciers hypothécaires comme des simples d'esprit; cela reviendrait à supposer que les créanciers hypothécaires, en acceptant d'obtenir de l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type, étaient en quelque sorte résignés à accepter une couverture de deuxième ordre, c.-à-d., une couverture qui n'offre pas la même protection que le contrat séparé et distinct qu'ils pourraient obtenir sans se fonder sur la clause hypothécaire type.

medium of the standard mortgage clause, they can only be doing so on the reasonable expectation that their interests will be protected in the same way as if they had entered into an independent contract evidenced by a separate piece of paper.

Moreover, as already demonstrated, nothing in the wording of the standard mortgage clause supports the conclusion that the insurer is proceeding on any other understanding. There is no language such as would indicate an unequivocal and manifest intention on the part of the insurer to offer insurance on the understanding that the coverage of the mortgagee was in any way dependent on the course of action between the insurer and the mortgagor. Rather, the language is to the opposite effect: it states in simple and unambiguous terms that the mortgagee's insurance will not be invalidated by any fault of the mortgagor. The terms used in making this representation are so clear, in my view, that there is no need to invoke the principle that is necessary to resolve any ambiguity on this point in favour of the insured. I have already drawn attention to the fact that insurers cannot rely on anything short of the clearest language when offering coverage on terms that would go to frustrating the legitimate expectations as to coverage of those purchasing the policy.

I conclude that by the terms of the standard mortgage clause the insurer has represented to the mortgagee that it will decline to set up as against the mortgagee any omissions and misrepresentations made by the mortgagor in effecting coverage for the mortgagee and which, by the ordinary application of the law of mandate, might otherwise be imputable to the mortgagee. Any other interpretation would, in my view, fail to concord with the reasonable expectations of the parties as to the coverage offered by the standard mortgage clause, and, indeed, by making the insurance of the mortgagee derivative to a certain degree on the course of dealings between the mortgagor and the insurer, would strike at the very *raison d'être* of the standard mortgage clause.

C'est évidemment le contraire qui doit être vrai, car il est manifeste que, si les créanciers hypothécaires choisissent d'obtenir de l'assurance au moyen de la clause hypothécaire type, ils ne peuvent le faire que parce qu'ils s'attendent raisonnablement à ce que leurs intérêts soient protégés de la même manière que s'ils avaient conclu un contrat indépendant attesté par un document distinct.

De plus, comme il a été démontré précédemment, rien dans le texte de la clause hypothécaire type ne permet de conclure que l'assureur agit en fonction de quelque autre condition. Le texte n'indique nullement une intention manifeste et sans équivoque de la part de l'assureur d'offrir de l'assurance à la condition que la protection du créancier hypothécaire dépende de quelque manière que ce soit de ce qui survient entre l'assureur et le débiteur hypothécaire. Le texte a plutôt l'effet contraire: il indique en des termes simples et non ambigus que l'assurance du créancier hypothécaire ne sera pas annulée par une faute du débiteur hypothécaire. À mon avis, les termes utilisés pour faire cette affirmation sont si clairs qu'il est inutile d'invoquer le principe qu'il est nécessaire de résoudre toute ambiguïté sur ce point en faveur de l'assuré. J'ai déjà attiré l'attention sur le fait que les assureurs ne peuvent se fonder sur autre chose que le texte le plus clair lorsqu'ils offrent une protection à des conditions qui décevraient les attentes légitimes quant à la protection de ceux qui achètent la police.

Je conclus qu'aux termes de la clause hypothécaire type l'assureur a indiqué au créancier hypothécaire qu'il ne fera pas valoir contre lui les déclarations (*omissions or misrepresentations*) qu'a faites le débiteur hypothécaire en obtenant la protection du créancier hypothécaire et qui, par l'application ordinaire du droit relatif au mandat, pourraient par ailleurs être imputées au créancier hypothécaire. À mon avis, toute autre interprétation ne serait pas conforme aux attentes raisonnables des parties quant à la protection offerte par la clause hypothécaire type et, en fait, en rendant l'assurance du créancier hypothécaire subordonnée dans une certaine mesure à ce qui survient entre le débiteur hypothécaire et l'assureur, elle porterait atteinte à la *raison d'être* même de la clause hypothécaire type.

Disposition

For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout, reverse the judgment of the Court of Appeal, and restore judgment of the trial judge.

English version of the reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—This appeal was heard at the same time as *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995 (hereinafter referred to as "*Caisse populaire*"), judgment rendered concurrently. In *Caisse populaire*, the issue concerned the legal relationship between an insurer and a hypothecary creditor where the debtor of the hypothecary creditor purchased an insurance contract containing a hypothecary (mortgage) clause and committed an intentional fault. In the present appeal, the issue is whether the nullity *ab initio* of an insurance policy, resulting from misrepresentations by the hypothecary debtor at the time the policy was bought, can be invoked against the hypothecary creditor.

Facts

In 1977 one Dimitrios (Jimmy) Katsikonouris borrowed \$80,000 from the National Bank of Greece (Canada) and \$21,800 from the appellants, who were doing business in partnership under the name Tava Enregistré. As security for these loans, Katsikonouris granted a first hypothec to the National Bank of Greece (Canada) and a second hypothec to the appellants, on properties owned by him at 2100-2102-2104 Bélanger St. East, in Montréal.

In the succeeding years six fires of varying size occurred in the buildings subject to the hypothecs. Those buildings were covered by an insurance policy issued by previous insurers. On January 24, 1983, following notice that his policy had been cancelled, Katsikonouris purchased a fire insurance policy from the respondents. At the time this policy was taken out, the broker acting for Kat-

Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge de première instance.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Le présent pourvoi a été entendu en même temps que l'appel *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995 (ci-après "*Caisse populaire*"), jugement rendu concurremment. Dans *Caisse populaire*, la question était de déterminer la relation de droit entre un assureur et un créancier hypothécaire dont le débiteur a souscrit un contrat d'assurance comprenant une clause hypothécaire et commis une faute intentionnelle. Dans le présent pourvoi, la question qui se pose est celle de l'opposabilité au créancier hypothécaire de la nullité *ab initio* de la police d'assurance, suite à de fausses représentations du débiteur hypothécaire lors de la souscription de la police.

Faits

En 1977, un dénommé Dimitrios (Jimmy) Katsikonouris a emprunté les sommes de 80 000 \$ de la Banque nationale de Grèce (Canada) et 21 800 \$ des appelants, qui faisaient affaires en société sous le nom de Tava Enregistré. En garantie de ces emprunts, Katsikonouris a consenti une hypothèque de premier rang à la Banque nationale de Grèce (Canada) et une de second rang aux appelants, sur les immeubles lui appartenant situés aux numéros civiques 2100-2102-2104, rue Bélanger est, à Montréal.

Au cours des années qui suivirent, six incendies d'importance variable eurent lieu dans les immeubles faisant l'objet des hypothèques, immeubles couverts par une police d'assurance émise par des assureurs antérieurs. Le 24 janvier 1983, suite à l'avis d'annulation de sa police, Katsikonouris souscrit auprès des intimées une police d'assurance-incendie. Lors de la souscription de cette

sikonouris answered "no" to the following three questions:

1. Does the applicant have other insurance?
2. Have there been losses in the last three years?
3. Has an insurer refused or cancelled a policy in the last three years?

The insurance policy issued by the respondents, providing coverage of \$350,000, contained a hypothecary (mortgage) clause approved by the Insurance Bureau of Canada and used in fire insurance policies issued in Quebec and in the rest of Canada.

After the properties in question were completely destroyed by arson on June 25, 1983, the respondents refused to pay the indemnity to the hypothecary creditors, alleging that the policy was void *ab initio* because of the misrepresentations by Katsikonouris at the time the policy was purchased. The appellants and the National Bank of Greece (Canada) brought actions against Katsikonouris' insurers to claim the indemnity.

In a judgment on the actions brought by the hypothecary creditors, which actions were joined for hearing, the trial judge held, on the evidence presented to him, that the policy issued by the respondents was void *ab initio* as a consequence of the misrepresentations and omissions by the insured or his representative. He concluded, however, that the hypothecary (mortgage) clause prevented the respondents from relying on this nullity *ab initio* against the hypothecary creditors, and therefore that the latter were entitled to payment of the insurance indemnity. He accordingly allowed their action. The Court of Appeal allowed the appeal, reversed the Superior Court judgment and dismissed the actions of the hypothecary creditors, the appellants in this Court (the National Bank of Greece (Canada), plaintiff in the Superior Court, is not a party to the appeal in this Court).

police, le courtier agissant pour Katsikonouris répondit par la négative aux trois questions suivantes:

1. Le proposant a-t-il d'autres assurances?
2. Y a-t-il eu des sinistres au cours des trois dernières années?
3. Y a-t-il eu un refus ou une annulation d'un assureur au cours des trois dernières années?

La police d'assurance émise par les intimées, offrant une couverture de 350 000 \$, contenait une clause hypothécaire approuvée par le Bureau d'assurance du Canada et utilisée dans les polices d'assurance-incendie émises au Québec et dans le reste du Canada.

Suite à un incendie d'origine criminelle qui détruisit entièrement les immeubles en question le 25 juin 1983, les intimées refusèrent de verser l'indemnité aux créanciers hypothécaires, alléguant la nullité *ab initio* de la police en raison de fausses représentations de la part de Katsikonouris lors de la souscription de la police. Les appelants et la Banque nationale de Grèce (Canada) intentèrent des recours contre les assureurs de Katsikonouris afin d'obtenir paiement de l'indemnité.

Dans un jugement sur les actions des créanciers hypothécaires, réunies pour enquête et audition, le premier juge a décidé, en regard de la preuve qui lui était soumise, que la police émise par les intimées était nulle *ab initio* suite aux fausses représentations et omissions faites par l'assuré ou son représentant. Il a cependant conclu que la clause hypothécaire empêchait les intimées de se prévaloir de cette nullité *ab initio* à l'encontre des créanciers hypothécaires, et donc que ceux-ci avaient droit au paiement de l'indemnité d'assurance. Il a fait droit à leur action en conséquence. La Cour d'appel a accueilli l'appel, infirmé le jugement de la Cour supérieure et rejeté les actions des créanciers hypothécaires, ici appelants (la demanderesse en Cour supérieure Banque nationale de Grèce (Canada) n'est pas partie au pourvoi devant notre Cour).

Judgments

Superior Court, [1985] C.S. 1263 (Lamb J.)

The trial judge first noted that, through his broker, the hypothecary debtor had made numerous misrepresentations to the respondents so as to conceal from them the cancellation of an earlier insurance policy and the occurrence of several fires of criminal origin on the insured property. He was of the view that these misrepresentations were such as to entail the nullity *ab initio* of the insurance contract between the hypothecary debtor and the respondents.

Proceeding to consider the argument of the insurance companies, which sought to invoke the nullity of the policy against the hypothecary creditors, the judge wrote (at pp. 1268-69):

The wording of paragraph 1 of the mortgage clause which reads

This insurance and every documented renewal thereof—as to the interest of the mortgagee only therein—is and shall be in force notwithstanding *any* act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured,

is so broad that it can only be interpreted as a clear and unqualified renunciation by the insurers of their right to raise against the mortgage creditors a defence of nullity resulting from any act or neglect of the insured, whether the result of that act or neglect is a nullity *ab initio* or a nullity resulting from a cause arising after the policy had validly attached. Nothing in the clause purports specifically to limit or restrict the application of the word “any”. The express renunciation of the insurers must therefore be read as intending to refer to absolute as well as relative nullity, in the absence of any words imposing a restrictive distinction between the two.

The meaning of the mortgage clause is unambiguous, but if any further evidence is needed as to the insurers’ intent to renounce their rights to invoke as against the mortgagees both absolute as well as relative nullity, such evidence can be found in the inclusion in the clause of the words “omission or misrepresentation”, words clearly contemplating nullity *ab initio* as well as relative. [Emphasis in original.]

As to the nature of the contractual relationship between the insurers and the hypothecary creditors, he added (at p. 1269):

Jugements

Cour supérieure, [1985] C.S. 1263 (le juge Lamb)

Le juge de première instance constate d’abord que le débiteur hypothécaire a, par l’entremise de son courtier, fait de nombreuses fausses représentations aux intimées, de manière à leur dissimuler l’annulation d’une police d’assurance précédente et l’existence de nombreux incendies d’origine criminelle à la propriété assurée. Il considère ces fausses représentations comme étant de nature à entraîner la nullité *ab initio* du contrat d’assurance liant le débiteur hypothécaire aux intimées.

Considérant ensuite la prétention des compagnies d’assurances, qui tentent d’opposer aux créanciers hypothécaires la nullité de la police, le juge écrit (aux pp. 1268 et 1269):

[TRADUCTION] Le texte du paragraphe 1 de la clause hypothécaire suivante:

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés . . .

est tellement général qu’il ne peut être interprété que comme une renonciation claire et non restreinte par les assureurs de leur droit de soulever contre les créanciers hypothécaires une défense de nullité résultant d’un acte ou d’une négligence de l’assuré, qu’il en résulte une nullité *ab initio* ou une nullité résultant d’une cause qui a pris naissance après l’entrée en vigueur de la police. Rien dans la clause ne veut de façon précise limiter ou restreindre l’application du terme «les». Par conséquent, la renonciation expresse des assureurs doit être interprétée comme visant la nullité absolue ou relative, en l’absence de tout terme imposant une distinction restrictive entre les deux.

Le sens de la clause hypothécaire n’est pas ambigu mais si d’autres éléments de preuve sont nécessaires pour démontrer l’intention des assureurs de renoncer à leur droit d’invoquer contre les créanciers hypothécaires la nullité absolue ou relative, ces éléments de preuve se dégagent de l’inclusion dans la clause du terme «déclarations», terme qui vise clairement la nullité *ab initio* ainsi que la nullité relative. [En italique dans l’original.]

En ce qui concerne la nature du lien contractuel unissant les assureurs et les créanciers hypothécaires, il ajoute (à la p. 1269):

Furthermore the language of the mortgage clause is such that it can only be regarded as a separate contract between the insurers and the mortgage [*sic*] creditors, wholly unaffected, as indeed its terms make clear, by the absolute or relative nullity of the policy *vis-à-vis* the insured.

This was the conclusion reached by Laflamme J. in the case of *Lirette c. Great American Insurance Co.*, [1982] C.S. 49, and by Biron J. in the case of *Caisse populaire des deux rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1984] C.S. 1180. Both were carefully reasoned decisions with which this Court agrees. While they concern the effect to be given to the second paragraph of 2563 C.C. and thus do not involve the question of nullity *ab initio*, the principle of the separate contract which these decisions endorse is nevertheless applicable to this case.

He therefore concluded that the insurers were liable to the hypothecary creditors and allowed the actions by the appellants and the National Bank of Greece (Canada).

Court of Appeal, [1989] R.D.I. 46 (Monet and Beauregard J.J.A. and Desmeules J. (*ad hoc*))

Desmeules J. (ad hoc)

Desmeules J., with his two colleagues concurring, noted that the trial judge had relied *inter alia* on the Superior Court's decision in *Lirette v. Great American Insurance Co.*, [1982] C.S. 49, reversed by the Court of Appeal since the judgment *a quo* was rendered, [1987] R.J.Q. 993 (*sub nom. Madill v. Lirette*). As the wording of the hypothecary (mortgage) clause considered by the Court of Appeal in *Madill* was the same as that which is at issue before this Court, Desmeules J. relied on that decision, from which he quoted at length. In that case, Bisson J.A. held for the majority that the nullity *ab initio* of the policy obtained by the insured carried with it the termination of the benefits conferred on the hypothecary creditor (at p. 1002):

[TRANSLATION] I consider that a hypothecary (mortgage) clause, like the one appearing in policy P-4, only protects the creditor once the contract has come into being, and from that time, for subsequent acts, neglect,

[TRADUCTION] Qui plus est, le texte de la clause hypothécaire est tel qu'il peut seulement être considéré comme un contrat distinct entre les assureurs et les créanciers hypothécaires, absolument pas touché, comme en fait ses modalités l'expriment clairement, par la nullité absolue ou relative de la police à l'égard de l'assuré.

C'est la conclusion à laquelle est arrivé le juge Laflamme dans la décision *Lirette c. Great American Insurance Co.*, [1982] C.S. 49, et par le juge Biron dans la décision *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1984] C.S. 1180. Il s'agit de deux décisions soigneusement motivées auxquelles souscrit notre Cour. Bien qu'elles visent l'effet qui doit être accordé au deuxième paragraphe de l'art. 2563 C.C. et par conséquent ne portent pas sur la question de la nullité *ab initio*, le principe du contrat distinct que ces décisions appuient s'applique néanmoins à l'espèce.

Il conclut donc à la responsabilité des assureurs face aux créanciers hypothécaires et accueille les recours des appelants et de la Banque nationale de Grèce (Canada).

Cour d'appel, [1989] R.D.I. 46 (les juges Monet, Beauregard et Desmeules (*ad hoc*))

Le juge Desmeules (ad hoc)

Le juge Desmeules, avec l'accord de ses deux collègues, constate que le juge de première instance s'est appuyé entre autres sur la décision de la Cour supérieure, dans l'affaire *Lirette c. Great American Insurance Co.*, [1982] C.S. 49, infirmée par la Cour d'appel depuis le prononcé du jugement *a quo*, [1987] R.J.Q. 993 (*sub nom. Madill c. Lirette*). Comme le texte de la clause hypothécaire étudiée par la Cour d'appel dans l'affaire *Madill* était le même que celui faisant l'objet du litige devant la cour, le juge Desmeules s'en remet à cette décision, dont il cite de larges extraits. Dans cette affaire, le juge Bisson avait décidé au nom de la majorité que la nullité *ab initio* de la police obtenue par l'assuré entraînait la déchéance des bénéfices consentis au créancier hypothécaire (à la p. 1002):

J'estime qu'une clause de garantie hypothécaire, comme celle apparaissant à la police P-4, ne protège le créancier qu'une fois que le contrat a pris naissance et, à partir de ce moment, pour les actes, négligences ou

omissions or misrepresentations by the owners of the insured property.

Desmeules J. noted that Bisson J.A. would have come to the same conclusion even had he recognized the existence of two separate contracts in an insurance policy containing a hypothecary (mortgage) clause. He further cited the Quebec Court of Appeal's decision in *Vallée du Richelieu, Compagnie mutuelle d'assurance de dommages v. Caisse populaire des Deux Rives*, [1988] R.J.Q. 2355, where Gendreau J.A., who had taken part in the *Madill* judgment, restated the Court of Appeal's position (at p. 2356):

[TRANSLATION] ... that is why we held that the hypothecary creditor's protection existed only if the insurance contract had actually and really been formed between the insured who had in fact requested it and the insurer who was preparing to undertake it. In deciding that there was no completed contract, that it was void *ab initio*, we rejected the recognition of the guarantee conferred by the hypothecary (mortgage) clause.

The conclusion of Desmeules J. conforms in all aspects to this jurisprudence of the Court of Appeal (at pp. 50-51):

[TRANSLATION] The wording of the present hypothecary (mortgage) clause, in effect since 1972, refers to certain situations such as transfers of interest, vacancy or non-occupancy or the occupation of the property for purposes more hazardous than those specified, and it subjects creditors to an obligation to inform the insurer as soon as they are aware of such situations.

These events are subsequent to the issuing of the insurance policy, and this leads me to conclude that it is such situations that the insurers sought to provide for in their hypothecary (mortgage) clause.

With respect, I consider that the nullity *ab initio* of the insurance policy issued by [the respondents] has the effect of invalidating the hypothecary (mortgage) clause contained in that policy as well, and that there is no reason to depart from the existing precedents.

He accordingly allowed the appeal and denied the appellants and the National Bank of Greece (Canada) the right to the insurance indemnity.

Beauregard J.A.

Beauregard J.A. was also of the view that the appeals should be allowed. The gist of his brief reasons reads as follows (at p. 47):

déclarations postérieurs des propriétaires des biens assurés.

Le juge Desmeules note que le juge Bisson en serait venu à une conclusion identique même en admettant l'existence de deux contrats distincts dans une police d'assurance comportant une clause de garantie hypothécaire. Il cite de plus la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Vallée du Richelieu, Compagnie mutuelle d'assurance de dommages c. Caisse populaire des Deux Rives*, [1988] R.J.Q. 2355, où le juge Gendreau, qui avait participé à l'arrêt *Madill*, a cru bon de réitérer la position de la Cour d'appel (à la p. 2356):

... c'est pourquoi nous avons décidé que la protection du créancier hypothécaire ne valait que si le contrat d'assurance s'était vraiment et réellement formé entre l'assuré qui l'avait effectivement requis et l'assureur qui s'apprêtait à le souscrire. En statuant à l'absence de la formation du contrat, à sa nullité *ab initio*, nous avons alors rejeté la reconnaissance de la garantie conférée par la clause hypothécaire.

La conclusion du juge Desmeules est conforme en tous points à cette jurisprudence de la Cour d'appel (aux pp. 50 et 51):

Le texte de la clause de garantie hypothécaire actuelle en vigueur depuis 1972 réfère à certaines situations telles que les transferts d'intérêts, la vacance ou l'occupation ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées, et elle fait obligation aux créanciers d'aviser l'assureur dès qu'il est (*sic*) au courant de telles situations.

Il s'agit là d'événements subséquents à l'émission de la police d'assurance, et ceci m'amène à conclure que ce sont de telles situations que les assureurs ont voulu prévoir dans leur clause de garantie hypothécaire.

Avec respect, je suis d'opinion que la nullité *ab initio* de la police d'assurance, émise par les [intimées] a pour effet de rendre nulle également la garantie hypothécaire contenue à cette police et qu'il n'y a pas lieu d'aller à l'encontre de la jurisprudence actuelle.

Il accueille donc l'appel et nie aux appelants et à la Banque nationale de Grèce (Canada) le droit à l'indemnité d'assurance.

Le juge Beauregard

Le juge Beauregard est également d'avis d'accueillir les pourvois. Le corps de ses brefs motifs se lit comme suit (à la p. 47):

[TRANSLATION] Despite the use of the adverb "including", by application of the "rule" of interpretation *noscitur a sociis* or the *eiusdem generis* rule, we must conclude that "any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured" is an "act, neglect, omission or misrepresentation" which took place or was made after the policy was issued, just as "transfer of interest, vacancy or non-occupancy or the occupation of the property for purposes more hazardous than those specified".

Analysis

As in the *Caisse populaire* appeal, *supra*, the present case concerns an insurance contract purchased by the hypothecary debtor, pursuant to an undertaking made in hypothecary loan contracts to keep the hypothecated property insured for the benefit of the hypothecary creditors. The insurance policy purchased from the respondents contains the standard hypothecary (mortgage) clause approved by the Insurance Bureau of Canada. I have set out the clause below.

The judgment of this Court in *Caisse populaire* is to the effect that the insurance clause in a hypothecary loan contract is a contract of mandate, by which the hypothecary debtor undertakes to insure the hypothecated property on behalf of his hypothecary creditor. The insurance policy taken out in accordance with this mandate contains a standard hypothecary (mortgage) clause which thus sets out two separate insurance contracts, one between the insurer and the hypothecary debtor and the other between the insurer and the hypothecary creditor. I refer to the reasons I gave in *Caisse populaire* in this regard and adopt them for these purposes.

Given these premises, this appeal must deal with the consequences of the alleged misrepresentations by the hypothecary debtor, first on his own insurance contract and then on the insurance contract between the hypothecary creditors and the insurers, in light of the existence of a standard hypothecary (mortgage) clause in the contract.

Malgré l'utilisation de l'adverbe «notamment», il faut conclure en appliquant la «règle» d'interprétation *noscitur a sociis* ou la règle *eiusdem generis* que «les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés» sont des «actes, négligences ou déclarations» qui ont lieu ou qui sont faits après l'établissement de la police, comme «les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées».

Analyse

Tout comme dans le pourvoi *Caisse populaire*, précité, la présente affaire met en cause un contrat d'assurance souscrit par le débiteur hypothécaire, suite à un engagement pris en vertu de contrats de prêts hypothécaires de maintenir les biens hypothéqués assurés au bénéfice des créanciers hypothécaires. La police d'assurance souscrite auprès des intimées contient la clause hypothécaire standard approuvée par le Bureau d'assurance du Canada, reproduite plus loin.

Le jugement de notre Cour dans *Caisse populaire* décide que la clause d'assurance du contrat de prêt hypothécaire constitue un contrat de mandat, en vertu duquel le débiteur hypothécaire s'engage à assurer au nom de son créancier hypothécaire les biens hypothéqués. La police d'assurance souscrite en conformité avec ce mandat contient une clause hypothécaire standard qui constate donc deux contrats d'assurance distincts, l'un entre le débiteur hypothécaire et l'assureur, et l'autre entre le créancier hypothécaire et l'assureur. Je réfère aux motifs que j'exprimais dans l'arrêt *Caisse populaire* à cet égard et je les adopte aux fins des présentes.

Ces prémisses posées, il faut, dans le présent pourvoi, examiner les conséquences des fausses représentations du débiteur hypothécaire, alléguées par les intimées, d'abord sur son contrat d'assurance, puis sur le contrat d'assurance liant les créanciers hypothécaires et les assureurs, compte tenu de la présence dans ce contrat d'une clause hypothécaire standard.

1. *Nullity ab initio of the Hypothecary Debtor's Insurance Contract*

Under arts. 2485 and 2486 *C.C.L.C.*, the holder of an insurance policy must disclose to the insurer, in the utmost good faith, all the circumstances relevant to determining the risk, otherwise the contract may be cancelled at the insurer's request under art. 2487 *C.C.L.C.*:

2485. The policyholder, and the insured if the insurer requires it, is bound to represent all the facts known to him which are likely to influence a reasonable insurer materially in the setting of the premium, the appraisal of the risk or the decision to cover it.

2486. The obligation respecting representations is deemed met if the facts are substantially as represented and there is no material concealment.

There is no obligation to represent facts known to the insurer or which from their notoriety he is presumed to know, except in answer to inquiries.

Misrepresentation or deceitful concealment by the insurer is in all cases a cause of nullity of the contract that the party acting in good faith may invoke.

2487. Subject to articles 2510 to 2515, misrepresentation or concealment by either the policyholder or the insured, in regard to the facts contemplated in articles 2485 and 2486, nullifies the contract at the instance of the insurer, even for losses not connected with the risks so misrepresented.

(Articles 2510 to 2515 *C.C.L.C.*, mentioned in art. 2487 *C.C.L.C.*, being concerned exclusively with life insurance, are not relevant here.)

According to the evidence, the hypothecary debtor or his representative did not disclose to the insurers various facts of importance in the insurers' determination of the risk, concerning *inter alia* previous insurance coverage, the occurrences of criminal fires on the insured premises and the refusal by the previous insurers to continue insuring the property. This non-disclosure surely constitutes misrepresentation, as the trial judge found (at p. 1268):

The existence of the Pelletier, Symons policy, the decision of that insurer to cancel that policy, and the

1. *Nullité ab initio du contrat d'assurance du débiteur hypothécaire*

Selon les art. 2485 et 2486 *C.c.B.-C.*, il revient au preneur d'un contrat d'assurance de dévoiler à l'assureur, avec la plus grande bonne foi, toutes les circonstances pertinentes à l'évaluation du risque, sous peine de voir le contrat annulé à la demande de l'assureur en vertu de l'art. 2487 *C.c.B.-C.*:

2485. Le preneur, de même que l'assuré si l'assureur le demande, est tenu de déclarer toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur raisonnable dans l'établissement de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de l'accepter.

2486. L'obligation relative aux déclarations est réputée remplie si les circonstances en cause sont en substance conformes aux déclarations et s'il n'y a pas de réticence importante.

Il n'est pas obligatoire de déclarer les circonstances que l'assureur connaît ou est présumé connaître en raison de leur notoriété, sauf en réponse aux questions posées.

Les fausses représentations ou réticences frauduleuses de la part de l'assureur sont dans tous les cas des causes de nullité du contrat que la partie qui est de bonne foi peut invoquer.

2487. Sous réserve des articles 2510 à 2515, les fausses déclarations et les réticences, tant du preneur que de l'assuré, sur des circonstances visées aux articles 2485 et 2486 entraînent, à la demande de l'assureur, la nullité du contrat même en ce qui concerne les sinistres non rattachés aux risques ainsi dénaturés.

(Les articles 2510 à 2515 *C.c.B.-C.* mentionnés à l'art. 2487 *C.c.B.-C.* concernent exclusivement l'assurance sur la vie et ne sont donc pas ici pertinents.)

Le débiteur hypothécaire ou son représentant, selon la preuve, n'ont pas dévoilé aux assureurs divers faits importants à l'évaluation du risque par les assureurs, ayant trait notamment à la couverture d'assurance préalable, à l'existence d'incendies criminels sur les lieux assurés, ainsi qu'au refus par les prédécesseurs des intimées de continuer à assurer l'immeuble. Cette non-divulgation constitue en fait des fausses représentations, ainsi que l'a déterminé le premier juge (à la p. 1268):

[TRADUCTION] L'existence de la police Pelletier, Symons, la décision de cet assureur d'annuler cette

previous fires, all of criminal origin, which occurred in the building housing the insured's restaurant Athens by Night and in the Bélanger St. building, were facts known to Katsikonouris and which were material to the risk. Hofman's [Katsikonouris's broker's] failure to disclose these facts therefore nullifies the contract *ab initio* between the insured Katsikonouris and the Defendant Insurers. [Emphasis added.]

The Superior Court judge's conclusion in this regard and the resulting nullity of the insurance contract between the hypothecary debtor and the insurers were not disputed in the Quebec Court of Appeal and were not the subject of argument in this Court.

It thus seems clear that the hypothecary debtor's insurance contract is void *ab initio* because of the latter's misrepresentations when the policy was purchased.

2. Nullity of the Hypothecary Creditors' Insurance Contract

The hypothecary creditors purchased their insurance contract from the insurers through their mandatary, the hypothecary debtor. The mandate, set out in the insurance clause of the hypothecary loan contracts, provides that the hypothecary debtor must keep the hypothecated property insured for the lenders' benefit. Accordingly, by purchasing the insurance contract, the hypothecary debtor performed his mandate in accordance with his undertaking.

Under art. 1727 *C.C.L.C.* mandators, in this case the lenders, are bound by the acts of their mandatary in the performance of the mandate:

1727. The mandator is bound in favor of third persons for all the acts of his mandatary, done in execution and within the powers of the mandate, except in the case provided for in article 1738 of this title, and the cases wherein by agreement or the usage of trade the latter alone is bound.

The mandator is also answerable for acts which exceed such power, if he have ratified them either expressly or tacitly. [Emphasis added.]

As Rodière puts it, [TRANSLATION] "a mandatary [cannot] be regarded as a third party *vis-à-vis* the

police, et les incidents précédents, tous d'origine criminelle, qui se sont produits dans l'immeuble qui abritait le restaurant de l'assuré Athens by Night et dans l'immeuble de la rue Bélanger, étaient des faits connus par Katsikonouris et qui étaient importants quant à l'appréciation du risque. L'omission de Hofman [le courtier de Katsikonouris] de révéler ces faits annule donc le contrat *ab initio* entre l'assuré Katsikonouris et les assureurs défendeurs. [Je souligne.]

La conclusion du juge de la Cour supérieure à cet égard de même que la nullité en résultant du contrat d'assurance entre le débiteur hypothécaire et les assureurs, n'ont pas été contestées devant la Cour d'appel du Québec et ne sont pas l'objet de débats devant notre Cour.

Il apparaît donc clair que le contrat d'assurance du débiteur hypothécaire est nul *ab initio* en raison des fausses représentations de ce dernier lors de la souscription de la police.

2. Nullité du contrat d'assurance des créanciers hypothécaires

Les créanciers hypothécaires ont souscrit leur contrat d'assurance auprès des assureurs par l'entremise de leur mandataire, le débiteur hypothécaire. Le mandat, contenu à la clause d'assurance des contrats de prêts hypothécaires, prévoit que le débiteur hypothécaire doit maintenir assurés les biens hypothéqués au bénéfice des prêteurs. En souscrivant le contrat d'assurance, le débiteur hypothécaire a donc rempli son mandat conformément à son engagement.

En vertu de l'art. 1727 *C.c.B.-C.*, les mandants, en l'espèce les prêteurs, sont liés par les actes de leur mandataire dans l'accomplissement du mandat:

1727. Le mandant est responsable envers les tiers pour tous les actes de son mandataire faits dans l'exécution et les limites du mandat; excepté dans le cas de l'article 1738, et dans les cas où, par la convention ou les usages du commerce, le mandataire en est le seul responsable.

Le mandant est aussi responsable des actes qui excèdent les limites du mandat, lorsqu'il les a ratifiés expressément ou tacitement. [Je souligne.]

Tel que le formule Rodière, «le mandataire [ne peut] être considéré comme un tiers vis-à-vis du

mandator" (*Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, vol. 5, 2nd ed., "Mandat", at p. 26, No. 337). Domenget (*Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, vol. 1, *Du mandat* (1862)) specifically mentions the case of bad faith by the mandatary, stating that it cannot be invoked against third parties (at p. 257, No. 405):

[TRANSLATION] Bad faith by the mandatary could not even be invoked against third parties by the mandator, if indeed those third parties were not in bad faith, in accordance with the rule "*qui mandavit ipse fecisse videtur*".

Since the hypothecary debtor was acting in accordance with his mandate by purchasing the hypothecary creditors' insurance contract, the misrepresentations he made at that time must therefore be regarded, for the purposes of considering the validity of this contract, as misrepresentations made by the hypothecary creditors themselves.

These misrepresentations by the broker will have, as to the insurance contract between the hypothecary creditors and the insurers, consequences similar to those produced on the hypothecary debtor's personal insurance contract. Thus, the misrepresentations of the hypothecary debtor, acting as mandatary of the hypothecary creditors, had the effect of misrepresenting the risk to the insurers and thereby vitiating their consent to the insurance contract purchased for the hypothecary creditors, in the same way as these misrepresentations vitiated the insurers' consent to the hypothecary debtor's insurance contract. The insurance contract between the insurers and the hypothecary creditors is thus also void *ab initio*.

3. *Whether the Nullity ab initio Can Be Invoked Against the Hypothecary Creditors*

The appellants argue, however, that the nullity of the hypothecary creditors' insurance contract, whether *ab initio* or otherwise, cannot be invoked against them on account of the undertakings made by the insurers and set forth in the hypothecary (mortgage) clause of this insurance contract. The content of this clause, which reads as follows, must therefore be considered:

mandant" (*Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, t. 5, 2^e éd., «Mandat», à la p. 26, n^o 337). Domenget (*Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires*, t. 1, *Du mandat* (1862)) mentionne spécifiquement le cas de la mauvaise foi du mandataire, la déclarant inopposable aux tiers (à la p. 257, n^o 405):

La mauvaise foi du mandataire ne pourrait même pas être opposée aux tiers par le mandant, si d'ailleurs ces tiers n'étaient pas de mauvaise foi, par application de la règle "*qui mandavit ipse fecisse videtur*".

Puisque le débiteur hypothécaire agissait conformément à son mandat en souscrivant le contrat d'assurance des créanciers hypothécaires, les fausses représentations qu'il a faites à ce moment doivent donc être considérées, aux fins de l'examen de la validité de ce contrat, comme des fausses représentations effectuées par les créanciers hypothécaires eux-mêmes.

Ces fausses représentations du courtier auront, quant au contrat d'assurance entre les créanciers hypothécaires et les assureurs, des conséquences similaires à celles produites sur le contrat d'assurance personnel du débiteur hypothécaire. Ainsi, les fausses représentations du débiteur hypothécaire, agissant à titre de mandataire des créanciers hypothécaires, ont eu pour effet de dénaturer le risque aux yeux des assureurs et de vicier par le fait même son consentement au contrat d'assurance souscrit au nom des créanciers hypothécaires, au même titre que ces fausses représentations ont vicié le consentement des assureurs au contrat d'assurance du débiteur hypothécaire. Le contrat d'assurance liant les assureurs aux créanciers hypothécaires est donc également nul *ab initio*.

3. *Opposabilité de la nullité ab initio aux créanciers hypothécaires*

Les appelants soutiennent cependant que la nullité du contrat d'assurance des créanciers hypothécaires, fut-elle *ab initio*, ne peut leur être opposée en raison des engagements souscrits par les assureurs et constatés à la clause hypothécaire de ce contrat d'assurance. Un examen du contenu de cette clause, qui se lit comme suit, s'impose donc:

(For use with Quebec Policy Forms only)

STANDARD MORTGAGE CLAUSE
(approved by the Insurance Bureau of Canada)

IT IS HEREBY PROVIDED AND AGREED THAT:

BREACH OF CONDITIONS BY MORTGAGOR, OWNER OR OCCUPANT

This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk.

PROVIDED ALWAYS that the Mortgagee shall notify forthwith the Insurer (if known) of any vacancy or non-occupancy extending beyond thirty (30) consecutive days, or of any transfer of interest or increased hazard THAT SHALL COME TO HIS KNOWLEDGE, and that every increase of hazard (not permitted by the policy) shall be paid for by the Mortgagee—on reasonable demand—from the date such hazard existed, according to the established scale of rates for the acceptance of such increased hazard, during the continuance of this insurance.

RIGHT OF SUBROGATION

Whenever the Insurer pays the Mortgagee any loss award under this policy and claims that—as to the Mortgagor or Owner—no liability therefor existed, it shall be legally subrogated to all rights of the Mortgagee against the Insured, but any subrogation shall be limited to the amount of such loss payment and shall be subordinate and subject to the basic right of the Mortgagee to recover the full amount of its mortgage equity in priority to the Insurer, or the Insurer may at its option pay the Mortgagee all amounts due or to become due under the mortgage or on the security thereof, and shall thereupon receive a full assignment and transfer of the mortgage together with all securities held as collateral to the mortgage debt.

OTHER INSURANCE

If there be other valid and collectible insurance upon the property with loss payable to the Mortgagee—at law or in equity—then any amount payable thereunder shall be taken into account in determining the amount payable to the Mortgagee.

(À utiliser avec polices du Québec seulement)

CLAUSE TYPE RELATIVE AUX GARANTIES
HYPOTHÉCAIRES
(Formule approuvée par le Bureau d'assurance du Canada)

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

Les créanciers hypothécaires sont tenus d'aviser l'Assureur (si ce dernier leur est connu) dès qu'ils sont au courant de toute inoccupation ou vacance de plus de trente jours consécutifs, de tout changement dans les droits de propriété ou de toute aggravation du risque, à charge pour eux d'acquitter, sur demande raisonnable, les surprimes afférentes aux aggravations dépassant les normes d'acceptation fixées par le présent contrat et cela au tarif établi à cet égard et pour la durée du contrat restant à courir à compter du début des aggravations en question.

SUBROGATION

À concurrence des indemnités versées par lui aux créanciers hypothécaires, l'Assureur est subrogé dans les droits de ces derniers contre les débiteurs ou propriétaires auxquels il se croit justifié d'opposer un motif de non-garantie, les créanciers hypothécaires n'en demeurant pas moins en droit de recouvrer le solde de leurs créances avant que la subrogation ci-dessus puisse être exercée. L'Assureur se réserve cependant le droit d'acquitter les créances intégralement, auquel cas il a droit au transfert de celles-ci et de toutes les sûretés les garantissant.

PLURALITÉ D'ASSURANCES

Si d'autres assurances sont, à quelque titre que ce soit, acquises aux créanciers hypothécaires, les indemnités qu'ils peuvent en recevoir doivent être prises en ligne de compte pour la détermination des sommes qui leur sont payables.

WHO MAY GIVE PROOF OF LOSS

In the absence of the Insured, or the inability, refusal or neglect of the Insured to give notice of loss or deliver the required Proof of Loss under the policy, then the Mortgagee may give the notice upon becoming aware of the loss and deliver as soon as practicable the Proof of Loss.

TERMINATION

The term of this Mortgage Clause coincides with the term of the policy;

PROVIDED ALWAYS that the Insurer reserves the right to cancel the policy as provided by Articles 2567 and 2568 of the Civil Code of the Province of Quebec, but agrees that the insurer will neither terminate nor alter the policy to the prejudice of the Mortgagee without 15 days' notice to the Mortgagee by registered letter.

FORECLOSURE

Should title or ownership to said property become vested in the Mortgagee and/or assigns as owner or purchaser under foreclosure or otherwise, this insurance shall continue until expiry or cancellation for the benefit of the said Mortgagee and/or assigns.

SUBJECT TO THE TERMS OF THIS MORTGAGE CLAUSE (and these shall supersede any policy provisions in conflict therewith BUT ONLY AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE), loss under this policy is made payable to the Mortgagee. [Emphasis added.]

The wording of this clause is very similar to the one considered in *Caisse populaire, supra*.

Before proceeding with the analysis of this clause as such, however, it may be worth taking a comparative look at the interpretation in other jurisdictions of clauses similarly worded to see whether the nullity *ab initio* of the insurance contract, as a consequence of misrepresentations by the hypothecary debtor, can be invoked against the hypothecary creditor.

A. Comparative Analysis

The hypothecary (mortgage) clause at issue here is in fact derived from clauses of the same type developed in the State of New York in the 1860s. This clause became widely used over the years throughout the United States and in Canada. Although known in France, it is seldom used there.

PRÉSENTATION DES DEMANDES D'INDEMNITÉ

En cas d'absence ou incapacité de l'Assuré, ou s'il refuse ou néglige de présenter les déclarations de sinistre ou formulaires de demande d'indemnité exigées par le contrat, ces déclarations peuvent être faites par les créanciers hypothécaires dès qu'ils sont au courant des sinistres, les formulaires de demande devant dès lors être produits par eux dans les meilleurs délais.

CESSATION

Les effets de la présente clause prennent fin en même temps que le contrat, sous réserve des droits de résiliation dont l'Assureur peut se prévaloir aux termes de ce dernier, et à charge pour l'Assureur de se conformer aux dispositions des articles 2567 et 2568 du Code civil de la province de Québec, et de donner aux créanciers hypothécaires, par courrier recommandé, préavis de quinze jours de toute résiliation ou modification pouvant leur causer préjudice.

SAISIE

Si les créanciers hypothécaires ou leurs ayants droit acquièrent, par saisie ou autrement, les titres ou les droits de propriété des biens assurés, ils ont droit dès lors au bénéfice de la présente assurance tant qu'elle demeure en vigueur.

Aux conditions ci-dessus (lesquelles doivent par ailleurs prévaloir en ce qui concerne les intérêts des créanciers hypothécaires contre toutes celles du contrat entrant en conflit avec elles), les sinistres sont payables directement aux créanciers hypothécaires ou à leurs ayants droit. [Je souligne.]

Cette clause se rapproche grandement de la formulation de celle étudiée dans le pourvoi *Caisse populaire*, précité.

Avant toutefois de procéder à l'analyse comme telle de cette clause, il peut être utile de jeter un coup d'œil comparatiste sur l'interprétation dans d'autres juridictions de clauses dont le texte se rapproche de celui ici en cause, en ce qui concerne l'opposabilité au créancier hypothécaire de la nullité *ab initio* du contrat d'assurance en raison des fausses représentations du débiteur hypothécaire.

A. Analyse comparée

La clause hypothécaire dont il est ici question, est en effet dérivée des clauses du même type développées dans l'État de New York au cours des années 1860. Cette clause s'est répandue au fil des ans dans l'ensemble des États-Unis, de même qu'au Canada, alors que si elle est connue en France, elle y est peu usitée.

(i) *France*

The writers Picard and Besson in their classic treatise give an example of a hypothecary (mortgage) clause under which, according to them, the nullity *ab initio* of the insurance contract as a consequence of misrepresentation by the hypothecary debtor could not be invoked against the hypothecary creditor:

[TRANSLATION] This clause—known as the standard hypothecary or mortgage clause—has been in widespread use in America since the late 19th century. It is however quite rare in French practice. The guarantee it provides creditors of course varies according to the policy. The following is an example of the standard hypothecary clause:

“At the request of the insured, the Company agrees not to take advantage of (but only as to hypothecary creditors registered against the immovable pursuant to a deed recorded by Mr. X, a notary) the failure to make the declarations prescribed by the general conditions of the policy, but only to the extent that their debts fall in the correct order on the indemnity to which the insured would have been entitled if his position had been in order.”

With a clause of this kind, hypothecary creditors whose names are given to the insurer cannot be affected by nullities or disqualifications incurred by the insured, in particular as the result of an incorrect declaration of risk, even if they knew of such irregularities before the loss. [Emphasis added.]

(*Traité général des assurances terrestres en droit français*, vol. 2, *Assurances de dommages—Règles générales* (1940), at pp. 471-73.)

This clause is clearly specific and provides that an inaccurate initial statement of risk will not invalidate the hypothecary creditor's right to indemnification. It is interesting to note that it was thought necessary to use a very specific formula so as to cover nullity of the contract resulting from the absence of consent by one of the parties. The hypothecary (mortgage) clause at issue here is different and contains no specific mention of an “incorrect declaration of risk”.

(ii) *United States*

The mortgage clause used in insurance policies in the United States usually reads as follows, with

(i) *France*

Les auteurs Picard et Besson donnent dans leur traité classique un exemple de clause hypothécaire en vertu de laquelle, selon eux, la nullité *ab initio* du contrat d'assurance suite aux fausses représentations du débiteur hypothécaire serait inopposable au créancier hypothécaire:

Cette clause—dite clause hypothécaire type—est usitée couramment en Amérique depuis la fin du XIX^e siècle. Elle est au contraire assez rare dans la pratique française. La garantie qu'elle confère aux créanciers varie évidemment suivant les polices. Voici un exemple de clause hypothécaire type:

«Sur la demande de l'assuré, la Compagnie consent à ne pas se prévaloir, mais au regard seulement des créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble suivant acte reçu par M^e X..., notaire, de l'omission des déclarations prescrites par les conditions générales de la police, mais dans la mesure seulement où leurs créances viendraient en ordre utile sur l'indemnité à laquelle l'assuré aurait pu prétendre si sa situation avait été régulière...»

Avec une clause de ce genre, les créanciers hypothécaires nominativement désignés à l'assureur ne peuvent pas se voir opposer les nullités ou déchéances encourues par l'assuré, spécialement en raison d'une déclaration irrégulière du risque, même s'ils ont eu connaissance avant le sinistre de ces irrégularités. [Je souligne.]

(*Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2, *Assurances de dommages—Règles générales* (1940), aux pp. 471 à 473.)

Cette clause est évidemment spécifique et prévoit que la déclaration initiale inexacte du risque n'invalidera pas le droit du créancier hypothécaire à l'indemnisation. Il est intéressant de noter que, dans ce cas, on a jugé nécessaire d'utiliser une formulation très spécifique afin de couvrir la nullité du contrat en raison de l'absence de consentement de l'une des parties. La clause hypothécaire ici en cause est différente et ne contient pas de mention spécifique à une «déclaration irrégulière du risque».

(ii) *États-Unis*

La clause hypothécaire utilisée dans les polices d'assurance aux États-Unis se lit habituellement

regard to waiver of the right to raise the mortgagor's actions against the mortgagee:

It is hereby specially agreed that this insurance, as to the interest of the mortgagee only therein, shall not be invalidated by any act or neglect of the mortgagor or owner of the property insured, nor by the occupation of the premises for purposes more hazardous than are permitted by this policy. [Emphasis added.]

Unlike the case of the existence of a second separate contract in the same policy containing a hypothecary (mortgage) clause, discussed in *Caisse populaire*, the specific question of whether the nullity *ab initio* of an insurance contract because of the mortgagor's misrepresentations can be invoked against the mortgagee has not been dealt with by the U.S. Supreme Court. The plethora of judgments in various states on this point does however disclose two trends: the majority of the decisions hold that such nullity cannot be invoked against the mortgagee, and the minority hold that it can.

The first judgment of the majority view is probably the decision by the New York Court of Appeal in *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878). In that case, the mortgagor had bought such insurance. One of the conditions was that any other insurance was to be disclosed to the insurer. The mortgagor, however did not reveal that he had other insurance. The mortgagor's wrongful act thus occurred at the very time the policy was bought. The New York Court of Appeal found this policy to be null and void with respect to the mortgagor, but rejected the insurer's defence that this nullity extended to the mortgage clause. In his judgment Rapallo J. found that there were two separate insurance contracts in the policy and went on to say (at p. 153):

To hold otherwise would, I think, defeat the purpose intended, and deprive the mortgagees of the protection upon which they had a right to rely. Although the clause might be construed so as to exempt the mortgagees from the consequences only of acts of the owners done after the making of the agreement, I do not think, in view of

comme suit, en ce qui concerne la renonciation à opposer au créancier hypothécaire les agissements du débiteur hypothécaire:

[TRADUCTION] Il est particulièrement convenu que la présente assurance, en ce qui a trait à l'intérêt du créancier hypothécaire seulement, ne doit pas être annulée par un acte ou une négligence du débiteur hypothécaire ou du propriétaire du bien assuré, ni par l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées. [Je souligne.]

Contrairement à ce qu'il en était de l'existence d'un second contrat distinct dans une même police contenant une clause hypothécaire, discutée dans le pourvoi *Caisse populaire*, le problème précis de l'opposabilité au créancier hypothécaire de la nullité *ab initio* du contrat d'assurance en raison des fausses représentations du débiteur hypothécaire n'a pas fait l'objet d'arrêts de la Cour suprême des États-Unis. On peut, par ailleurs, discerner parmi la pléthore d'arrêts de divers états concernant cette question, deux courants divergents: l'un, majoritaire, déclarant telle nullité inopposable au créancier hypothécaire, et l'autre, minoritaire, autorisant au contraire l'opposabilité.

Le premier arrêt du courant majoritaire est probablement la décision de la Cour d'appel de New York *Hastings v. Westchester Fire Insurance Co.*, 73 N.Y. 141 (1878). Le débiteur hypothécaire avait dans cette affaire souscrit l'assurance en question, dont l'une des conditions était que toute autre assurance devait être déclarée à l'assureur, sans révéler qu'il possédait en fait une autre assurance. La faute du débiteur hypothécaire se situait donc au moment même de la souscription de la police. La Cour d'appel de New York a déclaré cette police nulle quant au débiteur hypothécaire, mais a rejeté la défense de l'assureur selon laquelle cette nullité entraînait celle de la clause hypothécaire. Dans son jugement, le juge Rapallo constate la présence de deux contrats d'assurance distincts dans la police et ajoute (à la p. 153):

[TRADUCTION] Toute autre conclusion aurait, à mon avis, pour effet de contrecarrer l'objet voulu et de priver les créanciers hypothécaires de la protection sur laquelle ils ont le droit de se fonder. Bien que la clause puisse être interprétée de manière à exclure les créanciers hypothécaires seulement à l'égard des conséquences des

its apparent purpose, that any such distinction was intended. [Emphasis added.]

This case was followed by a long line of decisions by other courts, in which the refusal to allow the nullity *ab initio* of the insurance contract to be invoked against the mortgagee was justified either by referring to the intent of the parties or by interpreting the mortgage clause as a sufficiently express waiver by the insurer of its right to invoke the nullity: *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (8th Cir. 1894); *Reed v. Firemen's Insurance Co. of Newark*, 35 L.R.A. (N.S.) 343 (N.J. 1911); *Federal Land Bank of Columbia v. Atlas Assur. Co.*, 125 S.E. 631 (N.C. 1924); *Collins v. Michigan Commercial Underwriters*, 6 Tenn. App. 528 (1928); *Fayetteville Building & Loan Ass'n v. Mutual Fire Ins. Co. of West Virginia*, 141 S.E. 634 (W. Va. 1928); *National Union Fire Ins. Co. v. Short*, 32 F.2d 631 (6th Cir. 1929); *Stockton v. Atlantic Fire Ins. Co.*, 175 S.E. 695 (N.C. 1934); *National Fire Ins. Co. of Hartford, Conn. v. Dallas Joint Stock Land Bank of Dallas*, 50 P.2d 326 (Okla. 1935); *Western Assur. Co. v. Hughes*, 66 P.2d 1056 (Okla. 1937); *Great American Insurance Co. of New York v. Southwestern Finance Co.*, 297 P.2d 403 (Okla. 1956); *Northwestern National Insurance Co. v. Mildenberger*, 359 S.W.2d 380 (Mo. Ct. App. 1962); *Equality Savings and Loan Association v. Missouri Property Insurance Placement Facility*, 537 S.W.2d 440 (Mo. Ct. App. 1976); *Meade v. North Country Co-Operative Insurance Co.*, 487 N.Y.S.2d 983 (Sup. Ct. 1985).

Despite these precedents, another line of authority, though less weighty, has taken the contrary view and denied the mortgagee the right to be indemnified where there have been misrepresentations by the mortgagor prior to or at the time the policy was bought, resulting in its nullity *ab initio*. A specific example of this approach is found in *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (Tex. Civ. App. 1896). In that case the insurance policy was vitiated *ab initio* because of a fraud committed when it was purchased. The trial court, in conformity with *Hastings*, held that the mortgagee had the right to be indemnified

actes des propriétaires accomplis après la conclusion de l'entente, je ne suis pas d'avis, compte tenu de son objet apparent, qu'une telle distinction était voulue. [Je souligne.]

^a Cet arrêt fut suivi par une longue lignée de décisions de divers tribunaux, où l'on justifie l'inopposabilité au créancier hypothécaire de la nullité *ab initio* du contrat d'assurance soit en s'en remettant à l'intention des parties, soit en interprétant la clause hypothécaire comme une renonciation suffisamment explicite de la part de l'assureur à invoquer la nullité: *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (8th Cir. 1894); *Reed v. Firemen's Insurance Co. of Newark*, 35 L.R.A. (N.S.) 343 (N.J. 1911); *Federal Land Bank of Columbia v. Atlas Assur. Co.*, 125 S.E. 631 (N.C. 1924); *Collins v. Michigan Commercial Underwriters*, 6 Tenn. App. 528 (1928); *Fayetteville Building & Loan Ass'n v. Mutual Fire Ins. Co. of West Virginia*, 141 S.E. 634 (W. Va. 1928); *National Union Fire Ins. Co. v. Short*, 32 F.2d 631 (6th Cir. 1929); *Stockton v. Atlantic Fire Ins. Co.*, 175 S.E. 695 (N.C. 1934); *National Fire Ins. Co. of Hartford, Conn. v. Dallas Joint Stock Land Bank of Dallas*, 50 P.2d 326 (Okla. 1935); *Western Assur. Co. v. Hughes*, 66 P.2d 1056 (Okla. 1937); *Great American Insurance Co. of New York v. Southwestern Finance Co.*, 297 P.2d 403 (Okla. 1956); *Northwestern National Insurance Co. v. Mildenberger*, 359 S.W.2d 380 (Mo. Ct. App. 1962); *Equality Savings and Loan Association v. Missouri Property Insurance Placement Facility*, 537 S.W.2d 440 (Mo. Ct. App. 1976); *Meade v. North Country Co-Operative Insurance Co.*, 487 N.Y.S.2d 983 (Sup. Ct. 1985).

Malgré cette jurisprudence, un autre courant, moins important il est vrai, adopte l'interprétation contraire et refuse au créancier hypothécaire le droit d'être indemnisé face à de fausses représentations du débiteur hypothécaire avant ou lors de la souscription de la police entraînant sa nullité *ab initio*. On peut concrétiser ce courant dans l'arrêt *Hanover Fire Ins. Co. v. National Exchange Bank*, 34 S.W. 333 (Tex. Civ. App. 1896). Dans cette affaire, la police d'assurance était viciée *ab initio* en raison d'une fraude commise lors de sa souscription. Le tribunal de première instance, conformément à l'arrêt *Hastings*, a reconnu au créancier

under the "standard" mortgage clause. In allowing the appeal the Court of Appeal said (Lightfoot C.J. for the court, at p. 334):

The fraudulent concealment of a fact so material to the risk itself, which fact was expressly provided against on the face of the policy, and a knowledge of which would have stopped the issuance of the policy, prevented it from becoming a valid contract in favor of the assured, or the party for whose security it provided. The doctrine is well established in this state that A., for a consideration paid by him, may make a contract with B., for the benefit of C., and the latter will have a right of action to enforce it . . . But, if the contract was obtained by a fraudulent device of A., the person for whose benefit he fraudulently obtained it can gain no higher right than A. held, and, if the contract is void as to him, it is void as to his beneficiary. [Emphasis added.]

The court thus interpreted the formation of the second contract as the performance of a contract of agency between the mortgagee and the mortgagor. It went on to expressly reject the applicability of *Hastings*, concluding that the mortgagee could not validly claim both the benefits of the agency and immunity from its disadvantages. The court accordingly concluded that, in a case of fraud at the very time the policy is purchased (at p. 335): "The contract, as a whole, in such a case, must stand or fall" (see to the same effect, *Graham v. Fireman's Insurance Co.*, 87 N.Y. 69 (1881); *Young Men's Lyceum of Tarrytown v. National Ben Franklin Fire Ins. Co. of Pittsburgh*, 163 N.Y.S. 226 (Sup. Ct., App. Div. 1917); *Imperial Building and Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (W. Va. 1932).)

Since the case law is thus divided and there is no ruling by the U.S. Supreme Court on the point, and as the wording of the clause in question differs from that at issue in the present appeal in a crucial respect, the U.S. precedents are of limited assistance.

(iii) *Canada (common law)*

The courts in the common law jurisdictions of Canada, including this Court, have on various

hypothécaire le droit de se faire indemniser en vertu de la clause hypothécaire "standard". La Cour d'appel accueille l'appel en ces termes (le juge en chef Lightfoot au nom de la cour, à la p. 334):

[TRADUCTION] La non-divulgence frauduleuse d'un fait important relativement à l'appréciation du risque lui-même, fait qui était expressément prévu sur la police et dont la connaissance aurait arrêté la délivrance de la police, l'a empêché de devenir un contrat valide en faveur de l'assuré, ou de la partie à qui la garantie est accordée. La doctrine est bien établie dans cet État que A., pour une contrepartie qu'il paye, peut conclure un contrat avec B., à l'avantage de C., et ce dernier aura un droit d'action pour le faire exécuter. [. . .] Toutefois, si le contrat a été obtenu par un acte frauduleux de A., la personne pour le bénéfice de qui il l'a obtenu frauduleusement ne peut acquérir un droit supérieur à celui de A. et si le contrat est nul à son égard, il est nul à l'égard de son bénéficiaire. [Je souligne.]

Le tribunal interprète donc la formation du second contrat comme l'exécution d'un mandat entre le créancier et le débiteur hypothécaire. Il rejette explicitement par la suite l'applicabilité de l'arrêt *Hastings*, pour conclure que le créancier hypothécaire ne peut valablement prétendre à la fois jouir des avantages du mandat et être immunisé contre ses inconvénients. La cour en conclut que, dans un cas de fraude lors de la souscription elle-même de la police (à la p. 335): [TRADUCTION] «Dans un tel cas, le contrat doit être confirmé ou annulé dans son ensemble» (voir au même effet: *Graham v. Fireman's Insurance Co.*, 87 N.Y. 69 (1881); *Young Men's Lyceum of Tarrytown v. National Ben Franklin Fire Ins. Co. of Pittsburgh*, 163 N.Y.S. 226 (Sup. Ct., App. Div. 1917); *Imperial Building & Loan Ass'n v. Aetna Ins. Co.*, 166 S.E. 841 (W. Va. 1932).)

Face à cette jurisprudence divisée, à l'absence d'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, et vu la clause dont le texte diffère de celle en jeu dans le présent pourvoi sur un élément critique, la jurisprudence américaine ne jette qu'un éclairage limité sur la question.

(iii) *Canada (common law)*

Les tribunaux des juridictions de common law du Canada, y compris notre Cour, se sont à quel-

occasions considered the question of whether the nullity *ab initio* of an insurance contract as the result of misrepresentations by the mortgagor when the contract was purchased can be invoked against the mortgagee.

In *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494, the Ontario Court of Queen's Bench rejected the solution put forward in the United States in *Hastings* four years earlier. Hagarty C.J. wrote (at pp. 496-97):

It seems to me that this provision only points to the future, and that insurers are not thereby debarred from setting up that the insurance had been effected by fraud.

I do not think they [the insurers] thereby guarantee to him [the mortgagee] that his mortgagor has committed no such fraud upon them in effecting the insurance—they do not warrant it to be an indisputable risk.

I repeat, I do not see how the insurers can be held to condone undiscovered fraud, or warrant the policy to be conclusively binding at the time of this bargain, any more than they could insist that the mortgagees warranted the validity of the mortgage as to title, value, &c., &c. [Emphasis added.]

The mortgage clause at issue in that case was similar in all respects to that used in the U.S. at the time. The judge accordingly rejected both the argument based on the apparent intent of the parties and the argument holding that, by giving the mortgagee the insurance contract found in the mortgage clause, the insurer had undertaken to guarantee the validity of the policy purchased by the mortgagee.

The same clause was involved in the judgment of this Court in *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94. The policy was found to be void *ab initio*, and the Court held *per* Davies J., with whom the majority concurred, that this invalidity could be invoked against the mortgagee (at p. 110):

ques reprises penchés sur la question de l'opposabilité au créancier hypothécaire de la nullité *ab initio* du contrat d'assurance, suite aux fausses représentations du débiteur hypothécaire lors de la souscription.

Dans l'arrêt *Omnium Securities Co. v. Canada Fire and Mutual Insurance Co.* (1882), 1 O.R. 494, la Cour du Banc de la Reine de l'Ontario rejette la solution avancée quatre ans plus tôt aux États-Unis dans l'arrêt *Hastings*. Le juge en chef Hagarty écrit (aux pp. 496 et 497):

[TRANSDUCTION] Il me semble que cette disposition ne vise que l'avenir, et qu'il n'est par conséquent pas interdit aux assureurs d'établir que l'assurance a été souscrite au moyen de la fraude.

Je ne crois pas qu'ils [les assureurs] lui [le créancier hypothécaire] garantissent ainsi que son débiteur hypothécaire n'a pas commis une telle fraude à leur égard en obtenant l'assurance—they ne garantissent pas qu'il s'agit d'un risque incontestable.

Je le répète, je ne vois pas de quelle manière les assureurs peuvent être tenus de fermer les yeux sur une fraude dissimulée, ou de garantir que la police est définitivement obligatoire au moment de cette convention, pas plus qu'ils ne peuvent insister sur le fait que les créanciers hypothécaires ont garanti la validité de l'hypothèque quant à son type, à sa valeur, etc. [Je souligne.]

La clause hypothécaire en cause dans cette affaire était en tous points similaire à celle utilisée aux États-Unis à ce moment. Le juge rejette donc à la fois l'argument fondé sur l'intention apparente des parties et celui portant que, en présentant au créancier hypothécaire le contrat d'assurance contenu dans la clause hypothécaire, l'assureur se portait garant de la validité de la police souscrite par le débiteur hypothécaire.

Était en cause cette même clause dans l'arrêt de notre Cour, *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94. La police avait été trouvée nulle *ab initio*, nullité qui fut considérée comme opposable au créancier hypothécaire par le juge Davies, auquel la majorité de la Cour se rallie (à la p. 110):

I have already stated that it is not necessary on this appeal for us to determine, and we do not determine, whether such a mortgage clause as was inserted in this policy gave the mortgagees such a beneficial right and interest or constituted such a direct contract between the mortgagees and the insurance company as would enable the former to sue in their own name alone and irrespective of [the mortgagor]. But we are all of the opinion that whether there was or was not such a direct contract, it did not cover or relate to the statements or omissions made by the applicant [the mortgagor], in his application for insurance and which were expressly made

the basis of the liability of the company, and a part and a condition of the insurance contract.

In our opinion the provision in the mortgage clause already quoted in words by me to the effect that

the insurance should not be invalidated by any act or neglect of the mortgagor or owner of the property insured, etc.

had reference to the subsequent acts or neglects of the mortgagor only and did not apply to his application for insurance or his statements or omissions therein. [Emphasis added.]

This interpretation was again recently adopted by the Ontario High Court in *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361, where Galligan J., citing *Omnium Securities, supra*, noted (at p. 365):

It is clear that the mortgage clause provides only against future acts by the insured. It has no relation to misrepresentation or fraudulent omissions by the insured affecting the validity of the contract of insurance Accordingly, if either of the defences of misrepresentation or fraudulent omission to disclose circumstances material to the risk succeed, the defendant [the insurer] would be justified in denying liability to the mortgagees. [Emphasis added.]

The judgment of the British Columbia Supreme Court in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1987), 29 C.C.L.I. 313, is to the contrary. In a short oral decision on a motion, Huddart J. held that the fact the policy was void *ab initio* could not be invoked against the mortgagee (at p. 316):

[TRADUCTION] J'ai déjà dit qu'il n'était pas nécessaire dans le présent pourvoi de déterminer, et nous ne le faisons pas, si une telle clause hypothécaire qui a été inscrite dans la police accorde aux créanciers hypothécaires un tel droit et un tel intérêt à titre de bénéficiaires ou constitue un contrat direct entre les créanciers hypothécaires et la compagnie d'assurances qui permettrait à ceux-ci de poursuivre en leur propre nom seulement et sans tenir compte du [débiteur hypothécaire]. Toutefois, nous sommes tous d'avis, qu'il y ait ou non un tel contrat direct, qu'il ne visait pas les déclarations ou les omissions du requérant, [le débiteur hypothécaire], dans sa demande d'assurance et qui constituaient expressément

le fondement de la responsabilité de la société ainsi qu'une partie et une condition du contrat d'assurance.

À notre avis la disposition de la clause hypothécaire que j'ai déjà citée selon laquelle

l'assurance ne pouvait être invalidée par un acte ou une négligence du débiteur hypothécaire ou du propriétaire du bien assuré, etc.

visait la négligence ou les actes subséquents du débiteur hypothécaire seulement et ne s'appliquait pas à sa demande d'assurance ou aux déclarations ou omissions qu'elle contenait. [Je souligne.]

Cette interprétation fut adoptée encore récemment par la Haute Cour de l'Ontario dans *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2d) 361, où le juge Galligan, citant la décision *Omnium Securities, précitée*, note (à la p. 365):

[TRADUCTION] Il est évident que la clause hypothécaire ne vise que les actes qu'accomplira l'assuré dans l'avenir. Elle n'a aucun rapport à l'égard des fausses représentations ou les omissions frauduleuses faites par l'assuré qui ont un effet sur la validité du contrat d'assurance. [...] En conséquence, s'il est fait droit à l'un ou l'autre des moyens de défense de fausses déclarations ou d'omissions frauduleuses de révéler des circonstances importantes relativement à l'appréciation du risque, le défendeur [l'assureur] serait justifié de nier sa responsabilité envers les créanciers hypothécaires. [Je souligne.]

Le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (1987), 29 C.C.L.I. 313 est à l'effet contraire. Le juge Huddart, dans une courte décision orale sur une requête, considère inopposable au créancier hypothécaire la nullité *ab initio* de la police (à la p. 316):

In my view, the only reasonable interpretation of the mortgage clause is that Mr. Dley suggests. By it the insurers are in effect entering into a separate contract with the mortgagee as an insured, a contract whose validity is independent of the acts or omissions of the owner.

Like the American precedents, most of the Canadian decisions on this point deal with hypothecary (mortgage) clauses whose wording is not in all respects identical to the one at issue here. In particular, they do not contain the words "omission or misrepresentation", which are present in the clause we are concerned with here. It is nonetheless interesting to note that these decisions almost unanimously hold that nullity *ab initio* resulting from misrepresentations by the hypothecary debtor at the time the insurance contract is purchased can be invoked against the hypothecary creditor.

This background does not dispense with the necessity of considering the wording of the hypothecary (mortgage) clause at issue in the present appeal so as to determine its true scope.

B. Analysis of the Words "Omission or Misrepresentation" in the Hypothecary (Mortgage) Clause: Wording and Context

The hypothecary (mortgage) clause in the insurance contract between the insurers and the hypothecary creditors is, as I have already mentioned, the standard formula approved by the Insurance Bureau of Canada, and is found in a great many insurance contracts throughout the country. The contract indeed contains both a French and an English version of this clause.

The crux of the problem is to define the exact meaning of the words "omission or misrepresentation" in subclause one of the hypothecary (mortgage) clause, by analysing first the words themselves and then their context.

(i) Wording

The appellants relied in particular on subclause one of the hypothecary (mortgage) clause, which states that "omission or misrepresentation" ("*déclarations*" in the French version) by the owner of the insured property cannot be invoked against the

[TRANSLATION] À mon avis, la seule interprétation raisonnable de la clause hypothécaire est celle que propose M. Dley. En vertu de celle-ci, les assureurs concluent en fait un contrat distinct avec le créancier hypothécaire à titre d'assuré, un contrat dont la validité ne tient pas compte des actes ou des omissions du propriétaire.

Tout comme la jurisprudence américaine, la grande partie des décisions canadiennes sur cette question porte sur des clauses hypothécaires dont le libellé n'est pas en tous points identique à celui ici en cause. En particulier on n'y retrouve pas le terme «déclarations» (en anglais «*omission or misrepresentation*»), présent dans le libellé de la clause en l'espèce. Il apparaît tout de même intéressant de noter que, presque unanimement, ces décisions déclarent opposable au créancier hypothécaire la nullité *ab initio* découlant des fausses représentations du débiteur hypothécaire au moment de la souscription du contrat d'assurance.

Cette toile de fond ne nous dispense cependant pas d'examiner le texte de la clause hypothécaire en cause dans le présent pourvoi afin d'en déterminer la portée véritable.

B. Analyse du terme «déclarations» à la clause hypothécaire: le texte et le contexte

La clause hypothécaire contenue au contrat d'assurance entre les assureurs et les créanciers hypothécaires est, comme je l'ai déjà mentionné, la formule type approuvée par le Bureau d'assurance du Canada, que l'on retrouve dans un grand nombre de contrats d'assurance dans tout le pays. Le contrat contient d'ailleurs à la fois une version française et une version anglaise de cette clause.

Le nœud du problème est de définir la signification précise du terme «déclarations» au premier paragraphe de la clause hypothécaire, au moyen d'une analyse, d'abord du terme lui-même et ensuite de son contexte.

(i) Le texte

Les appelants s'appuient particulièrement sur le premier paragraphe de la clause hypothécaire, qui déclare inopposables aux créanciers hypothécaires les «déclarations» (dans la version anglaise «*omission or misrepresentation*») du propriétaire des

hypothecary creditors. For the sake of convenience, I shall set out the French and English texts of the first paragraph of subclause one of the hypothecary (mortgage) clause:

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

BREACH OF CONDITIONS BY MORTGAGOR, OWNER OR OCCUPANT

This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk. [Emphasis added.]

The appellants first contended that the term “omission or misrepresentation” can only apply to omissions or misrepresentations by the policyholder at the time the policy is purchased. With respect, it is not clear that this term has such a wide meaning here. If this term can in fact be applied to the initial declaration of the risk (arts. 2485 and 2486 *C.C.L.C.* and condition 1 of the insurance contract), it can equally apply to other situations: the owner (or tenant or occupant) of the insured property has an obligation to notify the insurer of any aggravation of risk (art. 2566 *C.C.L.C.*), as well as any loss affecting that property (arts. 2572 and 2573 *C.C.L.C.*). In particular, that part of the *Civil Code of Lower Canada* dealing with notification of loss is titled “Of the notification of loss”. Further, the clause does not mention the concept of “concealment”, the word used in art. 2487 *C.C.L.C.* in connection with the concealment of information at the time of purchase, which is one of the actions alleged against the hypothecary debtor in the present case. Accordingly, the words “omission or misrepresentation” by themselves are ambiguous. In view of this vague wording, it is necessary to examine the context in which the words “omission or misre-

biens assurés. Pour des considérations pratiques, je reproduis ci-dessous les textes français et anglais du premier alinéa du premier paragraphe de la clause hypothécaire:

VIOLATIONS DU CONTRAT

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

BREACH OF CONDITIONS BY MORTGAGOR, OWNER OR OCCUPANT

This insurance and every documented renewal thereof—AS TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN—is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk. [Je souligne.]

Les appelants avancent d'abord que le terme «déclarations» ne peut que viser les déclarations du preneur de la police au moment de la souscription. Avec égard, il n'est pas évident que ce terme ait une portée aussi large à cet égard. En effet, si ce terme peut effectivement s'appliquer à la déclaration initiale du risque (art. 2485 et 2486 *C.c.B.-C.* et condition 1 du contrat d'assurance), il peut tout aussi bien avoir trait à d'autres instances: le propriétaire (ou locataire ou occupant) des biens assurés a l'obligation de déclarer à l'assureur toute aggravation du risque (art. 2566 *C.c.B.-C.*), ainsi que tout sinistre affectant ces biens (art. 2572 et 2573 *C.c.B.-C.*). En particulier, dans le cas de la déclaration de sinistre, la partie du *Code civil du Bas-Canada* qui en traite s'intitule «De la déclaration de sinistre». De plus, la clause ne fait pas mention de la notion de «réticence», terme utilisé à l'art. 2487 *C.c.B.-C.* en rapport avec la dissimulation d'information lors de la souscription, soit l'un des comportements reprochés au débiteur hypothécaire en l'espèce. Ainsi, le simple terme «déclarations» en soi ne saurait en définir nettement la portée. Face à ce terme imprécis, il est nécessaire d'examiner le contexte dans lequel s'insère le mot «déclarations», afin d'en préciser la signification au

presentation" occur, so as to determine the meaning by an analysis of the other provisions of the insurance contract.

(ii) *Context*

The appellants base an argument on the use, in the English text of the hypothecary (mortgage) clause, of the present and future tenses of the verb "to be" ("is and shall be in force"), and conclude that the insurance contract is stated to be valid at the time it is purchased. In the appellants' submission, this immediate validation, concurrent with the formation of the insurance contract, is specifically designed to cover any misrepresentation by the policyholder. This argument is somewhat circular, however, since the policy could only be confirmed if it already exists. Thus, the present tense in the contract would apply to actions occurring at the time of formation, which are therefore subsequent to the purchase, preceding formation of the contract. This argument therefore does not appear to have the weight given to it by the appellants.

The wording of the first paragraph of the hypothecary (mortgage) clause contains a list of acts that will not affect the rights of hypothecary creditors. While this list is not in any way exhaustive, as indicated by the adverb "including", it indicates the type of acts the parties intended to include in the expression "act, neglect, omission or misrepresentation". All the items contained in this list ("transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk") can only take place after the policy has been purchased. As we know, in accordance with the rule of interpretation *noscitur a sociis* and its particular application, the *ejusdem generis* rule, the generality of a term can be limited by a series of more specific terms which precede or follow it. Professor Côté writes in this regard (*The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 242):

Noscitur a sociis helpfully draws attention to the fact that a statute's context can indicate a meaning far more restrictive than that found in the dictionary.

moyen d'une exégèse des autres dispositions du contrat d'assurance.

a (ii) *Le contexte*

Les appelants tirent un argument de l'utilisation, dans le texte anglais de la clause hypothécaire, des temps présent et futur du verbe «être» (*b* («is and shall be in force»), pour conclure que le contrat d'assurance est déclaré valide au moment même de la souscription. Selon les appelants, cette validation immédiate et concurrente à la formation du contrat d'assurance a pour objet spécifique de couvrir toute fausse déclaration de la part du preneur de la police. Cet argument est toutefois quelque peu circulaire, puisque la police ne saurait être confirmée que si elle est déjà en existence. *c* Ainsi, le temps présent dans le contrat viserait des agissements simultanés à sa formation, donc ultérieurs à la souscription qui précède la formation du contrat. Cet argument ne paraît donc pas avoir le poids que lui accordent les appelants.

d On trouve au texte du premier paragraphe de la clause hypothécaire une énumération de faits qui ne porteront pas atteinte aux droits des créanciers hypothécaires. Si cette énumération n'est en rien exhaustive, comme le souligne l'adverbe «notamment», elle indique par ailleurs le genre d'actes que les parties avaient l'intention d'inclure dans l'expression «les actes, négligences ou déclarations». *e* Tous les éléments contenus à cette énumération («des transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées») ne peuvent prendre place qu'après la souscription de la police. On sait que, par application de la règle d'interprétation *noscitur a sociis* et de son application particulière, la règle *ejusdem generis*, la généralité d'un terme peut être restreinte par une suite de termes plus spécifiques qui le précèdent ou le suivent. Le professeur Côté écrit à ce sujet (*Interprétation des lois* (1982), à la p. 263):

f La règle *noscitur a sociis* est utile dans la mesure où elle attire l'attention de l'interprète sur le fait qu'un mot peut avoir, en raison du contexte formel, un sens plus restreint que son «sens du dictionnaire».

Professor Côté further cites the following passage from *Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370, concerning the *ejusdem generis* rule (at p. 372 of that judgment, *per* Turgeon J.A. for the court):

[TRANSLATION] The *ejusdem generis* rule means that a generic or collective term that completes an enumeration of terms should be restricted to the same genus as those words, even though the generic or collective term may ordinarily have a much broader meaning.

He added the following caveat, however (at pp. 244-45):

Certain conditions must be satisfied for *ejusdem generis* to apply. According to some cases, the general expression must be preceded by several specific terms; otherwise there would be no *genus* permitting its restriction. But this condition is not universally respected, and its [*sic*] does not seem unreasonable to restrict the meaning of a broad expression even if it is preceded by only one specific term. Instead of *ejusdem generis*, the rule of *noscitur a sociis* could be invoked. Sometimes the courts have refused to apply *ejusdem generis* when a general term is preceded by only one specific term. However, such decisions have been based on ordinary principles of interpretation, and not simply on the fact that a single specific term preceded a general one.

A second condition for application of the rule, according to some authorities, is that the general term follow rather than precede the specific ones. But these cases do not eliminate the possibility of attenuating the meaning of generic terms with less general terms which follow. Even if strictly speaking *ejusdem generis* doesn't apply, the principle of contextual interpretation set forth by *noscitur a sociis* holds in any case.

As a third condition, the specific terms must have a significant common denominator to be considered within one given category. If this is lacking, *ejusdem generis* doesn't apply. [References omitted. Emphasis added.]

Le professeur Côté cite ce passage de l'arrêt *Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370, quant à la règle *ejusdem generis* (à la p. 372 de cet arrêt, par le juge Turgeon au nom de la cour):

La règle *ejusdem generis* signifie que le terme générique ou collectif qui complète une énumération se restreint à des choses de même genre que celles qui sont énumérées, même si, de par sa nature, ce terme générique ou collectif, cette expression générale, est susceptible d'embrasser beaucoup plus.

Il y apporte toutefois ce caveat (aux pp. 265 à 267):

Pour que la règle *ejusdem generis* proprement dite soit applicable, certaines conditions doivent être réunies. Premièrement, il faudrait, selon certains arrêts, que l'expression générale soit précédée de plusieurs termes spécifiques sinon il n'y aurait pas de *genus* dont on puisse s'autoriser pour limiter la portée de l'expression générale. Cette condition d'application n'est pas uniformément respectée et il y a lieu de croire que le sens d'une expression générale peut être restreint en raison d'un seul terme plus spécifique qui la précède: si ce n'est pas en vertu de la règle *ejusdem generis* proprement dite, on pourra alors sans doute invoquer la règle *noscitur a sociis*. Il est vrai que l'on peut trouver plusieurs arrêts où les tribunaux ont refusé d'appliquer la règle *ejusdem generis* au cas d'une expression générale précédée d'un seul terme spécifique. Dans ces cas, cependant, la décision se fonde sur les principes généraux d'interprétation et non simplement sur le fait qu'un seul terme spécifique précédait le terme général.

Comme seconde condition d'application de la règle, il faudrait, selon certains arrêts, que le terme général vienne à la suite des termes spécifiques et non qu'il les précède. Ces décisions ne doivent pas s'interpréter cependant comme écartant la possibilité qu'un terme général soit entendu dans un sens restreint en raison de termes moins généraux qui lui feraient suite: peut-être ne pourrait-on pas invoquer dans ce cas la règle *ejusdem generis* au sens strict, mais le principe général de l'interprétation contextuelle, tel qu'il est consacré dans la règle *noscitur a sociis* en particulier, serait néanmoins applicable.

Troisième condition d'application: il faut que les termes spécifiques aient en commun une caractéristique significative, qu'on puisse les considérer comme des espèces d'une catégorie de choses. Sans caractéristique commune, la règle *ejusdem generis* est inapplicable. [Références omises. Je souligne.]

The acts listed in the present case, as mentioned above, are a homogeneous group having as their common feature occurrence after the purchase of the contract. I adopt in this regard the reasoning of Beauregard J.A. in the Court of Appeal when he wrote (at p. 47):

[TRANSLATION] Despite the use of the adverb "including", by application of the "rule" of interpretation *noscitur a sociis* or the *ejusdem generis* rule, we must conclude that "any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured" is an "act, neglect, omission or misrepresentation" which took place or was made after the policy was issued, just as "transfer of interest, any vacancy or non-occupancy or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified".

According to this interpretation, the words "omission or misrepresentation" would thus apply only to omissions or misrepresentations subsequent to the formation of a valid insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer.

This interpretation in my opinion is confirmed by the wording of the second paragraph of subclause one of the hypothecary (mortgage) clause, which provides that the hypothecary creditor shall be liable for increased premiums resulting from increases in the risk. In this connection one must differentiate between an increase in the risk and a different risk resulting from misrepresentations by the holder of the insurance. In the case of misrepresentations when the risk was initially declared, there is not necessarily an increase in the risk since the insurer may simply refuse to insure the risk. Additionally, when these misrepresentations that aggravate the risk are subsequently discovered, an additional premium may be due the insurer to reflect the risk actually insured. Coverage of a different risk, on the other hand, is not a situation contemplated by the second paragraph of subclause one of the hypothecary (mortgage) clause, which makes the hypothecary creditor liable for additional premiums that may be due on account of an increase in the risk, but which could not apply to a different risk. This is a further indication supporting the conclusion that only omissions or misrepresentations subsequent to pur-

En l'espèce, les faits énumérés à la suite du terme général, tel que mentionné plus haut, constituent un groupe homogène ayant comme trait commun leur postériorité à la souscription du contrat. À cet égard, j'adopte le raisonnement du juge Beauregard en Cour d'appel lorsqu'il écrit (à la p. 47):

Malgré l'utilisation de l'adverbe «notamment», il faut conclure en appliquant la «règle» d'interprétation *noscitur a sociis* ou la règle *ejusdem generis* que «les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés» sont des «actes, négligences ou déclarations» qui ont lieu ou qui sont faits après l'établissement de la police comme «les transferts d'intérêts, la vacance ou l'occupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées».

Selon cette interprétation, le mot «déclarations» ne viserait donc que les déclarations postérieures à la formation d'un contrat d'assurance valide entre le créancier hypothécaire et l'assureur.

Cette interprétation me semble confirmée par le texte du second alinéa du premier paragraphe de la clause hypothécaire, où il est prévu que le créancier hypothécaire sera tenu des surprimes résultant des aggravations du risque. On doit opposer à cet égard l'aggravation du risque au risque différent suite aux fausses représentations du preneur de l'assurance. Dans le cas de fausses représentations lors de la déclaration initiale du risque, il n'y a pas nécessairement aggravation du risque puisque l'assureur peut refuser d'assurer le risque tout simplement. Par ailleurs, lorsque ces fausses représentations, aggravant le risque, sont par la suite découvertes, une surprime pourrait être due à l'assureur afin de refléter le risque réellement assuré. La couverture d'un risque différent n'est cependant pas une situation visée par le second alinéa du premier paragraphe de la clause hypothécaire, qui rend le créancier hypothécaire responsable des surprimes exigibles en raison de l'aggravation du risque, mais qui ne saurait s'appliquer à un risque différent. Il s'agit là d'un indice supplémentaire venant renforcer la conclu-

chase are covered by the hypothecary (mortgage) clause.

The apparent generality of the words "omission or misrepresentation" is thus actually limited by what follows the first paragraph of subclause one of the hypothecary (mortgage) clause. This seems to indicate that the parties did not intend to cover the insurer's defect of consent resulting from misrepresentations by the hypothecary debtor when the insurance contract was taken out on behalf of the hypothecary creditors.

The word "any" in the English text, on which the trial judge relied, only qualifies the words "act, neglect" and it will differ in scope depending on the definition and scope of the words "act, neglect" in the English text, or "*déclarations*" in the French text, so that no conclusion can be drawn from this. If the "*déclarations*" or "act[s], neglect[s]" apply only to "*déclarations*" or "act[s]" subsequent to a valid contract, the word "any" cannot have the meaning given to it by the trial judge. Similarly, the words "is and shall be" seem to me to seal the fate of the meaning of the hypothecary (mortgage) clause only if it is assumed that the parties intended to guarantee insurance that is void *ab initio*, an intention which I do not impute to the parties.

The intent of the parties as indicated by the wording and context of the hypothecary (mortgage) clause seems to me to be all the clearer as the logic of the system requires that the mandator be bound by the misrepresentations of his mandatory, who himself has taken out a separate insurance policy with the insurers on behalf of the hypothecary creditors. In such a case, the second insurance contract thus entered into is in principle void *ab initio*. If that is the case, it seems to me that much more specific language than that in the hypothecary (mortgage) clause at issue would be needed to conclude that the parties intended to cover this nullity *ab initio*, as is the case in France for example.

Additionally, bearing in mind that Quebec insurance law is based on the [TRANSLATION] "genius of the French language" and [TRANSLA-

sion que seules les déclarations postérieures à la souscription sont visées par la clause hypothécaire.

La généralité apparente du terme «déclarations» se trouve donc en réalité restreinte par ce qui suit le premier alinéa du premier paragraphe de la clause hypothécaire. Ceci semble indiquer que les parties n'ont pas entendu couvrir le vice de consentement des assureurs causé par les fausses déclarations du débiteur hypothécaire lors de la souscription du contrat d'assurance au nom des créanciers hypothécaires.

Le terme «*any*» au texte anglais, sur lequel le juge de première instance s'est appuyé, n'est qu'un qualificatif des termes «*act, neglect*» et sa portée sera plus ou moins étendue dépendant de la définition et portée des termes «*act, neglect*» au texte anglais ou «*déclarations*» au texte français, de sorte qu'on ne saurait en tirer un argument décisif. En effet, si les «*déclarations*» ou les «*act[s], neglect[s]*» ne portent que sur les déclarations subséquentes ou «*act[s]*» postérieurs à un contrat valide, le terme «*any*» ne saurait avoir la portée que lui attribue le juge de première instance. De même, les mots «*is and shall be*» ne me paraissent sceller le sort de la portée de la clause hypothécaire que si on tient pour acquis que les parties ont entendu cautionner une assurance nulle *ab initio*, ce que je ne crois pas.

L'intention des parties, à partir de l'examen du texte et du contexte de la clause hypothécaire, me paraît d'autant plus claire que la logique du système veut que le mandant soit lié par les fausses représentations de son mandataire qui, lui, a souscrit la police d'assurance distincte avec les assureurs au nom des créanciers hypothécaires. Dans un tel cas, le deuxième contrat d'assurance ainsi intervenu est en principe nul *ab initio*. Si tel est le cas, il m'apparaît que des termes beaucoup plus spécifiques que ceux de la clause hypothécaire en question seraient nécessaires pour conclure que les parties ont entendu couvrir cette nullité *ab initio*, comme c'est le cas par exemple en France.

Par ailleurs, nous rappelant que le droit de l'assurance au Québec s'inspire du «génie de la langue française» et de la «pratique nord-améri-

TION] "North American practice" (Faribault, "Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300, at p. 308) in accordance with the opinion of the codifiers (see *Caisse populaire*), it would be surprising if the standard hypothecary (mortgage) clause at issue here were to be given a different interpretation here, as it is purely a question of the application of the rules of interpretation of contracts in either system, rules which are very similar. A clause to the same effect, though worded differently, is in use throughout Canada and has been interpreted on numerous occasions in the common law provinces as denying mortgagees the protection of an insurance contract that is void *ab initio*. If the parties intended to circumvent these precedents, which are not recent, they could easily have adopted a wording specifically designed to do so. In this connection the simple addition of the words "*déclarations*" in French and "omission or misrepresentation" in English, without further qualification, was not intended in my opinion to make it impossible to invoke against the hypothecary creditor "*déclarations*" or "omission[s] or misrepresentation[s]" made when the policy was purchased. I would instead interpret this addition as being intended solely to cover a possible lacuna in the earlier hypothecary (mortgage) clause, the language of which might suggest that the hypothecary debtor's "omission[s] or misrepresentation[s]" during the life of the contract could be invoked against the hypothecary creditor. It must be remembered that in our legal system it is the intent of the parties that governs and it was thus open to the contracting parties to indicate clearly their common intention to cover nullity *ab initio* of the insurance contract toward the hypothecary creditor if they could legally do so. In view of the wording and context of the hypothecary (mortgage) clause, in my opinion, such an intent has not been established.

caine» (Faribault, «Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité» (1987), 55 *Assurances* 300, à la p. 308) conformément d'ailleurs à l'opinion des codificateurs (voir *Caisse populaire*), il serait surprenant que la clause hypothécaire standard, ici en cause, puisse recevoir une interprétation différente ici, s'agissant purement de l'application de règles d'interprétation des contrats dans l'un ou l'autre système, règles qui se rapprochent grandement. Une telle clause, même si non textuellement similaire, est en usage partout au Canada, et a été interprétée massivement dans les provinces de common law jusqu'ici comme niant aux créanciers hypothécaires la protection du contrat d'assurance nul *ab initio*. Si l'intention des parties était de contrecarrer cette jurisprudence, qui n'est pas récente, elles auraient pu facilement adopter une formulation précise à cet égard. À cet égard, l'ajout des simples termes, non autrement qualifiés, «déclarations» en français et «omission or misrepresentation» en anglais, n'avait pas pour objet, à mon avis, de rendre inopposables au créancier hypothécaire les déclarations, «omission[s]» ou «misrepresentation[s]» lors de la souscription de la police. J'interpréterais plutôt cet ajout comme ayant pour unique but de combler une lacune possible dans la clause hypothécaire antérieure, dont les termes pouvaient laisser supposer que les déclarations du débiteur hypothécaire au cours de la vie du contrat étaient opposables au créancier hypothécaire. Il ne faut pas oublier que, dans notre droit, la volonté des parties fait loi et il était donc loisible aux contractants d'indiquer de façon claire leur commune intention de couvrir la nullité *ab initio* du contrat d'assurance envers le créancier hypothécaire si tant est qu'elles aient pu le faire légalement. Étant donné le texte et le contexte de la clause hypothécaire, j'estime que cette intention n'a pas été établie.

This result is also consistent with the unanimous jurisprudence of the Quebec Court of Appeal: *Duchesneau v. Great American Insurance Co.*, [1955] Que. Q.B. 120; *Madill v. Lirette*, *supra*; *Amin v. Cie d'assurance American Home*, [1989] R.R.A. 151; *Veilleux v. Victoria Insurance Co.*, [1989] R.J.Q. 1075. This result is also in accord

ⁱ Ce résultat est d'ailleurs conforme à celui auquel en arrive unanimement la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec: *Duchesneau v. Great American Insurance Co.*, [1955] B.R. 120; *Madill c. Lirette*, précité; *Amin c. Cie d'assurance American Home*, [1989] R.R.A. 151; *Veilleux c. Victoria Insurance Co.*, [1989] R.J.Q. 1075. Ce résultat

with the presumption of good faith implicit in any contract (art. 1024 C.C.L.C.), according to which the insurance contract, like any other contract, was concluded. Assuming, as it was entitled to do, the good faith of its insured when the insurance contract was formed, the insurer could not have had any reservations regarding the second contract attached to it in favour of the insured's hypothecary creditor. It has to be asked whether, in the absence of such good faith on the part of the insured, the insurer would have assumed the risk towards the hypothecary creditor, a risk which it agreed to run precisely because of the assumed good faith of its insured. In other words, in practical terms I find it hard to understand how an insurer, knowing before issuing the policy of the facts not declared or misrepresented here by the insured, would have concluded an insurance contract with that insured. Moreover, this contract has been declared void *ab initio* for this reason. The second contract, attached to the one concluded between the hypothecary debtor and the insurer under the mandate conferred by the hypothecary creditor, would thus not have been made in those circumstances. The position of the hypothecary creditor is accordingly no different here from what it would have been there.

If the parties did intend the hypothecary creditor to benefit from the policy's protection, even in a case where the insurer would have refused to issue a policy to the hypothecary debtor, they were obviously free to agree to this, subject of course to the validity of such an agreement. However, it seems to me that such an agreement, the effect of which would be to negate, with respect to the hypothecary creditor, the provisions in the policy (and the provisions of the law) regarding the initial misrepresentations of the insured hypothecary debtor, must be written in clear and express language. In my opinion, the hypothecary (mortgage) clause at issue here does not meet these requirements.

Additionally, the obvious advantage for the insurer and insured as well as for the hypothecary creditor in covering the insured risk in a single policy instead of using two separate contracts does not seem to me to be threatened by the conclusions

est aussi en accord avec la présomption de bonne foi, implicite dans tout contrat (art. 1024 C.c.B.-C.), selon laquelle le contrat d'assurance, comme tout autre contrat, a été conclu. Présument, comme il en a le droit, de la bonne foi de son assuré lors de la formation du contrat d'assurance, l'assureur ne saurait entretenir de réserve quant au second contrat y greffé en faveur du créancier hypothécaire de l'assuré. Il y a lieu de se demander si, en l'absence de cette bonne foi de l'assuré, l'assureur aurait assumé le risque envers le créancier hypothécaire, risque que précisément il acceptait de courir en raison de la bonne foi présumée de son assuré. En d'autres termes, au plan pratique, j'ai peine à imaginer qu'un assureur, au courant avant l'émission de la police des faits non déclarés ou faussement représentés ici par l'assuré, aurait conclu un contrat d'assurance avec cet assuré. Ce contrat a d'ailleurs, pour cette raison, été déclaré nul *ab initio*. Le second contrat, greffé à celui intervenu entre le débiteur hypothécaire et l'assureur en vertu du mandat conféré par le créancier hypothécaire, ne serait donc pas intervenu dans ces circonstances. La situation du créancier hypothécaire n'est donc pas différente ici qu'elle ne l'aurait été là.

Certes, si les parties entendaient faire bénéficier le créancier hypothécaire de la protection de la police, même dans un cas où l'assureur aurait refusé d'émettre une police en faveur du débiteur hypothécaire, libre à elles d'en convenir sous réserve, évidemment, de la validité d'une telle convention. Il m'apparaît toutefois qu'une telle convention, qui aurait pour conséquence de mettre à néant vis-à-vis le créancier hypothécaire les stipulations de la police (et les dispositions de la loi) visant les fausses déclarations initiales du débiteur hypothécaire assuré, doit être rédigée en termes clairs et explicites. À mon avis, la clause hypothécaire ici en cause ne répond pas à ces impératifs.

Par ailleurs, l'avantage évident tant pour l'assureur et l'assuré que pour le créancier hypothécaire de couvrir le risque assuré par le biais d'une seule police au lieu de recourir à deux contrats séparés ne me paraît pas menacé par les conclusions aux-

at which I arrive. First, there is nothing to indicate that a second contract between the hypothecary creditor and the insurer could not have included restrictions regarding the initial statements by the insured so as to make the policy void *ab initio* with respect to protection of the hypothecary creditor. Second, the hypothecary (mortgage) clause attached to the policy issued to the hypothecary debtor retains its full value without any need to resort to the procedure of a second contract, so long as the parties expressly indicate the extent of the risk which the hypothecary (mortgage) clause is to cover.

Having found that the meaning of the hypothecary (mortgage) clause is free of ambiguity, it is not necessary to refer to the rule of interpretation contained in art. 2499 *C.C.L.C.*

Conclusion

I therefore conclude that the nullity *ab initio* of the insurance contract entered into by the appellants and the respondents, as a consequence of misrepresentations by the hypothecary debtor when this contract was purchased, is not covered by the wording of this clause. This conclusion, based on an analysis of the clause itself and its context, is in keeping with the majority interpretations given to various versions of the hypothecary (mortgage) clause by decisions of this Court and the Quebec Court of Appeal.

If, however, one had to conclude that the parties intended in the hypothecary (mortgage) clause that the insurers would waive their right to have the insurance contract invalidated *ab initio*, it would then be necessary to consider the validity of such a waiver (in this regard reference can be made, in particular, to Bouzat, "De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité" (1934), 54 *Rev. crit. lég. et jur.* 350). However, in view of the conclusion at which I have arrived it is not necessary to discuss this question here.

Accordingly, for all these reasons I would affirm the judgment of the Quebec Court of Appeal and dismiss the appeal, with costs throughout.

quelles j'en arrive. D'une part, rien ne permet d'affirmer, en effet, qu'un second contrat, entre le créancier hypothécaire et l'assureur celui-là, n'aurait pas comporté de restrictions relativement aux déclarations initiales de l'assuré de nature à rendre la police nulle *ab initio* en ce qui regarde la protection du créancier hypothécaire. D'autre part, la clause hypothécaire greffée à la police émise en faveur du débiteur hypothécaire conserve toute sa valeur sans nécessité de recourir au mécanisme d'un second contrat si tant est que les parties soient explicites quant à l'étendue du risque que la clause hypothécaire entend couvrir.

Ayant déterminé que la signification de la clause hypothécaire est dénuée d'ambiguïté, il n'est pas nécessaire de s'en remettre à la règle d'interprétation de l'art. 2499 *C.c.B.-C.*

Conclusion

Je conclus donc que la nullité *ab initio* du contrat d'assurance intervenu entre les appelants et les intimées, suite aux fausses représentations du débiteur hypothécaire lors de la souscription de ce contrat, n'est pas visée par le libellé de cette clause. Cette conclusion tirée de l'analyse de la clause elle-même et de son contexte s'harmonise avec les interprétations majoritaires données aux diverses versions de la clause hypothécaire par la jurisprudence de notre Cour et celle de la Cour d'appel du Québec.

Si toutefois on devait conclure, à l'opposé, que l'intention des parties était que les assureurs, par le biais de la clause hypothécaire, renoncent à demander la nullité *ab initio* du contrat d'assurance, il faudrait alors examiner la validité d'une telle renonciation (à ce sujet on peut consulter en particulier: Bouzat, «De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité» (1934), 54 *Rev. crit. lég. et jur.* 350). Cependant, vu la conclusion à laquelle j'en arrive, il n'est pas nécessaire de discuter ici de cette question.

En conséquence, pour tous ces motifs, je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Québec et de rejeter le pourvoi, le tout avec dépens en toutes les cours.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Mondor, Fournier, Montréal.

Solicitors for the respondents: Colas & Associés, Montréal.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs des appelants: Mondor, Fournier, Montréal.

Procureurs des intimées: Colas & Associés, Montréal.