

Le Groupe Estrie-Richelieu, Compagnie d'assurance, in continuance of suit from Vallée du Richelieu, Compagnie mutuelle d'assurance de dommages Appellant

v.

Caisse populaire des Deux Rives Respondent

INDEXED AS: CAISSE POPULAIRE DES DEUX RIVES v. SOCIÉTÉ MUTUELLE D'ASSURANCE CONTRE L'INCENDIE DE LA VALLÉE DU RICHELIEU

File No.: 21205.

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 clause — Intentional fault of insured — Insurance policy purchased by hypothecary debtor — Debtor deliberately burning insured property — Whether intentional fault of debtor can be invoked against hypothecary creditor — Legality of hypothecary clause — Civil Code of Lower Canada, art. 2563.

A farmer obtained a loan from respondent Caisse and hypothecated his property to secure its repayment. The deed of loan provided that the debtor undertook to insure the hypothecated property in respondent's favour, and in fulfilment of this obligation the debtor purchased an insurance policy with appellant. The standard hypothecary clause included in the policy provided that, in the event of loss, the indemnity was payable to respondent and that the acts, neglect, omissions or misrepresentations of owners of the insured property could not be invoked against hypothecary creditors. The insured property was subsequently burnt by the intentional fault of the debtor and appellant, relying on art. 2563 C.C.L.C., refused to indemnify respondent. This article of public order provides that an insurer "is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for prejudice arising from the insured's intentional fault". In response to this refusal, respondent brought an action against appellant in the Superior Court. The court allowed the action and its judgment was affirmed by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether the intentional fault of a hypothecary debtor can be invoked against his hypothecary creditor under an insurance contract containing a hypothecary clause.

Le Groupe Estrie-Richelieu, Compagnie d'assurance, en reprise d'instance de la Vallée du Richelieu, Compagnie mutuelle d'assurance de dommages Appelante

a

c.

Caisse populaire des Deux Rives Intimée

RÉPERTORIÉ: CAISSE POPULAIRE DES DEUX RIVES c. SOCIÉTÉ MUTUELLE D'ASSURANCE CONTRE L'INCENDIE DE LA VALLÉE DU RICHELIEU

N° du greffe: 21205.

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

Assurances — Assurance-incendie — Nature et effet de la clause hypothécaire — Faute intentionnelle de l'assuré — Police d'assurance souscrite par le débiteur hypothécaire — Débiteur incendiant volontairement l'immeuble assuré — La faute intentionnelle du débiteur est-elle opposable au créancier hypothécaire? — Légalité de la clause hypothécaire — Code civil du Bas-Canada, art. 2563.

f

Un producteur agricole a obtenu un prêt de la Caisse intimée et a hypothéqué son immeuble pour en garantir le remboursement. L'acte de prêt prévoit que le débiteur s'engage à assurer le bien hypothéqué au bénéfice de l'intimée et c'est en exécution de cette obligation que le débiteur a souscrit une police d'assurance auprès de l'appelante. La clause hypothécaire type incluse dans la police stipule que l'indemnité, en cas de sinistre, est payable à l'intimée et que les actes, négligences ou déclarations des propriétaires des biens assurés ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires. Les biens assurés ont par la suite été incendiés par la faute intentionnelle du débiteur et l'appelante, invoquant l'art. 2563 C.c.B.-C., a refusé d'indemniser l'intimée. Cet article d'ordre public dispose qu'un assureur «ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré». Devant ce refus, l'intimée a intenté une action contre l'appelante en Cour supérieure. La cour a accueilli l'action et son jugement a été confirmé par la Cour d'appel. Le présent pourvoi vise à déterminer si la faute intentionnelle d'un débiteur hypothécaire peut être opposée à son créancier hypothécaire aux termes d'un contrat d'assurance contenant une clause hypothécaire.

Held: The appeal should be dismissed.

The insurance clause in the hypothecary loan contract contains all the elements of a contract of mandate, under which the hypothecary debtor has undertaken to keep the property subject to the hypothec insured. In accordance with that mandate, the hypothecary debtor took out an insurance policy containing a hypothecary clause. The wording of this clause indicates the existence of a second insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer, a contract separate from the one purchased by the hypothecary debtor personally. Since the hypothecary creditor and not the debtor is the insured under this second insurance contract, indemnification of the hypothecary creditor for the loss caused by its debtor's intentional fault is not contrary to the prohibition of public order contained in art. 2563 C.C.L.C. Fault by the hypothecary debtor must be treated as fault by a third party.

Cases Cited

Referred to: *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993; *Guerin v. Manchester Fire Assurance Co.* (1898), 29 S.C.R. 139; *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Hallé v. Canadian Indemnity Co.*, [1937] S.C.R. 368; *Aetna Insurance Co. v. Kennedy*, 301 U.S. 389 (1937); *Federal National Mortgage Association v. Prudential Property and Casualty Insurance Co.*, 517 So.2d 201 (1987); *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94, rev'g (1901), 3 O.L.R. 127; *London and Midland General Insurance Co. v. Bonser*, [1973] S.C.R. 10; *Hastings v. Westchester Fire Ins. Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *London Loan and Savings Co. of Canada v. Union Insurance Co. of Canton Ltd.* (1925), 56 O.L.R. 590, aff'd (1925), 57 O.L.R. 651; *Royal Insurance Co. of Canada v. Trans Canada Credit Corp.* (1983), 1 C.C.L.I. 300; *Royal Bank of Canada v. Red River Valley Mutual Insurance Co.*, [1986] 5 W.W.R. 236; *National Bank of Canada v. Co-Operators General Insurance Co.* (1988), 90 A.R. 295; *Commerce & Industry Insurance Co. v. West End Investment Co.*, [1977] 2 S.C.R. 1036; Agen, December 8, 1964, *Parfait v. Assurances générales et Nationale incendie* (1965), 36 Rev. gén. ass. terr. 333; Cass. civ., February 28, 1939, *La Confiance v. Le Phénix* (1939), 10 Rev. gén. ass. terr. 469; Cass. civ., December 4, 1946, *Consorts Poudenx v. Cie d'assurance La France*, D.1947.25.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 13, 17(24), 984, 1173, 1174, 1701, 1702, 2468 [repl. 1974, c. 70, s. 2], 2499 [repl. *idem*], 2500 [repl. *idem*; am. 1979, c. 33,

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La clause d'assurance du contrat de prêt hypothécaire comporte tous les éléments d'un contrat de mandat, en vertu duquel le débiteur hypothécaire s'engage à maintenir assurés les biens sur lesquels porte l'hypothèque. En conformité avec ce mandat, le débiteur hypothécaire a souscrit une police d'assurance contenant une clause hypothécaire. Le texte de cette clause constate l'existence d'un second contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur, contrat distinct de celui souscrit par le débiteur hypothécaire personnellement. Puisque, dans le cadre de ce second contrat d'assurance, le créancier et non le débiteur hypothécaire est l'assuré, l'indemnisation du créancier hypothécaire pour le préjudice causé par la faute intentionnelle de son débiteur ne va pas à l'encontre de la prohibition d'ordre public contenue à l'art. 2563 C.c.B.-C. La faute du débiteur hypothécaire doit être considérée comme la faute d'un tiers.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993; *Guerin v. Manchester Fire Assurance Co.* (1898), 29 R.C.S. 139; *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (1894); *Hallé v. Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368; *Aetna Insurance Co. v. Kennedy*, 301 U.S. 389 (1937); *Federal National Mortgage Association v. Prudential Property and Casualty Insurance Co.*, 517 So.2d 201 (1987); *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94, inf. (1901), 3 O.L.R. 127; *London and Midland General Insurance Co. c. Bonser*, [1973] R.C.S. 10; *Hastings v. Westchester Fire Ins. Co.*, 73 N.Y. 141 (1878); *London Loan and Savings Co. of Canada v. Union Insurance Co. of Canton Ltd.* (1925), 56 O.L.R. 590, conf. par (1925), 57 O.L.R. 651; *Royal Insurance Co. of Canada v. Trans Canada Credit Corp.* (1983), 1 C.C.L.I. 300; *Royal Bank of Canada v. Red River Valley Mutual Insurance Co.*, [1986] 5 W.W.R. 236; *National Bank of Canada v. Co-Operators General Insurance Co.* (1988), 90 A.R. 295; *Commerce & Industry Insurance Co. c. West End Investment Co.*, [1977] 2 R.C.S. 1036; Agen, 8 décembre 1964, *Parfait c. Assurances générales et Nationale incendie* (1965), 36 Rev. gén. ass. terr. 333; Cass. civ., 28 février 1939, *La Confiance c. Le Phénix* (1939), 10 Rev. gén. ass. terr. 469; Cass. civ., 4 décembre 1946, *Consorts Poudenx c. Cie d'assurance La France*, D.1947.25.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 13, 17(24), 984, 1173, 1174, 1701, 1702, 2468 [rempl. 1974, ch. 70, art. 2], 2499 [rempl. *idem*], 2500 [rempl. *idem*; mod. 1979,

s. 47], 2563 [repl. 1974, c. 70, s. 2], 2572 [repl. *idem*], 2573 [repl. *idem*], 2578 (former), 2582 [repl. 1974, c. 70, s. 2], 2586 [repl. *idem*].
Insurance Act, R.S.Q. 1964, c. 295, s. 238.
Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, J.O., July 18, 1930, ss. 12, 37.

Authors Cited

American Jurisprudence, vol. 43, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.
 Appleman, John Alan and Jean Appleman. *Insurance Law and Practice*, rev. vol. 5A. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1970.
 Bergeron, Jean-Guy. "L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance" (1987), 47 *R. du B.* 933.
 Bigot, Jean. "Assurances de responsabilité: les limites du risque assurable" (1978), 49 *Rev. gén. ass. terr.* 169.
Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report. Québec: George E. Desbarats, 1865.
 Comerford Jr., W. Thompson. "When Is Money Paid the Mortgagee Recoverable?—Is the Counterclaim Compulsory?" (1986), 22 *Tort & Ins. L.J.* 113.
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville, Qué.: Éditions 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.
 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. 1, 2^e éd., "Assurances terrestres" par Georges Durry.
 Fabien, Claude. "Les règles du mandat". Dans *Répertoire de droit: Mandat*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1982.
 Faribault, Bernard. "Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300.
 Lambert-Faivre, Yvonne. *Droit des assurances*, 6^e éd. Paris: Dalloz, 1988.
 Ledru-Rollin. "Coup d'œil sur les praticiens, les arrêti-
 stes et la jurisprudence". Dans *Journal du Palais*, t. 1, 3^e éd. Par Ledru-Rollin. Paris: F.-F. Patris, 1842.
Louisiana Civil Law Treatise, vol. 15. By William Shelby McKenzie and H. Alston Johnson. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.

ch. 33, art. 47], 2563 [rempl. 1974, ch. 70, art. 2], 2572 [rempl. *idem*], 2573 [rempl. *idem*], 2578 (ancien), 2582 [rempl. 1974, ch. 70, art. 2], 2586 [rempl. *idem*].
Loi des assurances, S.R.Q. 1964, ch. 295, art. 238.
Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, J.O., 18 juillet 1930, art. 12, 37.

Doctrine citée

American Jurisprudence, vol. 43, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.
 Appleman, John Alan and Jean Appleman. *Insurance Law and Practice*, rev. vol. 5A. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1970.
 Bergeron, Jean-Guy. "L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance" (1987), 47 *R. du B.* 933.
 Bigot, Jean. "Assurances de responsabilité: les limites du risque assurable" (1978), 49 *Rev. gén. ass. terr.* 169.
Code civil du Bas Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire. Québec: George E. Desbarats, 1865.
 Comerford Jr., W. Thompson. "When Is Money Paid the Mortgagee Recoverable?—Is the Counterclaim Compulsory?" (1986), 22 *Tort & Ins. L.J.* 113.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville, Qué.: Éditions 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.
 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. 1, 2^e éd., "Assurances terrestres" par Georges Durry.
 Fabien, Claude. "Les règles du mandat". Dans *Répertoire de droit: Mandat*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1982.
 Faribault, Bernard. "Du papillon à la chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300.
 Lambert-Faivre, Yvonne. *Droit des assurances*, 6^e éd. Paris: Dalloz, 1988.
 Ledru-Rollin. "Coup d'œil sur les praticiens, les arrêti-
 stes et la jurisprudence". Dans *Journal du Palais*, t. 1, 3^e éd. Par Ledru-Rollin. Paris: F.-F. Patris, 1842.
Louisiana Civil Law Treatise, vol. 15. By William Shelby McKenzie and H. Alston Johnson. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
 Picard, Maurice et André Besson. *Les assurances terrestres*, t. 1, 5^e éd. Par André Besson. Paris: L.G.D.J., 1982.

Picard, Maurice et André Besson. *Les assurances terrestres*, t. 1, 5^e éd. Par André Besson. Paris: L.G.D.J., 1982.

Picard, Maurice et André Besson. *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2. Paris: L.G.D.J., 1940.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 15, n° 82, le 19 novembre 1974, p. 2873.

Québec. Ministère des Institutions financières, Compagnies et Coopératives. Service des assurances. *Rapport Faribault*, 1957-60.

Sicot, Lucien et Henri Margeat. *Précis de la loi sur le contrat d'assurance*, 4^e éd. Paris: L.G.D.J., 1962.

Simard Jr., François-Xavier. «La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire» (1987), 21 *R.J.T.* 335.

Sumien, Paul. *Traité théorique et pratique des assurances terrestres des opérations de capitalisation, d'épargne et de crédit différé*, 7^e éd. Paris: Dalloz, 1957.

Thisdale, Louise. «Quelques innovations législatives en assurance de dommages», [1978] *C.P. du N.* 1.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 2355, [1988] R.D.I. 556, 18 Q.A.C. 44, affirming a judgment of the Superior Court, [1984] C.S. 1180. Appeal dismissed.

François-Xavier Simard, Jr. and André Desgagné, for the appellant.

Louis Gagné, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal concerns the appellant insurer and the respondent hypothecary creditor of the purchaser of an insurance policy. The issue is whether the intentional fault of a hypothecary debtor can be invoked against his hypothecary creditor under an insurance contract containing a hypothecary clause.

Facts

The relevant facts are not in dispute and may be summarized as follows:

As security for a loan obtained from the respondent by one Leclerc, a hypothec was placed on certain immovable property. One of the conditions of the deed of loan was that the hypothecary debtor undertake to insure this property. In

Picard, Maurice et André Besson. *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2. Paris: L.G.D.J., 1940.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 15, n° 82, le 19 novembre 1974, p. 2873.

^a Québec. Ministère des Institutions financières, Compagnies et Coopératives. Service des assurances. *Rapport Faribault*, 1957-60.

Sicot, Lucien et Henri Margeat. *Précis de la loi sur le contrat d'assurance*, 4^e éd. Paris: L.G.D.J., 1962.

^b Simard Jr., François-Xavier. «La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire» (1987), 21 *R.J.T.* 335.

Sumien, Paul. *Traité théorique et pratique des assurances terrestres des opérations de capitalisation, d'épargne et de crédit différé*, 7^e éd. Paris: Dalloz, 1957.

^c Thisdale, Louise. «Quelques innovations législatives en assurance de dommages», [1978] *C.P. du N.* 1.

^d

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 2355, [1988] R.D.I. 556, 18 Q.A.C. 44, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1984] C.S. 1180. Pourvoi rejeté.

François-Xavier Simard, Jr. et André Desgagné, pour l'appelante.

^f *Louis Gagné*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

^g LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce pourvoi met en cause un assureur, l'appelante, et le créancier hypothécaire du souscripteur de la police d'assurance, l'intimée. Il s'agit de déterminer si la faute intentionnelle d'un débiteur hypothécaire peut être opposée à son créancier hypothécaire aux termes d'un contrat d'assurance contenant une clause hypothécaire.

Faits

ⁱ Les faits ici pertinents n'ont pas été contestés et ils se résument à ceci:

À titre de garantie d'un prêt effectué par un dénommé Leclerc auprès de l'intimée, divers biens immobiliers furent grevés d'une hypothèque. L'une des conditions de l'acte de prêt prévoyait que le débiteur hypothécaire s'engageait à assurer ces

accordance with this clause, the latter purchased an insurance contract with the appellant. The immovable property insured by the appellant was subsequently burned by the intentional fault of Leclerc, its owner. The insurance contract provided that in the event of loss the indemnity was payable to the respondent, under the hypothecary clause. It was a standard form providing that the acts, neglect, omissions or misrepresentations of owners or occupants of the insured property could not be invoked against hypothecary creditors. The respondent brought an action against the appellant, claiming from it \$112,359.50, the amount which it alleged was owed to it on the date of the fire. The Quebec Superior Court ordered the appellant to pay the respondent \$62,726.50 with interest and costs, in view of the value of the insured property and the limit of the insurance contract. This judgment was affirmed in all respects by the Quebec Court of Appeal.

Judgments

Superior Court, [1984] C.S. 1180

As the issue raised by the action was whether the insured's intentional fault could be invoked against the hypothecary creditor, Biron J. noted the difficulty arising from the presence of a hypothecary clause in view of the public order provisions of the *Civil Code of Lower Canada*, following the 1974 amendments (at p. 1182):

[TRANSLATION] There can be no dispute that it [intentional fault of the insured] can be invoked against an ordinary hypothecary creditor who does not have the benefit of the standard hypothecary clause. The question becomes more difficult when, as here, under a clause contained in the policy the insurer has waived the right to rely on the acts of the insured against the hypothecary creditor. The difficulty arises from the second paragraph of art. 2563 of the *Civil Code*, which provides that the insurer is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for prejudice arising from the insured's intentional fault, and from art. 2500 of the *Civil Code*, which declares any stipulation which derogates from the "prescriptions of . . . the second paragraph of article 2563" C.C. to be without effect.

The court was of the view that the standard hypothecary clause is an integral part of daily practice in insurance matters, and that the inter-

biens. En conformité avec cette clause, ce dernier souscrit un contrat d'assurance auprès de l'appelante. Par la suite, les biens immobiliers assurés par l'appelante furent incendiés par la faute intentionnelle de Leclerc, leur propriétaire. Il est stipulé au contrat d'assurance que l'indemnité, en cas de sinistre, est payable à l'intimée, aux termes de la clause hypothécaire. Il s'agit de la formule type, qui prévoit que ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés. L'intimée a intenté une poursuite contre l'appelante, lui réclamant 112 359,50 \$, montant qu'elle alléguait lui être dû à la date de l'incendie. La Cour supérieure du Québec a condamné l'appelante à payer à l'intimée la somme de 62 726,50 \$ avec les intérêts et les dépens, vu la valeur des biens assurés et la limite du contrat d'assurance. Ce jugement fut confirmé en tous points par la Cour d'appel du Québec.

Jugements

Cour supérieure, [1984] C.S. 1180

La question soulevée par le recours étant l'opposabilité au créancier hypothécaire de la faute intentionnelle de l'assuré, le juge Biron souligne la difficulté que pose la présence d'une clause hypothécaire face aux dispositions d'ordre public du *Code civil du Bas-Canada*, suite aux modifications de 1974 (à la p. 1182):

Il n'est pas contestable qu'elle [la faute intentionnelle de l'assuré] est opposable au simple créancier hypothécaire qui ne bénéficie pas de la clause hypothécaire type. La question devient plus difficile lorsque, comme ici, en vertu d'une clause contenue dans la police, l'assureur a renoncé à invoquer les actes de l'assuré vis-à-vis le créancier hypothécaire. La difficulté provient du deuxième alinéa de l'art. 2563 du *Code civil*, qui décrète que l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré, et de l'art. 2500 du *Code civil*, qui déclare sans effet toute stipulation qui déroge aux «prescriptions . . . du deuxième alinéa de l'article 2563» C.C.

Considérant que la clause hypothécaire type fait partie intégrante de la pratique journalière dans le domaine des assurances, et que l'interprétation qui

pretation it has always been given by the Quebec courts cannot be set aside without clear wording, and accordingly concluded that arts. 2563 and 2500 *C.C.L.C.* have not changed the state of the law with respect to the intentional fault of the insured, since they make no specific provision to that effect. Even before the 1974 amendments to the *Civil Code of Lower Canada*, intentional fault by the insured could be invoked against him by the insurer under the provisions of the *Insurance Act*, R.S.Q. 1964, c. 295.

The trial judge stated that in his opinion an insurance policy containing a hypothecary clause of the type used in the case at bar sets forth two contracts: one between the purchaser and the insurer, the other between the insurer and the hypothecary creditor. The latter contract is entered into by the hypothecary debtor as a mandatary of his hypothecary creditor. The judge said (at p. 1188):

[TRANSLATION] The Court concludes that the [insurance policy] sets forth a valid insurance contract between the insurer and the Caisse populaire des Deux-Rives, as there was consent by both parties, that of the Caisse being given by its mandatary, as to the subject-matter of the contract, namely a guarantee against the risk of fire affecting certain property, and consideration, namely for the insurer, the premium paid and for the insured the guarantee against the risk of fire provided by the insurer.

If there is thus an insurance contract between the Caisse populaire des Deux-Rives and [the appellant], in this second contract, it is the Caisse which is the insured and not Leclerc.

In the circumstances the fire did not result from the intentional fault of the insured, the Caisse, and as a consequence [the appellant] cannot rely on art. 2563 C.C. to deny liability for the loss to the latter.

The Court accordingly arrives at the same conclusion as if two separate insurance policies had been issued: one in which the insured was the owner of the property and the other in which it was the hypothecary creditor.

On the question of the amount of the indemnity owed to the hypothecary creditor by the insurer, the trial judge noted that the immovable property was hypothecated for an amount well above its insured value, but that clearly the indemnity could

lui a toujours été donnée par la jurisprudence du Québec ne saurait être mise de côté sans un texte clair, la cour en conclut que les art. 2563 et 2500 *C.c.B.-C.* n'ont pas changé l'état du droit quant à la faute intentionnelle de l'assuré, puisqu'ils ne sont pas spécifiques à cet effet. Avant même les modifications au *Code civil du Bas-Canada* en 1974, la faute intentionnelle de l'assuré pouvait en effet être opposée à ce dernier par l'assureur en vertu des dispositions de la *Loi des assurances*, S.R.Q. 1964, ch. 295.

Le premier juge se déclare d'avis qu'une police d'assurance qui contient une clause hypothécaire du genre de celle utilisée en l'espèce constate deux contrats: l'un entre le souscripteur et l'assureur, l'autre entre l'assureur et le créancier hypothécaire. Ce dernier contrat est souscrit par le débiteur hypothécaire en tant que mandataire de son créancier hypothécaire. Selon le juge (à la p. 1188):

La Cour conclut que la [police d'assurance] constate un contrat d'assurance valide entre l'assureur et la Caisse populaire des Deux-Rives, car il y eu consentement des deux parties, celui de la Caisse étant exprimé par son mandataire, sur l'objet du contrat, à savoir la garantie contre le risque d'incendie de certains biens, et une cause, à savoir, pour l'assureur, la prime payée, et pour l'assuré, la garantie contre le risque d'incendie fournie par l'assureur.

Si donc il y a un contrat d'assurance entre la Caisse populaire des Deux-Rives et [l'appellante], relativement à ce deuxième contrat, c'est la Caisse qui est l'assuré (*sic*) et non pas Leclerc.

Dans les circonstances, l'incendie n'a pas résulté de la faute intentionnelle de l'assuré qui est la Caisse et, en conséquence, [l'appellante] ne peut invoquer l'article 2563 C.C. pour refuser de répondre de la perte vis-à-vis cette dernière.

La Cour en arrive donc à la même conclusion que si deux polices d'assurance distinctes avaient été émises: l'une dont l'assuré aurait été le propriétaire des biens et l'autre dont c'eût été le créancier hypothécaire.

En ce qui a trait au montant de l'indemnité due par l'assureur au créancier hypothécaire, le premier juge constate que les immeubles étaient hypothéqués pour une somme bien supérieure à leur valeur assurée, mais qu'évidemment l'indemnité ne

not exceed the insurance limit or the amount of damage caused to the burned property, if below the insurance limit. He accordingly allowed the respondent's action for a total of \$62,726.50.

Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 2355 (Tyndale and Gendreau JJ.A. and Chevalier J. (*ad hoc*))

Chevalier J. (ad hoc)

Chevalier J., who wrote the main opinion for the court, in which his colleagues concurred with certain qualifications, adopted the Superior Court's analysis regarding the effect of the introduction of art. 2563 *C.C.L.C.* and arrived at a similar result, that it had not altered the state of the law on whether the intentional fault of the insured could be set up against him. Former art. 2578 *C.C.L.C.* and s. 238 of the *Insurance Act* prohibited indemnification for damage caused by the intentional fault of the insured.

Referring to the sources of the present art. 2563 *C.C.L.C.*, namely French civil law, he noted that Quebec insurance law is the product of an intermingling of French law and North American practice, and so there could be no question of blindly following the principles of either one. In his opinion, a choice had to be made between two characterizations of an insurance policy, as a stipulation for a third party in favour of the hypothecary creditor or as an independent second insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer. The court adopted the second solution, for four separate reasons:

1. The text of art. 2468 *C.C.L.C.*, which defines a contract of insurance, is not in any way incompatible with the existence of a separate second contract;

2. The general scheme of the *Civil Code of Lower Canada* and insurance law is not disrupted if the hypothecary creditor, as an insured, benefits from the fault of his debtor: though it is contrary to public policy for the insured to benefit from his own fault, it is quite acceptable for a third party to do so;

saurait excéder la limite d'assurance ou le montant du dommage causé aux biens incendiés s'il est inférieur à la limite d'assurance. Il accueille donc le recours de l'intimée pour une somme totale de
a 62 726,50 \$.

Cour d'appel, [1988] R.J.Q. 2355 (les juges Tyndale, Gendreau et Chevalier (*ad hoc*))

b *Le juge Chevalier (ad hoc)*

Le juge Chevalier, qui écrit les motifs principaux de la cour auxquels se rallient ses collègues tout en apportant certaines précisions, reprend l'analyse de la Cour supérieure quant à l'effet de l'introduction de l'art. 2563 *C.c.B.-C.* pour en arriver à un résultat similaire, soit qu'elle n'a pas changé l'état du droit quant à l'opposabilité à l'assuré de sa faute intentionnelle. En effet, les art. 2578 *C.c.B.-C.* (ancien) et 238 de la *Loi des assurances* interdisaient que soit indemnisé le dommage causé par la faute intentionnelle de l'assuré.

Se référant aux sources de l'art. 2563 *C.c.B.-C.* tel qu'il existe aujourd'hui, soit le droit civil français, il souligne que le droit des assurances au Québec résulte d'un métissage entre le droit français et la pratique nord-américaine, et donc qu'il ne saurait être question de s'en rapporter aveuglément aux principes de l'un ou l'autre. Selon lui, il y a lieu de faire un choix entre deux qualifications de la police d'assurance, soit une stipulation pour autrui en faveur du créancier hypothécaire, soit un second contrat d'assurance indépendant liant le créancier hypothécaire et l'assureur. Pour quatre motifs distincts, la cour adopte la seconde solution:

1. Le texte de l'art. 2468 *C.c.B.-C.*, qui définit le contrat d'assurance, n'est aucunement incompatible avec l'existence d'un second contrat distinct.

2. L'économie générale du *Code civil du Bas-Canada* et du droit des assurances n'est pas heurtée si le créancier hypothécaire, à titre d'assuré, bénéficie de la faute de son débiteur. Bien qu'il soit en effet contraire aux bonnes mœurs que l'assuré bénéficie de sa propre faute, il est tout à fait acceptable qu'un tiers le puisse.

3. Under arts. 2468 and 2563 *C.C.L.C.*, the policyholder is not necessarily the insured, who himself will not necessarily be the purchaser, but may simply be the holder of an insurable interest; the policyholder may accordingly purchase a policy evidencing two insurance contracts with two separate insured parties;

4. The wording of the hypothecary guarantee suggests the creation of a separate insurance contract rather than the mere stipulation for a third party, in view of the mutual rights and obligations it contains between the insurer and the hypothecary creditor.

Moving on to an analysis of Quebec decisions on point, the judge cited at pp. 2364-65 the following passage from the reasons of Vallerand J.A., dissenting but not on this point, in *Madill v. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993, at p. 1006:

[TRANSLATION] I do not think anyone will dispute that the hypothecary creditor may, by a separate policy, insure his debt and insure it against any intentional fault, whether by the owner or a third party. No one will argue either that in such a case it is not possible to invoke against someone who is unquestionably an insured, but not the person who committed the intentional fault, such intentional fault committed by another insured covered by another policy. This means that regardless of the public order prohibition in art. 2563 the hypothecary creditor can legitimately shield his interest from the owner's intentional fault and thus, by a circuitous manoeuvre, defeat a provision of public order. That being the case, the outcome can hardly be different depending on whether he is insured in the same policy or in a separate policy. There is absolutely no authority for such a conclusion apart from a finicky interpretation and application of art. 2563.

Finally, Chevalier J. concluded this lengthy analysis as follows (at pp. 2365-66):

[TRANSLATION] In discussing scholarly analysis, the trial judge cited three writers, two of whom were of the opinion that the owner's intentional fault could not be invoked against the hypothecary creditor, while the third "tended", to use the term from the judgment *a quo*, to the contrary view . . . I readily recognize that there is no unanimity among those who have examined in depth a matter which is likely to arise again frequently in our courts of law.

3. Selon les art. 2468 et 2563 *C.c.B.-C.*, le preneur d'une police n'est pas nécessairement l'assuré, qui ne sera lui-même pas nécessairement le souscripteur mais seulement le détenteur d'un intérêt d'assurance. Le preneur peut donc souscrire une police constatant deux contrats d'assurance ayant deux assurés distincts.

4. Les termes de la garantie hypothécaire participent plus de la création d'un contrat d'assurance distinct que d'une simple stipulation pour autrui, vu les droits et obligations synallagmatiques y prévus entre l'assureur et le créancier hypothécaire.

Procédant ensuite à une analyse de la jurisprudence québécoise sur la question, le juge cite aux pp. 2364 et 2365 ce passage des motifs du juge Vallerand, dissident, mais non contredit sur ce point, dans l'arrêt *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993, à la p. 1006 de cet arrêt:

Nul ne contestera, je pense, que le créancier hypothécaire puisse, par une police distincte, assurer sa créance et l'assurer contre toute faute intentionnelle fût-elle celle du propriétaire ou d'un tiers. Nul ne soutiendra non plus qu'en pareil cas on ne puisse opposer à celui qui est incontestablement un assuré mais non pas celui qui a commis la faute intentionnelle, cette même faute intentionnelle d'un autre assuré couvert par une autre police. C'est donc dire que, nonobstant l'interdit d'ordre public de l'article 2563, le créancier hypothécaire peut légitimement mettre son intérêt à l'abri de la faute intentionnelle du propriétaire et ainsi par ce qui serait une pirouette faire échec à une disposition d'ordre public. Cela étant, j'aurais peine à croire qu'il connaisse un sort différent selon qu'il est assuré dans la même police ou dans une police distincte. Rien mais rien du tout, sinon une interprétation et une application tatillonnes de l'article 2563, ne l'autoriserait.

Le juge Chevalier conclut finalement suite à cette longue analyse (aux pp. 2365 et 2366):

Quant à la doctrine, le juge de première instance a cité trois auteurs, dont deux opinent en faveur de l'impoposabilité de la faute intentionnelle du propriétaire au créancier hypothécaire, le troisième «penchant», selon l'expression utilisée dans le jugement *a quo*, pour la thèse contraire [. . .] Je reconnais volontiers que l'unanimité est loin d'être faite chez ceux qui se sont livrés à une étude en profondeur du sujet, dont la problématique qu'il comporte risque de resurgir fréquemment devant nos cours de justice.

For these reasons, I consider that the judgment *a quo* is well founded and I would dismiss the appeal with costs.

Gendreau J.A.

Gendreau J.A. added certain qualifications, in particular regarding *Madill v. Lirette, supra*, where he was among those hearing the case (at pp. 2356-57):

[TRANSLATION] My colleague very properly observed that the majority in *Madill* did not reject the argument that the insurance policy "(...) as it contains a hypothecary guarantee clause, may actually be two policies, one in which the insured is the beneficiary and the other in which the hypothecary creditor is the beneficiary" [Bisson J.A., at p. 1003] ...

Like my colleague, for the reasons given by him and in particular the fact that the insurer has separately and formally undertaken an obligation to the hypothecary creditor, I would give full effect to the hypothecary guarantee clause in the insurance contract, subject to the reservation already mentioned of the formation of a contract between the policyholder and the insurer.

Analysis

In matters of insurance, as in other areas of the civil law, the principle of freedom of contract applies, and in general therefore it is for the parties to an insurance contract to define the limits of the risk covered and the conditions under which the indemnity is payable. However, this freedom of contract is not unlimited and will be subject to the public order provisions of the *Civil Code of Lower Canada*.

Bearing in mind this general principle, a two-step approach should be adopted in analyzing the problem raised in this appeal, namely the examination of first the insurance contract, and second its compliance with the public order provisions of the *Civil Code of Lower Canada*, and in particular art. 2563.

1. Preliminary Observations

Before proceeding with the analysis as such, some general observations should be made regarding the supplementary sources of law in Quebec

Pour ces motifs, j'opine que le jugement *a quo* est bien fondé et je propose le rejet de l'appel avec dépens.

Le juge Gendreau

Le juge Gendreau apporte certaines précisions, en particulier en ce qui a trait à l'arrêt *Madill c. Lirette*, précité, où il faisait partie du banc (aux pp. 2356 et 2357):

Très à propos, mon collègue rappelle que l'opinion majoritaire dans l'affaire *Madill* n'avait pas rejeté la thèse que la police d'assurance «(...) comportant une clause de garantie hypothécaire (puisse constituer) en réalité deux polices, (l')une dans laquelle l'assuré est le bénéficiaire, et l'autre dans laquelle le créancier hypothécaire est le bénéficiaire» [le juge Bisson, à la p. 1003]

Avec mon collègue, pour les motifs qu'il précise et en particulier celui qui veut que l'assureur s'est distinctement et formellement engagé envers le créancier hypothécaire, je donnerais plein effet à la clause de garantie hypothécaire du contrat d'assurance, sous la réserve déjà exprimée de la formation du contrat entre le preneur et l'assureur.

Analyse

En matière d'assurance tout comme dans les autres domaines du droit civil, le principe de la liberté contractuelle règne, et il revient donc, règle générale, aux parties à un contrat d'assurance de définir les limites du risque couvert ainsi que les conditions d'exigibilité de l'indemnité. Cette liberté de contracter n'est cependant pas illimitée et elle sera sujette aux dispositions d'ordre public du *Code civil du Bas-Canada*.

Gardant à l'esprit ce principe général, il convient d'adopter une approche en deux étapes dans l'analyse du problème soulevé par le présent pourvoi, soit l'examen, dans un premier temps, du contrat d'assurance, et, dans un second temps, de sa conformité avec les dispositions d'ordre public du *Code civil du Bas-Canada* et de l'art. 2563 en particulier.

1. Remarques préliminaires

Avant de passer à l'analyse proprement dite, il y a lieu de faire quelques remarques d'ordre plus général concernant les sources de droit supplétif

insurance law, especially as the parties raised this point both in their oral argument and in their factums, one pointing to the French origin of art. 2563 *C.C.L.C.* and the other to the American origin of the hypothecary clause in question.

In the past, writers and courts have tended to look to foreign insurance law for answers to questions for which Quebec civil law did not seem to provide a solution. This broader view of the sources of law is partly a result of the nature of insurance law, which the codifiers noted in their Seventh Report, is a body of fundamental rules found in several countries:

Indeed, notwithstanding the difficulty arising from certain questions, most of the great fundamental rules are well settled, and they are nearly uniform in all commercial states. The chief embarrassment therefore felt in dealing with the subject, lies, not in the statement of principles, but in the task of arrangement, and in that of selection amid conflicting opinions in matters of detail.

(Civil Code of Lower Canada: Sixth and Seventh Reports and Supplementary Report (1865), at p. 240.)

However, this apparent similarity of the fundamental rules should not cause us to forget that the courts have a duty to ensure that insurance law develops in a manner consistent with the rest of Quebec civil law, of which it forms a part. Accordingly, while the judgments of foreign jurisdictions, in particular Britain, the United States and France, may be of interest when the law there is based on similar principles, the fact remains that Quebec civil law is rooted in concepts peculiar to it, and while it may be necessary to refer to foreign law in some cases, the courts should only adopt what is consistent with the general scheme of Quebec law.

However, the development of insurance law must necessarily take place within its own particular socio-economic context, namely North American insurance practice. In this regard Faribault notes ("Du papillon à la chrysalide ou l'étrange

dans le domaine du droit des assurances du Québec, d'autant plus que les parties en ont fait état tant dans leurs plaidoiries orales que dans leurs mémoires, l'un soulignant l'origine française de l'art. 2563 *C.c.B.-C.* et l'autre, l'origine américaine de la clause hypothécaire en question.

Les auteurs et la jurisprudence ont, par le passé, eu une certaine tendance à puiser dans le droit étranger des assurances des réponses aux questions auxquelles le droit civil du Québec ne semblait pas apporter de solution. Cette vision élargie des sources de droit découle en fait partiellement de la nature du droit des assurances, que les codificateurs soulignent dans leur septième rapport comme étant un ensemble de règles fondamentales communes à plusieurs pays:

De fait, nonobstant les difficultés qui ont surgi sur certaines questions, la plupart des règles fondamentales sont bien arrêtées et elles sont presque uniformes dans tous les états commerçants. La principale difficulté à éprouver, en traitant de ce sujet, consiste donc non dans l'énonciation de ces règles mais dans leur disposition, et dans le choix à faire entre des opinions contradictoires sur des points de détail.

(Code civil du Bas Canada: Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire (1865), à la p. 241.)

Cette similarité apparente des règles fondamentales ne doit cependant pas nous faire oublier que les tribunaux se doivent d'assurer au droit des assurances un développement qui reste compatible avec l'ensemble du droit civil québécois, dans lequel il s'insère. Ainsi, si les arrêts de juridictions étrangères, nommément l'Angleterre, les États-Unis et la France, peuvent avoir un certain intérêt lorsque le droit y est fondé sur des principes similaires, il n'en reste pas moins que le droit civil québécois a ses racines dans des préceptes qui lui sont propres et, s'il peut être nécessaire de recourir au droit étranger dans certains cas, on ne saurait y puiser que ce qui s'harmonise avec son économie générale.

Le développement du droit des assurances doit toutefois nécessairement s'inscrire dans le contexte socio-économique qui lui est propre, soit la pratique nord-américaine du droit des assurances. M^e Faribault note à cet égard («Du papillon à la

métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300, at p. 308):

[TRANSLATION] Without arguing for the introduction into our law of North American solutions to insurance problems, it is worth bearing in mind that our legislature has drawn inspiration from the "genius of the French language" and "North American practice" in the matter, so that Quebec insurers may develop a competitive industry in the North American context.

In short, as Ledru-Rollin writes, the problem is [TRANSLATION] "[t]o narrow if possible the connection between theory and practice, two sides of an indivisible entity, the law" ("Coup d'œil sur les praticiens, les arrêstistes et la jurisprudence", *Journal du Palais* (3rd ed. 1842), vol. 1, at p. xix).

2. Interpretation of the Hypothecary Clause

The appellant and the respondent put forward two different interpretations of the hypothecary clause. In the appellant's submission, the hypothecary clause is part of the insurance contract purchased by the hypothecary creditor's debtor. The clause is thus a stipulation for a third party of the right to the insurance indemnity, under which all defenses the insurer can invoke against the hypothecary debtor may be set up against the hypothecary creditor. In the respondent's submission, the hypothecary clause is actually a second contract between the insurer and the hypothecary creditor, a contract which is separate and apart from that purchased by the hypothecary debtor. This second contract would then have been purchased from the insurer by the hypothecary debtor as mandatory for his hypothecary creditor. It follows, the respondent argues, that the completely independent contractual link means that the fault of the hypothecary debtor cannot be invoked against his creditor. I am of the view, for the reasons which follow, that we have to recognize that the latter interpretation more adequately reflects the intent expressed by the parties to the insurance contract and is consistent with the general scheme of insurance law as it is practised in North America, as well as being in keeping with the rules of Quebec civil law as a whole.

chrysalide ou l'étrange métamorphose de l'assurance de responsabilité" (1987), 55 *Assurances* 300, à la p. 308):

Sans prôner l'implantation, dans notre droit, des solutions nord-américaines en matière d'assurance, il est bon de garder en mémoire que notre législateur s'est inspiré du «génie de la langue française» et de la «pratique nord-américaine» en la matière, pour permettre aux assureurs québécois d'évoluer de façon concurrentielle dans le contexte nord-américain.

Il s'agit somme toute, comme l'écrit Ledru-Rollin, de «[r]endre plus étroite, s'il était possible, l'union de la théorie et de la pratique, ces deux faces d'une figure indivisible, le droit» («Coup d'œil sur les praticiens, les arrêstistes et la jurisprudence», *Journal du Palais* (3^e éd. 1842), t. 1, à la p. xix).

2. Interprétation de la clause hypothécaire

L'appelante et l'intimée proposent deux interprétations divergentes de la clause hypothécaire. Selon l'appelante, la clause hypothécaire s'inscrit à l'intérieur du contrat d'assurance souscrit par le débiteur du créancier hypothécaire. La clause constituerait une stipulation pour autrui du droit à l'indemnité d'assurance, en vertu de laquelle sont opposables au créancier hypothécaire toutes les défenses que l'assureur pourrait opposer au débiteur hypothécaire. Selon l'intimée, la clause hypothécaire constate plutôt un second contrat entre l'assureur et le créancier hypothécaire, contrat distinct de celui souscrit par le débiteur hypothécaire. Ce second contrat aurait été souscrit auprès de l'assureur par le débiteur hypothécaire à titre de mandataire de son créancier hypothécaire. Il s'ensuit, soutient l'intimée, que le lien contractuel totalement indépendant rend inopposables au créancier hypothécaire les fautes de son débiteur. Pour les motifs qui suivent, il faut, je crois, reconnaître que cette dernière interprétation traduit plus adéquatement l'intention exprimée par les parties au contrat d'assurance et s'harmonise avec l'économie générale du droit des assurances tel qu'il se pratique dans le contexte nord-américain, tout en s'insérant parfaitement dans l'ensemble des règles propres au droit civil québécois.

A. The Insurance Clause: A Contract of Mandate

Under the loan contract made between the respondent and Leclerc, the latter undertook to maintain insurance on the property which was the subject of the collateral guarantee, consisting primarily of a hypothec on his property. The insurance clause in the contract reads as follows:

[TRANSLATION] 9—INSURANCE

For the duration of this loan the borrower undertakes to insure the hypothecated buildings against loss and damage resulting from fire and the other risks mentioned in the supplementary coverage rider, to the satisfaction of the Office and for the benefit of the lender, and to transfer to the latter and deliver to him without delay all policies or certificates of insurance issued to this effect and receipts certifying renewal fifteen (15) days before each policy or certificate expires.

In the event that the borrower does not perform the foregoing obligations, the lender may have the said buildings insured to its satisfaction and at the borrower's expense. Any premiums paid by the lender for this purpose shall be immediately payable, without prejudice to its right to add it to its next semi-annual instalment.

Notwithstanding the second paragraph, in the event of default by the borrower, the Office may to its satisfaction and at the request of the lender cause the said property to be insured at the borrower's expense. Any premiums paid by the Office for this purpose shall be payable by the lender and, after payment of the premium to the Office, the lender may forthwith claim reimbursement, without prejudice to its right to add the premium to the next semi-annual instalment.

In the event of loss the lender shall collect the indemnity directly from the insurers up to the amount of what is owed to it, such indemnity being deposited with the lender, which with the permission of the Office shall be entitled to allocate it in whole or in part either in accordance with s. 33 of the regulations or to the payment, in whole or in part, of the cost of rebuilding or repairing the hypothecated buildings, without in the latter case the privileges, hypothecs or other rights of the lender being reduced or affected in any way as a consequence of receipt of the indemnity.

The borrower shall report any loss to the lender and the Office forthwith and shall not undertake any

A. La clause d'assurance: un contrat de mandat

En vertu du contrat de prêt intervenu entre l'intimée et le dénommé Leclerc, celui-ci s'engageait à maintenir assurés les biens faisant l'objet de la garantie consentie accessoirement, qui consiste d'abord et avant tout en une hypothèque sur sa propriété. La clause d'assurance du contrat se lit comme suit:

9—ASSURANCES

Pendant la durée du présent prêt, l'emprunteur s'oblige à maintenir assurés les bâtiments hypothéqués contre la perte et les dommages résultant de l'incendie et des autres risques prévus à l'avenant de couverture supplémentaire, à la satisfaction de l'Office et au bénéfice du prêteur, à transporter à ce dernier et à lui remettre sans délai toutes les polices ou les certificats d'assurances émis à cet effet et les reçus en attestant le renouvellement quinze (15) jours avant l'échéance de chaque police ou certificat.

Faute par l'emprunteur de remplir les obligations ci-dessus, le prêteur pourra faire assurer lesdits bâtiments à sa satisfaction et aux frais de l'emprunteur. Toute prime payée par le prêteur à cette fin sera immédiatement exigible, sans préjudice de son droit de l'ajouter au prochain versement semi-annuel.

Nonobstant le deuxième alinéa, en cas de défaut de l'emprunteur, l'Office pourra à sa satisfaction et à la demande du prêteur, faire assurer lesdits biens aux frais de l'emprunteur. Toute prime payée par l'Office à cette fin sera exigible du prêteur et ce dernier, après paiement de la prime à l'Office, pourra en exiger immédiatement le remboursement par l'emprunteur, sans préjudice de son droit de l'ajouter au prochain versement semi-annuel.

En cas de sinistre, le prêteur touchera l'indemnité directement des assureurs jusqu'à concurrence de ce qui lui sera dû, cette indemnité étant constituée en dépôt entre les mains du prêteur qui, avec l'autorisation de l'Office, aura le droit de l'affecter en tout ou en partie, soit conformément à l'article 33 du Règlement, soit au paiement, en tout ou en partie, du coût de la reconstruction ou de la réparation des bâtiments hypothéqués, sans que, dans ce dernier cas, les privilèges, hypothèques ou autres droits en faveur du prêteur ne soient diminués ou affectés en aucune manière du fait de la réception de l'indemnité.

L'emprunteur rapportera sans délai tout sinistre au prêteur et à l'Office et il ne pourra procéder à aucune

rebuilding or repair of destroyed or damaged buildings without the prior written consent of the lender and the Office. [Emphasis added.]

The reference to the "Office" in this clause is to the Office du crédit agricole du Québec, and the "regulations" mentioned are, under clause 3 of the hypothecary loan deed, the regulations respecting the *Farm Credit Act*, R.S.Q. 1964, c. 108.

Mandate is governed by Title Eight of the *Civil Code of Lower Canada*, "Of Mandate", which contains *inter alia* its definition in art. 1701:

1701. Mandate is a contract by which a person, called the mandator, commits a lawful business to the management of another, called the mandatary, who by his acceptance obliges himself to perform it.

The acceptance may be implied from the acts of the mandatary, and in some cases from his silence.

The substantive and formal requirements of a mandate are minimal. Where there are two adults capable of consenting who agree that one of them, the mandatary, shall perform a legal act with a third party on the mandator's behalf, it can be concluded that there is an implied contract of mandate. As Professor Fabien observes, [TRANSLATION] "The keynote in the contract of mandate is freedom: freedom of use, freedom of stipulation and freedom of form" ("Les règles du mandat", in *R.D.—Mandat—Doctrine—Document 1*, at p. 103, No. 64). Further, unless there is an agreement or usage to the contrary, mandate will be presumed to be gratuitous (art. 1702 *C.C.L.C.*).

On reviewing the insurance clause cited above, we find that it is an undertaking between two different persons with capacity to contract. One party, the borrower, undertakes to perform a legal act, a contract of insurance, with a separate third party, the insurer. This legal act is to be performed by the borrower [TRANSLATION] "for the benefit of the lender" (first paragraph of the insurance clause), so that it is clear that it is the lender's interests which the insurance contract is designed to protect, and therefore that the borrower must act as a representative of the latter's interests. We thus have the basic elements of the contract of mandate, complemented by other elements of the

reconstruction ou réparation des bâtiments détruits ou endommagés sans le consentement préalable écrit du prêteur et de l'Office. [Je souligne.]

La référence à l'«Office» dans cette clause vise l'Office du crédit agricole du Québec, alors que le «Règlement» y mentionné est, selon la clause 3 de l'acte de prêt hypothécaire, le Règlement concernant la *Loi du crédit agricole*, S.R.Q. 1964, ch. 108.

Le mandat est régi par le Titre Huitième du *Code civil du Bas-Canada*, «Du Mandat», où l'on retrouve entre autres sa définition à l'art. 1701:

1701. Le mandat est un contrat par lequel une personne, qu'on appelle le mandant, confie la gestion d'une affaire licite à une autre personne qu'on appelle mandataire, et qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exécuter.

L'acceptation peut s'inférer des actes du mandataire, et même de son silence en certains cas.

Les exigences de fond et de forme du mandat sont minimales. En présence de deux adultes en état de consentir, qui s'entendent pour que l'un d'eux, le mandataire, accomplisse une acte juridique licite avec un tiers au nom du mandant, on peut conclure à la présence d'un contrat de mandat implicite. Comme le souligne le professeur Fabien, «Le contrat de mandat se forme sous le signe de la liberté: liberté d'utilisation, liberté de stipulation et liberté de forme» («Les règles du mandat», dans *R.D.—Mandat—Doctrine—Document 1*, à la p. 103, n° 64). De plus, à moins d'indication ou d'usage contraire, le mandat sera présumé être fait à titre gratuit (art. 1702 *C.c.B.-C.*).

À l'examen de la clause d'assurance citée plus haut, on constate qu'il s'agit d'un engagement entre deux personnes capables distinctes, selon lequel l'une, l'emprunteur, s'engage à accomplir un acte juridique, un contrat d'assurance, avec un tiers distinct, l'assureur. Cet acte juridique doit être fait par l'emprunteur «au bénéfice du prêteur» (premier alinéa de la clause d'assurance), de sorte qu'il ressort clairement que ce sont les intérêts du prêteur que le contrat d'assurance vise à protéger, et donc que l'emprunteur doit agir à titre de représentant des intérêts de ce dernier. Nous sommes ainsi en présence des éléments de base du contrat de mandat, complétés par d'autres élé-

hypothecary clause, providing in detail for certain aspects of the performance of the mandate: first, the insurance clause imposes two specific additional obligations on the borrower, that of informing the lender and the Office promptly of any loss, an obligation that would have little meaning if the borrower has a unilateral obligation to insure himself personally, and that of delivering the policies and renewals to the hypothecary creditor without delay, which once again seems entirely consistent with a contract of mandate. Finally, the insurance clause provides a penalty for non-performance of the mandate, namely the purchase of an insurance policy by the lender or the Office at the borrower's expense: Bergeron, "L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance" (1987), 47 *R. du B.* 933, at p. 982.

Though the insurance clause provides the basis for a mandate, it does not by itself establish that the latter exists. The borrower could comply with it by means other than a hypothecary clause, which, as it contains a separate contract between the insurer and the hypothecary creditor, implies or presupposes the latter's consent and thus a mandate to conclude this separate contract given to the borrower by the lender. It does not necessarily follow, however, that the hypothecary clause contains a contract of insurance between the hypothecary creditor and the insurer. The hypothecary debtor must still have purchased this insurance in accordance with his mandate, that is, by means of a separate insurance contract in which he was acting only as a representative of the hypothecary creditor.

B. The Hypothecary Clause: A Separate Insurance Contract

The hypothecary clause in the insurance policy obtained by the hypothecary debtor, and in which the respondent contended there was a second insurance contract, repeats the standard formula approved by the Insurance Bureau of Canada and used in a great many insurance policies both in Quebec and in other Canadian provinces. This clause reads as follows:

ments de la clause hypothécaire, prévoyant dans le détail certains aspects de la réalisation de ce mandat: d'abord, la clause d'assurance impose deux obligations supplémentaires particulières à l'emprunteur, soit celle de signaler promptement tout sinistre au prêteur et à l'Office, une obligation qui s'explique mal dans le cadre d'une obligation unilatérale de l'emprunteur de s'assurer personnellement, et celle de remettre sans délai les polices et ses renouvellements au créancier hypothécaire, ce qui paraît encore une fois tout à fait compatible avec un contrat de mandat. La clause d'assurance prévoit enfin la sanction de l'inaccomplissement du mandat, soit la souscription par le prêteur ou l'Office d'une police d'assurance, aux frais de l'emprunteur: Bergeron, «L'opposabilité des exceptions à différents intéressés dans un contrat d'assurance» (1987), 47 *R. du B.* 933, à la p. 982.

Si la clause d'assurance donne ouverture à un mandat, elle n'établit cependant pas à elle seule l'existence de celui-ci. L'emprunteur pourrait en effet s'y conformer par d'autres moyens que par une clause hypothécaire qui elle, comprenant un contrat distinct entre l'assureur et le créancier hypothécaire, implique ou présuppose le consentement de ce dernier et donc un mandat de former ce contrat distinct donné à l'emprunteur par le prêteur. Il n'en découle pas cependant nécessairement que la clause hypothécaire consigne un contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur. Encore faut-il que le débiteur hypothécaire ait souscrit cette assurance en conformité avec son mandat, c.-à-d. au moyen d'un contrat d'assurance distinct où il n'agissait qu'à titre de représentant du créancier hypothécaire.

B. La clause hypothécaire: un contrat d'assurance distinct

La clause hypothécaire incluse dans la police d'assurance souscrite par le débiteur hypothécaire, et dans laquelle, selon l'intimée, on retrouve un second contrat d'assurance, est la formulation standard approuvée par le Bureau d'assurance du Canada, utilisée dans un très grand nombre de polices d'assurance tant au Québec que dans les autres provinces canadiennes. Cette clause se lit comme suit:

[TRANSLATION]

8. STANDARD MORTGAGE CLAUSE (approved by The Insurance Bureau of Canada)**(a) Breach of conditions by mortgagor, owner or occupant**

It is hereby provided and agreed that:

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, transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the aggravation of the declared risks.

PROVIDED ALWAYS that the Mortgagee shall notify forthwith the Insurer 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.

(b) 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.

(c) 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.

(d) Who may give proof of loss

The Mortgagee may give notice of loss or deliver the required Proof of Loss under the policy upon becoming aware of the loss.

8. GARANTIE HYPOTHÉCAIRE (Formule approuvée par le Bureau d'Assurance du Canada)**a) Violations de contrat**

Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, les transferts d'intérêts, la vacance, l'inoccupation, non plus que les aggravations des risques déclarés.

Les créanciers hypothécaires sont tenus d'aviser l'Assureur, dès qu'ils sont au courant de toute inoccupation ou vacance de plus de trente (30) jours consécutifs, de tous changements dans les droits de propriété ou de toute aggravation du risque, à charge pour eux d'acquitter, sur demande raisonnable, les surprimes résultant des aggravations des risques assurés par le présent contrat et cela au tarif établi à cet égard et pour la durée du contrat à compter des aggravations.

b) Subrogation

Lorsque l'Assureur a versé des indemnités aux créanciers hypothécaires, il 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. Cette clause cesse de s'appliquer à la date d'expiration de la police. Toutefois les créanciers hypothécaires n'en demeurent pas moins en droit de recouvrer le solde de leurs créances avant que la subrogation ci-dessus ne puisse être exercée. L'Assureur se réserve le droit d'acquitter les créances intégralement; il a alors droit au transfert de celles-ci et de toutes leurs garanties.

c) 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.

d) Avis de sinistre

Les créanciers hypothécaires peuvent, dès qu'ils sont au courant du sinistre, présenter les déclarations de sinistre et formules de demandes d'indemnité exigées par le contrat.

(e) 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, 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.

(f) 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 and/or assigns. [Emphasis added.]

This clause is derived from the standard or "New York Union" mortgage clause, which appeared in the State of New York around the mid-1870s: *Guerin v. Manchester Fire Assurance Co.* (1898), 29 S.C.R. 139, at p. 162, *per* Gwynne J., and *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (8th Cir. 1894), at pp. 174-75, *per* Sanborn Cir. J. for the court. This clause was necessary since without it the hypothecary creditor had no right to the proceeds of the insurance covering the property protected by it: Thisdale, "Quelques innovations législatives en assurance de dommages", [1978] *C.P. du N.* 1, at p. 29, No. 101. It should be noted that the Quebec legislature corrected this deficiency in the 1974 insurance law amendments, with the introduction of art. 2586 *C.C.L.C.*, the first paragraph of which gives preferred creditors priority over the proceeds of insurance policies:

2586. The indemnities exigible are apportioned among the creditors having hypothecs or privileges on the property damaged, according to their rank and without express delegation, upon mere notice and proof by them.

e) Cessation

Cette clause cesse de s'appliquer à la date d'expiration de la police sous réserve des droits de résiliation de l'Assureur, et donner aux créanciers hypothécaires, par courrier recommandé, préavis de quinze (15) jours de toute résiliation ou modification pouvant leur causer préjudice.

f) 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.

Les sinistres sont payables directement aux créanciers hypothécaires ou à leurs ayants droit aux conditions précitées; celles-ci ont priorité sur toutes celles de la police qui la contredisent, en ce qui concerne les créanciers hypothécaires. [Je souligne.]

Cette clause est dérivée de la «*standard mortgage clause*» ou «*New York Union*», qui a fait son apparition dans cet état américain vers le milieu des années 1870: *Guerin v. Manchester Fire Assurance Co.* (1898), 29 R.C.S. 139, à la p. 162, par le juge Gwynne, et *Syndicate Ins. Co. v. Bohn*, 65 F. 165 (8th Cir. 1894), aux pp. 174 et 175, par le juge Sanborn au nom de la cour. Cette clause était nécessaire puisque le créancier hypothécaire, en son absence, ne jouissait d'aucun droit sur le produit de l'assurance couvrant le bien visé par sa sûreté: Thisdale, «*Quelques innovations législatives en assurance de dommages*», [1978] *C.P. du N.* 1, à la p. 29, n° 101. Il faut souligner que le législateur québécois a remédié à cette lacune lors des modifications au droit de l'assurance en 1974, avec l'introduction de l'art. 2586 *C.c.B.-C.*, dont le premier alinéa accorde aux créanciers privilégiés la priorité sur le produit de l'indemnité d'assurance:

2586. Les indemnités exigibles sont attribuées aux créanciers ayant des privilèges ou des hypothèques sur la chose endommagée, suivant leur rang et sans délégation expresse, moyennant simple dénonciation et justification de leur part.

However, this provision confers a right to indemnification on the hypothecary creditor only to the extent the insured, here the hypothecary debtor in a purely personal insurance contract, is himself entitled to it: *Madill v. Lirette, supra*, at p. 1003, *per Bisson J.A.* for the majority. Under this legal subrogation, therefore, the hypothecary debtor's intentional fault may be invoked against the hypothecary creditor. As fault can be opposed in this way, the protection given the hypothecary creditor by art. 2586 C.C.L.C. remains incomplete, and the hypothecary clause may thus have an important effect in protecting the rights of the hypothecary creditor. This clause must accordingly be analyzed to determine its nature and effects.

The nature of the hypothecary clause must be examined in light of the constituent elements of an insurance contract. These elements are set out in art. 984 C.C.L.C., dealing with the formation of contracts in general, and art. 2468 C.C.L.C., defining the insurance contract:

984. There are four requisites to the validity of a contract:

- Parties legally capable of contracting;
- Their consent legally given;
- Something which forms the object of the contract;
- A lawful cause or consideration.

2468. A contract of insurance is that whereby the insurer undertakes, for a premium or assessment, to make a payment to a policyholder or a third person if an event that is the object of a risk occurs.

It is only if the hypothecary clause can be interpreted as including all these elements that it may be characterized as an insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer. It should be noted at the outset that the fact that the hypothecary debtor took out the policy and paid the insurance premiums is in no way a bar to such a characterization. As Rinfret J. observed for the Court in *Hallé v. Canadian Indemnity Co.*, [1937] S.C.R. 368, at p. 375, after citing the text of art. 2468 C.C.L.C.:

There is nothing in the definition of the code to the effect that the person "called the insured" must be the person who applies for the policy or who pays the premium.

Cette disposition ne confère cependant au créancier hypothécaire de droit à l'indemnisation que dans la mesure où l'assuré, qui est ici le débiteur hypothécaire dans un contrat d'assurance purement personnel, y a lui-même droit: *Madill c. Lirette*, précité, à la p. 1003, par le juge Bisson au nom de la majorité. La faute intentionnelle du débiteur hypothécaire assuré serait donc, en vertu de cette subrogation légale, opposable au créancier hypothécaire. En raison de cette opposabilité, la protection offerte au créancier hypothécaire par l'art. 2586 C.c.B.-C. reste incomplète, et donc la clause hypothécaire peut avoir un effet important dans la sauvegarde des droits de ce dernier. Il est par conséquent nécessaire d'analyser cette clause afin d'en déterminer la nature et les effets.

La nature de la clause hypothécaire doit être examinée en regard des éléments constitutifs du contrat d'assurance. On retrouve ces éléments aux art. 984 C.c.B.-C., traitant de la formation des contrats en général, et 2468 C.c.B.-C., définissant le contrat d'assurance:

984. Quatre choses sont nécessaires pour la validité d'un contrat:

- Des parties ayant la capacité légale de contracter;
- Leur consentement donné légalement;
- Quelque chose qui soit l'objet du contrat;
- Une cause ou une considération licite.

2468. Le contrat d'assurance est celui en vertu duquel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'engage à verser au preneur ou à un tiers, une prestation en cas de réalisation d'un risque.

Ce n'est que si la clause hypothécaire peut être interprétée comme comprenant tous ces éléments qu'elle pourra se voir qualifiée de contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur. On doit noter au départ que le fait que le débiteur hypothécaire ait souscrit la police et paie les primes d'assurance ne constitue en aucun cas un empêchement dirimant à une telle qualification. Comme le soulignait le juge Rinfret au nom de la Cour dans l'arrêt *Hallé v. Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368, à la p. 375, après avoir cité le texte de l'art. 2468 C.c.B.-C.:

[TRADUCTION] Rien dans la définition du Code ne dit que la personne «ci-après dénommé l'assuré» doit être le preneur de la police ou celui qui paye la prime.

In the article just quoted, we see nothing to prevent a person requesting the issue of an insurance policy for the benefit of another person. And there is nothing to that effect in any other article of the code.

It is thus necessary to examine the actual wording of the hypothecary clause to determine whether it contains the components of a separate contract. In the event of ambiguity, this clause, like any insurance contract, must be interpreted in the insured's favour (art. 2499 C.C.L.C.).

(i) *Separate Object*

Upon examination of the hypothecary clause, it can be seen that several distinct rights and obligations are assigned to both the hypothecary creditor and the insurer. First, one should note that under the second paragraph of subclause (a) of the clause, the hypothecary creditor is required to inform the insurer of any increased risk. This specific obligation imposed on the hypothecary creditor may be contrasted with the simple right of any interested person to inform the insurer, set out in arts. 2572, para. 2, and 2573 *in fine* C.C.L.C.:

2572. The insured must notify the insurer of any loss of such a nature as to involve coverage, as soon as he becomes aware of it.

Any interested person may give such notification.

2573. At the request of the insurer, the insured must notify the insurer as soon as possible of all the circumstances surrounding the loss, including its probable cause, the nature and extent of the damage, the site of the property, the rights of third persons affecting it, and any concurrent insurance.

If the insured fails to comply with the obligations of this article, any interested person may do so in his place. [Emphasis added.]

Further, the coverage provided by the hypothecary clause takes in a broader range of risks than the coverage contained in the insurance contract with the hypothecary debtor. The hypothecary creditor is entitled to the insurance indemnity whenever his debtor would have been entitled to it, but the indemnity may also be claimed in cases where the latter has lost this right on account of his "acts, neglect, omissions or misrepresentations". This

Dans l'article précité, nous ne voyons rien qui empêcherait une personne de souscrire une police d'assurance à l'avantage d'une autre personne. Et aucun autre article du Code ne le prévoit.

Il est donc nécessaire d'examiner le texte même de la clause hypothécaire pour déterminer si l'on y retrouve les éléments constitutifs d'un contrat distinct. Comme tout contrat d'assurance, cette clause devra être interprétée, en cas d'ambiguïté, en faveur de l'assuré (art. 2499 C.c.B.-C.).

(i) *Objet distinct*

À l'examen de la clause hypothécaire, il apparaît que plusieurs droits et obligations distincts sont attribués tant au créancier hypothécaire qu'à l'assureur. On note d'abord que le créancier hypothécaire, en vertu du deuxième alinéa du paragraphe a) de la clause, est tenu d'aviser l'assureur de toute aggravation du risque. Il faut opposer cette obligation spécifique imposée au créancier hypothécaire à la simple capacité d'un intéressé d'informer l'assureur, reconnue aux art. 2572, al. 2, et 2573 *in fine* C.c.B.-C.:

2572. L'assuré doit donner avis à l'assureur, dès qu'il en a eu connaissance, de tout sinistre de nature à mettre en jeu la garantie.

Tout intéressé peut donner cet avis.

2573. À la demande de l'assureur, l'assuré doit lui faire connaître le plus tôt possible toutes les circonstances entourant le sinistre, y compris sa cause probable, la nature et l'étendue des dommages, l'emplacement de la chose, les droits des tiers l'affectant et les assurances concurrentes.

À défaut par l'assuré de se conformer aux obligations du présent article, tout intéressé peut le faire à sa place. [Je souligne.]

De plus, la couverture offerte par la clause hypothécaire vise un ensemble de risques plus large que la couverture prévue au contrat d'assurance avec le débiteur hypothécaire. En effet, le créancier hypothécaire a droit à l'indemnité d'assurance dans tous les cas où son débiteur y aurait droit, mais l'indemnité est de plus exigible dans les cas où celui-ci a perdu ce droit en raison de ses «actes, négligences ou déclarations». Cette couverture

extended coverage is also illustrated by the subrogation of the insurer in the rights of the hypothecary creditor against the hypothecary debtor, applicable in situations where the indemnity would not have been due to the debtor under his contract. Professor Bergeron quite properly observes that it necessarily follows from this greater protection that the hypothecary clause is a separate contract (at pp. 979-80):

[TRANSLATION] There can be no doubt that the hypothecary creditor has different rights than the debtor: under this clause, these rights are separate and go *beyond* those of the debtor; the creditor may be paid in certain circumstances in which the insured debtor would not be entitled to receive the indemnity; this is so true that the clause goes on to confer on the insurer the right to be subrogated in the rights of the creditor against the debtor, in so far as the clause requires it to pay, when its insured, the debtor, has lost his right to the indemnity. Needless to say, as the creditor has different coverage he is a separate insured. It therefore logically follows that there are two contracts in one and this duality must be respected. [Emphasis added—italics in original.]

While it is possible in a single contract to divert certain rights from one party to a third party by means of a stipulation for that third party, this division of the effects of the contract cannot lead to the creation for the third party of rights which the stipulating party could not have. The fact that the hypothecary creditor has greater rights than the hypothecary debtor indicates that there is a separate contract between the insurer and the hypothecary creditor.

The hypothecary creditor's rights are also independent of those conferred on the debtor in the first insurance contract. Thus, under subclause (f) of the hypothecary clause, though the hypothecary creditor acquires the property which is the subject of the hypothec and the insurance, leading to confusion of the insurance interests of the hypothecary debtor and creditor in his person, he still continues to enjoy the benefit of his insurance contract, even though the first contract between the insurer and the hypothecary debtor is invalidated under art. 2582 C.C.L.C. by the extinction of the debtor's insurance interest:

élargie est d'ailleurs exemplifiée par la subrogation de l'assureur dans les droits du créancier hypothécaire à l'encontre du débiteur hypothécaire, pertinente dans des situations où l'indemnité n'aurait pas été due au débiteur en vertu de son contrat. Le professeur Bergeron souligne à juste titre que découle nécessairement de cette protection supérieure la conclusion que la clause hypothécaire est un contrat distinct (aux pp. 979 et 980):

Il ne peut y avoir aucun de doute que le créancier hypothécaire a des droits autres que le débiteur: en vertu de cette clause, ces droits sont distincts et vont *au-delà* de ceux du débiteur; le créancier pourra être payé dans certaines circonstances où le débiteur assuré n'aurait pas le droit de toucher à (*sic*) l'indemnité; cela est si vrai que la clause poursuit en conférant à l'assureur le droit d'être subrogé dans les droits du créancier contre le débiteur, dans la mesure où la clause l'oblige à payer alors que son assuré, le débiteur, a perdu son droit à l'indemnité. Il va de soi que le créancier étant couvert différemment, il est un assuré distinct. Il s'ensuit donc logiquement qu'il y a deux contrats dans le même contrat et il faut respecter cette dualité. [Je souligne—en italique dans l'original.]

En effet, s'il est possible, dans un contrat unique, de faire dévier certains droits d'une partie vers un tiers, au moyen d'une stipulation pour autrui, cette division des effets du contrat ne peut donner lieu à la création pour le tiers de droits dont ne pourrait jouir le stipulant. La présence de droits plus étendus envers le créancier hypothécaire qu'envers le débiteur hypothécaire milite en faveur de l'existence d'un contrat distinct liant l'assureur et le créancier hypothécaire.

Les droits du créancier hypothécaire sont de plus indépendants de ceux reconnus au débiteur dans le premier contrat d'assurance. Ainsi, en vertu du paragraphe f) de la clause hypothécaire, même si le créancier hypothécaire acquiert le bien qui fait l'objet de l'hypothèque et de l'assurance, entraînant la confusion dans sa personne des intérêts d'assurance des débiteur et créancier hypothécaires, il n'en continue pas moins à jouir du bénéfice de son contrat d'assurance, et cela même si le premier contrat entre l'assureur et le débiteur hypothécaire est, de par l'effet de l'art. 2582 C.C.B.-C., rendu caduc par l'extinction de l'intérêt d'assurance de ce dernier:

2582. The insurance of a property in which the insured has no insurable interest is without effect.

It must also be noted in this connection that to argue, as the appellant does, that there is only one contract and a single insured—in this case the hypothecary debtor—in the insurance policy would nullify subclause (f) of the hypothecary clause, as a result of confusion of the insurance interests in the person of the hypothecary creditor, since art. 2582 C.C.L.C. is a provision of absolute public order (art. 2500, para. 1 C.C.L.C.).

The conclusion on this point must therefore be that the agreement between the hypothecary creditor and the insurer under the hypothecary clause has a separate object of its own.

(ii) *Cause or Consideration*

In a recently published article (Simard, "La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire" (1987), 21 R.J.T. 335), counsel for the appellant rejected the interpretation that treats the policy as two contracts on the ground that there was no consideration given by the hypothecary creditor in return for the entitlement to the indemnity given by the insurer. He wrote the following (at p. 364):

[TRANSLATION]

- (1) In exchange for possible indemnity the hypothecary creditor *undertakes nothing* with respect to the insurer;
- (2) the insurer, *in exchange for nothing*, undertakes to possibly pay him an indemnity. [Italics in original.]

He thus concluded that the second contract could not exist for want of consideration.

In my view, this argument does not seem well founded, since there is indeed a pecuniary consideration in the second insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer. The consideration given to the insurer for the increased risk is included in the premium as determined by the policy and paid by the hypothecary debtor. The latter pays not only the premium for his insurance contract but also that payable under the hypothecary creditor's insurance contract, by

2582. L'assurance d'une chose dans laquelle l'assuré n'a aucun intérêt d'assurance est sans effet.

On notera en outre à cet égard que prétendre, comme le fait l'appelante, qu'il n'y a qu'un seul contrat et un assuré unique—en l'occurrence le débiteur hypothécaire—à la police d'assurance, aurait pour conséquence de rendre le paragraphe f) de la clause hypothécaire sans effet suite à la confusion des intérêts d'assurance dans la personne du créancier hypothécaire, puisque l'art. 2582 C.c.B.-C. est d'ordre public absolu (art. 2500, al. 1 C.c.B.-C.).

Il faut donc conclure sur ce point à la présence d'un objet distinct particulier à l'accord entre le créancier hypothécaire et l'assureur en vertu de la clause hypothécaire.

(ii) *Cause ou considération*

Dans un article qu'il a publié récemment (Simard, «La faute intentionnelle de l'assuré et la clause de garantie hypothécaire» (1987), 21 R.J.T. 335), le procureur de l'appelante rejette l'interprétation menant à la qualification de la police comme constatant deux contrats au motif qu'il y aurait absence de considération de la part du créancier hypothécaire en retour du droit à l'indemnité consenti par l'assureur. Ainsi, écrit-il (à la p. 364):

- (1) le créancier hypothécaire, en échange d'une éventuelle indemnité, *ne s'engage à rien*, vis-à-vis de l'assureur;
- (2) l'assureur, *en échange de rien*, s'engage à lui verser éventuellement une indemnité. [En italique dans l'original.]

Il conclut donc à l'inexistence du second contrat pour cause d'absence de considération.

Cet argument ne me semble pas fondé, puisqu'il existe bel et bien une contrepartie, pécuniaire, au second contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur. La contrepartie accordée à l'assureur pour le risque accru est en effet incluse dans la prime telle que fixée par la police et payée par le débiteur hypothécaire. Ce dernier acquitte non seulement la prime pour son contrat d'assurance mais également celle qui est exigible selon le contrat d'assurance du créancier hypothécaire, en

an imperfect delegation of payment. This delegation may be implicitly deduced from the clauses of the loan contract, according to which the hypothecary debtor undertakes to keep the immovable property insured, otherwise premiums paid by the hypothecary creditor will be payable by the debtor. The rules for imperfect delegation of payment are set out in arts. 1173 and 1174 C.C.L.C.:

1173. The delegation by which a debtor gives to his creditor a new debtor who obliges himself toward the creditor does not effect novation, unless it is evident that the creditor intends to discharge the debtor who makes the delegation.

1174. The simple indication by the debtor of a person who is to pay in his place, or the simple indication by the creditor of a person who is to receive in his place, or the transfer of a debt with or without the acceptance of the debtor, does not effect novation.

The hypothecary debtor thus pays all the premiums, covering both that applicable to his insurance interest, covered by his insurance contract, and that applicable to the hypothecary creditor's insurance interest, covered by the second insurance contract. The respective insurance interests of the hypothecary creditor and the hypothecary debtor, the sum of which is always equal to the total value of the insurance policy, vary in a manner inversely proportional to the rate of repayment by the hypothecary debtor of the capital loaned, and are finally entirely absorbed by that of the hypothecary debtor when the hypothecary loan is repaid in full.

Consideration thus exists for the separate insurance contract evidenced by the hypothecary clause.

(iii) *Consent Legally Given*

Having extracted the elements of a mandate from the terms of the insurance clause in the hypothecary loan contract, the hypothecary creditor could consent to this separate insurance contract through his debtor in the performance of his mandate. It is clearly stated in the hypothecary clause that this clause exists in the interests of the hypothecary creditor, not those of the debtor. The clause itself thus constitutes sufficient warning of the existence of the mandate so that the insurer

vertu d'une délégation imparfaite de paiement. Cette délégation peut se déduire implicitement des clauses du contrat de prêt, selon lesquelles le débiteur hypothécaire s'engage à maintenir l'immeuble assuré et, à défaut, que les primes payées par le créancier hypothécaire seront exigibles du débiteur. Les règles de la délégation imparfaite de paiement sont exprimées aux art. 1173 et 1174 C.C.B.-C.:

1173. La délégation par laquelle un débiteur donne à son créancier un nouveau débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, à moins qu'il ne soit évident que le créancier entend décharger le débiteur qui fait la délégation.

1174. La simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place, ou la simple indication par le créancier d'une personne qui doit recevoir à sa place, ou le transport d'une dette avec ou sans l'acceptation du débiteur, n'opère pas novation.

Le débiteur hypothécaire paie donc la totalité des primes, couvrant à la fois celle visant son intérêt d'assurance, couvert par son contrat d'assurance, et celle visant l'intérêt d'assurance du créancier hypothécaire, couvert par le second contrat d'assurance. Au rythme du remboursement par le débiteur hypothécaire du capital prêté, les intérêts d'assurance respectifs du créancier hypothécaire et du débiteur hypothécaire, dont la somme reste toujours égale à la valeur totale de la police d'assurance, varient d'une manière inversement proportionnelle pour finalement être entièrement absorbés par celui du débiteur hypothécaire lors du remboursement total du prêt hypothécaire.

Il existe donc une contrepartie au contrat d'assurance distinct constaté par la clause hypothécaire.

(iii) *Consentement donné légalement*

Ayant extrait les éléments d'un mandat des termes de la clause d'assurance du contrat de prêt hypothécaire, le créancier hypothécaire pouvait consentir à ce contrat distinct d'assurance par l'intermédiaire de son débiteur dans l'exécution de son mandat. Il est en effet clairement précisé à la clause hypothécaire que celle-ci vise les intérêts du créancier hypothécaire et non ceux du débiteur. En cela, la clause elle-même constitue une dénonciation suffisante de l'existence du mandat de

should reasonably have known that the hypothecary debtor was acting on behalf of his creditor. Consent was thus legally given by both parties to this second contract.

As the capacity of the parties is not at issue here, the Court must necessarily conclude that the wording of the hypothecary clause indicates the existence of a common intent to purchase a second insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer, a contract separate from the one purchased by the hypothecary debtor personally. The policy records these two contracts in a single document signed by the hypothecary debtor, acting both for himself and as mandatary for his hypothecary creditor.

C. Comparative Analysis

As mentioned earlier, the hypothecary clause originates from the insurance contracts developed in the State of New York in the second half of the 19th century. These clauses spread throughout North America, with the result that virtually identical clauses (apart from a few words) have been interpreted by courts in other jurisdictions. Without giving these interpretations the force of precedent, it is nonetheless worthwhile to examine the solutions adopted by the courts in those jurisdictions, in particular in France, in the U.S. and in the common law provinces of Canada, if only as an exercise in comparative law.

(i) France

As Picard and Besson observe (*Traité général des assurances terrestres en droit français*, vol. 2, *Assurances de dommages—Règles générales* (1940)), a hypothecary clause of the type at issue in the present appeal is not often used in France. They suggest, however, that its effect would be to give the hypothecary creditor increased protection (at pp. 471-73):

[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

manière à ce que l'assureur ait raisonnablement dû savoir que le débiteur hypothécaire agissait au nom de son créancier. Il y a donc eu consentement donné légalement par l'une et l'autre partie à ce second contrat.

Comme la capacité des parties n'est pas ici en cause, force nous est de conclure que le texte de la clause hypothécaire constate l'existence d'une intention commune de souscrire un second contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur, contrat distinct de celui souscrit par le débiteur hypothécaire personnellement. La police constate ces deux contrats en un seul document souscrit par le débiteur hypothécaire, agissant tant en son nom propre qu'à titre de mandataire de son créancier hypothécaire.

C. Analyse comparée

Tel que mentionné précédemment, la clause hypothécaire trouve son origine dans les contrats d'assurance élaborés dans l'état de New York au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle. Ces clauses se sont répandues dans toute l'Amérique du Nord, de sorte que des clauses virtuellement identiques (à quelques mots près) ont été interprétées par des tribunaux d'autres juridictions. Sans reconnaître à ces interprétations la force de précédents, il est tout de même intéressant d'examiner les solutions apportées par les tribunaux dans ces juridictions, nommément en France, aux États-Unis ainsi que dans les provinces de common law du Canada, ne serait-ce qu'à titre d'exercice de droit comparé.

(i) France

Comme le soulignent les auteurs Picard et Besson (*Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2, *Assurances de dommages—Règles générales* (1940)), la clause hypothécaire du genre de celle sous étude dans le présent pourvoi est d'usage peu fréquent en France. Ils avancent toutefois qu'elle aurait pour effet de procurer une protection accrue au créancier hypothécaire (aux pp. 471 à 473):

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

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.]

The specific problem of whether a hypothecary debtor's intentional fault can be invoked against the hypothecary creditor is not discussed by the authors. There also do not seem to have been any cases in which the courts have ruled on the validity of an interpretation finding that two separate insurance contracts exist in the same policy. French law therefore cannot assist us in this regard.

(ii) *United States*

The United States Supreme Court has had occasion to discuss the relationship between mortgagee and insurer in *Aetna Insurance Co. v. Kennedy*, 301 U.S. 389 (1937). Considering a clause, the wording of which was very similar to that at issue here, the Supreme Court adopted the interpretation that the mortgage clause created two separate contracts in the same policy (Butler J., for the court, at p. 395):

Kennedy [the mortgagee] was not merely a designated beneficiary to whom was payable, as specified, insurance obtained by the bank. The mortgagee clause created a contract of insurance between him and the company and effected separate insurance upon his interest. [Emphasis added.]

With a few rare exceptions, U.S. decisions have unanimously adopted the same approach to this question. Couch (*Couch on Insurance* (2nd ed. 1982), vol. 10A, § 42:728) summarizes these decisions as follows:

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.]

Le problème particulier de l'opposabilité au créancier hypothécaire de la faute intentionnelle de son débiteur hypothécaire n'est pas discuté par la doctrine. Il ne semble pas non plus y avoir de jurisprudence qui se soit prononcée sur la validité d'une interprétation concluant à la présence de deux contrats d'assurance distincts dans une même police. Le droit français ne peut donc nous éclairer à cet égard.

(ii) *États-Unis*

La Cour suprême des États-Unis a eu l'occasion de discuter de la relation entre créancier hypothécaire et assureur dans l'arrêt *Aetna Insurance Co. v. Kennedy*, 301 U.S. 389 (1937). Face à une clause dont le texte se rapproche de celle sous étude, la Cour suprême adopte l'interprétation selon laquelle la clause hypothécaire crée deux contrats distincts dans la même police (le juge Butler, au nom de la cour, à la p. 395):

[TRADUCTION] Kennedy [le créancier hypothécaire] n'était pas simplement un bénéficiaire désigné à qui devait être versée comme prévu l'assurance obtenue par la banque. La clause hypothécaire a créé un contrat d'assurance entre lui et la société et a créé une assurance distincte sur son intérêt. [Je souligne.]

À quelques rares exceptions près, la jurisprudence américaine se prononce d'ailleurs unanimement dans le même sens sur cette question. Couch (*Couch on Insurance* (2^e éd. 1982), vol. 10A, n° 42:728) résume ainsi cette jurisprudence:

42:728. Mortgagee and insurer: Concept of independent contract.

Under the standard or union mortgage clause, an independent or separate contract or undertaking exists between the mortgagee and the insurer, which contract is measured by the terms of the mortgage clause itself. There are accordingly in substance two contracts of insurance, the one with the mortgagee, and the other with the mortgagor. The mortgagee does not have the status of a beneficiary, and the effect is the same as though the mortgagee had procured a separate policy naming himself as the insured.

The consideration for the insurer's undertaking with respect to the mortgagee under the standard clause is the consideration for which the policy was itself issued to the mortgagor, and a standard mortgage clause creates a separate contract between the insurer and the mortgagee, and is enforceable by the mortgagee, even though it is merely engrafted onto the policy delivered to the mortgagor. [Emphasis added—footnotes omitted.]

(See also: 43 Am. Jur. 2d *Insurance* § 1045 (1982); Appleman, *Insurance Law and Practice* (1970), vol. 5A, § 3401; Dwyer and Barney, "Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy" (1984), 19 *Forum* 639, at p. 646; Comerford, "When Is Money Paid the Mortgagee Recoverable?—Is the Counterclaim Compulsory?" (1986), 22 *Tort & Ins. L.J.* 113, at p. 115.) It is interesting to note that the courts of Louisiana, a civil law jurisdiction, have arrived at an identical result: *Louisiana Civil Law Treatise*, vol. 15, *Insurance Law and Practice* (1986), § 332; *Federal National Mortgage Association v. Prudential Property and Casualty Insurance Co.*, 517 So.2d 201 (La. Ct. App. 1987).

(iii) *Canada (Common Law)*

This Court has examined this question on two occasions in appeals from common law provinces. First, in *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 S.C.R. 94, Davies J., writing for the majority, specifically stated that the question of the existence of a separate contractual relationship had not been decided (at p. 110):

[TRADUCTION] 42:728. Créancier hypothécaire et assureur: Concept d'un contrat indépendant.

En vertu de la clause hypothécaire dite «standard» ou «union», un contrat ou engagement indépendant ou séparé existe entre le créancier hypothécaire et l'assureur, lequel contrat est déterminé par les conditions de la clause hypothécaire elle-même. En substance, il y a donc deux contrats d'assurance, l'un avec le créancier hypothécaire et l'autre avec le débiteur hypothécaire. Le créancier hypothécaire n'a pas le titre de bénéficiaire et l'effet est le même que si le créancier hypothécaire avait pris une police séparée dans laquelle il se désignait comme l'assuré.

La contrepartie pour l'engagement des assureurs à l'égard du créancier hypothécaire aux termes de la clause standard est celle pour laquelle la police a elle-même été émise au débiteur hypothécaire, et une clause hypothécaire standard crée un contrat distinct entre l'assureur et le créancier hypothécaire, et est applicable par celui-ci, même s'il est simplement greffé à la police émise au débiteur hypothécaire. [Je souligne—notes en bas de page omises.]

(Au même effet: 43 Am. Jur. 2d *Insurance*, n° 1045 (1982); Appleman, *Insurance Law and Practice* (1970), vol. 5A, n° 3401; Dwyer et Barney, «Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of the New York Standard Fire Policy» (1984), 19 *Forum* 639, à la p. 646; Comerford, «When Is Money Paid the Mortgagee Recoverable?—Is the Counterclaim Compulsory?» (1986), 22 *Tort & Ins. L.J.* 113, à la p. 115.) Il est intéressant de noter que la jurisprudence de la Louisiane, une juridiction de droit civil, en arrive à un résultat identique: *Louisiana Civil Law Treatise*, vol. 15, *Insurance Law and Practice* (1986), n° 332; *Federal National Mortgage Association v. Prudential Property and Casualty Insurance Co.*, 517 So.2d 201 (La. Ct. App. 1987).

(iii) *Canada (common law)*

Notre Cour a abordé cette question à deux occasions dans le cadre de pourvois provenant de provinces de common law. D'abord dans l'arrêt *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Agricultural Savings and Loan Co.* (1903), 33 R.C.S. 94, le juge Davies, écrivant au nom de la majorité, déclare spécifiquement que la question de l'existence d'un lien contractuel distinct n'est pas décidée (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]. [Emphasis added.]

In that case, however, the Ontario Court of Appeal had clearly stated that a second contract existed between the mortgagee and the insurer:

... the policy of insurance contained what is known as the subrogation or mortgage clause—which is a contract by the company directly with the mortgagees, and in terms expressly renounces the right of the company to set up, as a defence against the mortgagees, any act or neglect on the part of the mortgagor. [Emphasis added.]

((1901), 3 O.L.R. 127, at p. 141, *per* Osler J.A.)

The question did not come before this Court again until more than seventy years later, in *London and Midland General Insurance Co. v. Bonser*, [1973] S.C.R. 10. In that case, where the mortgage clause at issue greatly resembled the one under consideration here, Ritchie J. undertook an analysis of the cases which had concluded that there was a separate contractual relationship, referring with approval *inter alia* to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Liverpool and London and Globe Insurance Co., supra*, *Hastings v. Westchester Fire Ins. Co.*, 73 N.Y. 141 (1878), and *London Loan and Savings Co. of Canada v. Union Insurance Co. of Canton Ltd.* (1925), 56 O.L.R. 590, *aff'd* (1925), 57 O.L.R. 651. Ritchie J. also cited the passage reproduced above from Couch, *op. cit.* The reasons of Ritchie J. seem to indicate that he viewed this position as correct.

Shortly after this decision, many Canadian appellate courts unequivocally adopted the interpretation recognizing that two contracts exist in the same policy where there is a mortgage clause. Thus, the Appeal Division of the Nova Scotia

[TRANSDUCTION] J'ai déjà déclaré que, dans cet appel, il n'était pas nécessaire de déterminer, et nous ne cherchons pas à déterminer, si la clause hypothécaire que renferme cette police donne aux créanciers hypothécaires un droit et un intérêt bénéficiaire, ou constitue, entre les créanciers hypothécaires et la compagnie d'assurance, un contrat direct, propres à permettre aux créanciers hypothécaires de poursuivre en leur propre nom seulement et sans tenir compte [du débiteur hypothécaire]. [Je souligne.]

La Cour d'appel de l'Ontario avait dans cette affaire au contraire affirmé clairement l'existence d'un second contrat entre le créancier hypothécaire et l'assureur:

[TRANSDUCTION] ... la police renfermait ce que l'on appelle une clause de subrogation ou de garantie hypothécaire—qui constitue un contrat directement entre la compagnie et les créanciers hypothécaires et par lequel, en termes explicites, la compagnie renonce au droit d'invoquer, comme moyen de défense contre les créanciers hypothécaires, tout acte ou négligence de la part du débiteur hypothécaire. [Je souligne.]

((1901), 3 O.L.R. 127, à la p. 141, le juge Osler.)

La question ne se représenta devant notre Cour que plus de soixante-dix ans plus tard, dans le cadre de l'arrêt *London and Midland General Insurance Co. c. Bonser*, [1973] R.C.S. 10. Dans cette affaire, où la clause hypothécaire en question ressemblait grandement à celle présentement sous étude, le juge Ritchie procède à une analyse de la jurisprudence ayant conclu à la présence d'un lien contractuel distinct, référant entre autres, avec approbation, à la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Liverpool and London and Globe Insurance Co.*, précité, ainsi qu'aux arrêts *Hastings v. Westchester Fire Ins. Co.*, 73 N.Y. 141 (1878), et *London Loan and Savings Co. of Canada v. Union Insurance Co. of Canton Ltd.* (1925), 56 O.L.R. 590, *conf. par* (1925), 57 O.L.R. 651. Le juge Ritchie cite de plus le passage reproduit plus haut de Couch, *op. cit.* Il paraît découler des motifs du juge Ritchie qu'il considère cette position comme bien fondée.

Dans la foulée de cet arrêt, de nombreuses cours d'appel canadiennes ont adopté sans équivoque l'interprétation reconnaissant l'existence de deux contrats dans la même police en présence d'une clause hypothécaire. Ainsi, la Division d'appel de

Supreme Court wrote in *Royal Insurance Co. of Canada v. Trans Canada Credit Corp.* (1983), 1 C.C.L.I. 300, at p. 305 (Jones J.A. for the court):

It is now clear from the decision of the Supreme Court of Canada in *Bonser v. London & Midland Gen. Ins. Co.*, supra, that the standard mortgage clause constitutes a separate agreement between the insurer and the mortgagee. [Emphasis added.]

Similarly, the Manitoba Court of Appeal adopted this interpretation in *Royal Bank of Canada v. Red River Valley Mutual Insurance Co.*, [1986] 5 W.W.R. 236, at pp. 244-45, per Twaddle J.A. for the court. Finally, a very recent decision of the Alberta Court of Appeal, *National Bank of Canada v. Co-Operators General Insurance Co.* (1988), 90 A.R. 295, explains the formation of the second contract by the existence of a contract of agency between the mortgagee and the mortgagor. Discussing the same mortgage clause as the one in question here, Laycraft C.J. wrote for the court (at p. 302):

In my opinion, this mortgage clause contains the terms of a separate, independent contract of insurance between mortgagee and insurer engrafted on to the policy delivered to the mortgagor. It incorporates other terms of the policy (as, for example, the property description or amount of coverage) to the extent they are applicable.

The agency of the borrower to effect the insurance on behalf of the lender seems to me to be necessarily implicit in the borrower's covenant to insure universally seen in debentures and mortgages. All parties to the transaction, including the insurer who is eventually approached, know that the borrower must obtain a mortgage clause in favour of the lender if it is to proceed. That seems to me to be virtually a definition of the role of the borrower as an agent for that limited purpose. His role is so obvious to insurers that the industry has a "standard mortgage clause" ready to meet the request. [Emphasis added.]

This then is how the law appears to be settled in the Canadian common law provinces.

la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse écrit dans l'arrêt *Royal Insurance Co. of Canada v. Trans Canada Credit Corp.* (1983), 1 C.C.L.I. 300, à la p. 305 (le juge Jones au nom de la cour):

^a [TRADUCTION] Il ressort maintenant clairement de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Bonser v. London & Midland Gen. Ins. Co.*, précité, que la clause hypothécaire standard constitue une entente distincte entre l'assureur et le créancier hypothécaire. [Je souligne.]

La Cour d'appel du Manitoba, de même, fait sienne cette interprétation dans l'arrêt *Royal Bank of Canada v. Red River Valley Mutual Insurance Co.*, [1986] 5 W.W.R. 236, aux pp. 244 et 245, par le juge Twaddle au nom de la cour. Finalement, une décision très récente de la Cour d'appel de l'Alberta, *National Bank of Canada v. Co-Operators General Insurance Co.* (1988), 90 A.R. 295, explique la formation du second contrat par la présence d'un contrat de mandat entre créancier et débiteur hypothécaires. Face à la même clause hypothécaire que celle ici en cause, le juge en chef Laycraft écrit au nom de la cour (à la p. 302):

^f [TRADUCTION] À mon avis, cette clause hypothécaire contient les termes d'un contrat d'assurance indépendant distinct entre le créancier hypothécaire et l'assureur greffé à la police émise au débiteur hypothécaire. Elle incorpore les autres termes de la police (par exemple, la description du bien ou le montant de la protection) dans la mesure où ils s'appliquent.

^g

^h Le mandat de l'emprunteur d'appliquer l'assurance pour le compte du prêteur me semble découler implicitement de l'engagement de l'emprunteur de souscrire une assurance universelle qu'on trouve dans les débetures et les hypothèques. Toutes les parties à l'opération, y compris l'assureur qui sera finalement contacté, savent que l'emprunteur doit obtenir une clause hypothécaire en faveur du prêteur pour que le contrat soit conclu. Cela me semble virtuellement une définition du rôle de l'emprunteur à titre de mandataire pour cette fin précise. Son rôle est tellement évident pour les assureurs que l'industrie a prévu une «clause hypothécaire standard» pour satisfaire à cette exigence. [Je souligne.]

^j Le droit apparaît donc fixé en ce sens dans les provinces de common law du Canada.

This brief foray into comparative law enables us to see that the interpretation of the hypothecary clause to which we are led by the principles of civil law in Quebec is consistent with the results arrived at by courts in other jurisdictions dealing with similar contractual clauses.

In view of this second separate insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer, under the terms of the hypothecary clause contained in the insurance policy purchased by the hypothecary debtor, we must now consider whether such a contract is in keeping with the public order provisions of the *Civil Code of Lower Canada*.

3. *Whether the Hypothecary Clause is Consistent with the Civil Code of Lower Canada*

According to the wording of the hypothecary clause under consideration, the insurer undertakes not to invoke against the hypothecary creditor any "act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the ... owner". In the present case the act of the owner which the insurer wishes to invoke against the hypothecary creditor is an intentional fault by the latter. The appellant argues that legally, the hypothecary clause cannot make it impossible to invoke the debtor-owner's intentional fault against the hypothecary creditor, in view of the second paragraph of art. 2563 *C.C.L.C.*, which is declared to be of public order both by its own wording and by the first paragraph of art. 2500 *C.C.L.C.*:

2563. The exclusion of the prejudice caused by a fortuitous event or the fault of the insured is not valid unless it is expressly and restrictively set out in a stipulation in the contract.

However, the insurer is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for prejudice arising from the insured's intentional fault.

2500. Any stipulation which derogates from the prescriptions of articles 2474, 2478 to 2484, 2486, 2490 to 2492, 2494 to 2506, 2508, 2510 to 2515, 2518, 2529, 2530, the second paragraph of article 2533, articles 2536, 2538, 2539, 2541, 2546 to 2549, 2557, 2559, 2560, 2561, 2562, the second paragraph of article 2563, article 2564, the third paragraph of article 2566, articles 2574, 2577 to 2582, 2585, the first two paragraphs of

Cette brève incursion en droit comparé nous permet de constater que l'interprétation de la clause hypothécaire à laquelle nous mènent les principes de droit civil au Québec s'harmonise avec les résultats auxquels en sont arrivés les tribunaux d'autres juridictions quant à des clauses contractuelles similaires.

Face à ce second contrat d'assurance distinct entre le créancier hypothécaire et l'assureur, aux termes de la clause hypothécaire contenue à la police d'assurance souscrite par le débiteur hypothécaire, il nous faut maintenant examiner la compatibilité d'un tel contrat avec les dispositions d'ordre public du *Code civil du Bas-Canada*.

3. *Conformité de la clause hypothécaire au Code civil du Bas-Canada*

Selon le texte de la clause hypothécaire sous étude, l'assureur s'engage à ne pas opposer au créancier hypothécaire «les actes, négligences ou déclarations des propriétaires». En l'espèce, l'acte du propriétaire, que l'assureur désire opposer au créancier hypothécaire, consiste en une faute intentionnelle de ce dernier. L'appelante soutient que la clause hypothécaire ne peut rendre légalement inopposable au créancier hypothécaire la faute intentionnelle du débiteur-propriétaire, en raison de l'effet du second alinéa de l'art. 2563 *C.c.B.-C.*, déclaré d'ordre public à la fois par son propre libellé et par le premier alinéa de l'art. 2500 *C.c.B.-C.*:

2563. L'exclusion du préjudice occasionné par cas fortuit ou par la faute de l'assuré n'est valable que si elle fait l'objet d'une stipulation expressément et limitativement énoncée au contrat.

Toutefois, l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré.

2500. Est sans effet toute stipulation qui déroge aux prescriptions des articles 2474, 2478 à 2484, 2486, 2490 à 2492, 2494 à 2506, 2508, 2510 à 2515, 2518, 2529, 2530, du deuxième alinéa de l'article 2533, des articles 2536, 2538, 2539, 2541, 2546 à 2549, 2557, 2559, 2560, 2561, 2562, du deuxième alinéa de l'article 2563, de l'article 2564, du troisième alinéa de l'article 2566, des articles 2574, 2577 à 2582, 2585, des deux premiers

article 2586, articles 2587, 2598, 2599 and 2601 to 2605 is without effect. [Emphasis added.]

alinéas de l'article 2586, des articles 2587, 2598, 2599 et 2601 à 2605. [Je souligne.]

The appellant argues that, despite the existence of the hypothecary clause, the hypothecary debtor is still the "insured" within the meaning of art. 2563 C.C.L.C.

L'appelante maintient en effet que le débiteur hypothécaire reste «l'assuré» au sens de l'art. 2563 C.c.B.-C., malgré la présence de la clause hypothécaire.

As the appellant relies in large measure on French decisions in support of its argument that the hypothecary debtor's intentional fault can be invoked against the hypothecary creditor, I shall briefly examine their relevance in interpreting art. 2563 C.C.L.C., before going on to analyze the effect of this provision.

Comme l'appelante se fonde dans une large mesure sur la jurisprudence française afin d'étayer son argumentation d'opposabilité au créancier hypothécaire de la faute intentionnelle de son débiteur, j'examinerai brièvement la pertinence de cette dernière pour l'interprétation de l'art. 2563 C.c.B.-C. avant de passer à l'analyse de l'effet de cette disposition.

A. French Legislation

A. La loi française

From the evident similarity between art. 2563 C.C.L.C. and art. 12 of the *Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance*, J.O., July 18, 1930 (hereinafter referred to as the "*Law of July 13, 1930*"; article 12 later became art. 113-1 of the *Code des assurances*), the appellant deduces a clear intent on the part of the legislature to import into Quebec civil law the law on this point as it stood in France at that time.

De la parenté évidente entre l'art. 2563 C.c.B.-C. et l'art. 12 de la *Loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance*, J.O., 18 juillet 1930 (ci-après la "*Loi du 13 juillet 1930*"; l'article 12 est devenu par la suite l'art. 113-1 du *Code des assurances*), l'appelante déduit une intention claire de la part du législateur d'importer en droit civil québécois le droit tel qu'il était alors en France en ce qui concerne cette question.

As the Superior Court and the Court of Appeal observed, the relationship between these two pieces of legislation seems quite clear. To emphasize this similarity, I reproduce below art. 12 of the *Law of July 13, 1930*, as it read in 1974, and art. 2563 C.C.L.C.:

Comme le soulignent et la Cour supérieure et la Cour d'appel, la parenté entre ces deux textes législatifs paraît manifeste. Je reproduis en parallèle ci-dessous, afin de souligner cette parenté, l'art. 12 de la *Loi du 13 juillet 1930* tel qu'il se lisait en 1974, ainsi que l'art. 2563 C.c.B.-C.:

Law of July 13, 1930

C.C.L.C.

Loi du 13 juillet 1930

C.c.B.-C.

[TRANSLATION] **Art. 12.** The insurer is liable for loss and damage caused by a fortuitous event or the fault of the insured unless there is a formal and limited exclusion in the policy.

2563. The exclusion of the prejudice caused by a fortuitous event or the fault of the insured is not valid unless it is expressly and restrictively set out in a stipulation in the contract.

Art. 12. Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police.

2563. L'exclusion du préjudice occasionné par cas fortuit ou par la faute de l'assuré n'est valable que si elle fait l'objet d'une stipulation expressément et limitativement énoncée au contrat.

However, the insurer is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for loss and damage arising from the insured's intentional or fraudulent fault.

However, the insurer is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for prejudice arising from the insured's intentional fault.

Toutefois, l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.

Toutefois, l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré.

The origin of art. 2563 *C.C.L.C.* is confirmed by a statement by the Minister responsible for this legislation when it was tabled in the National Assembly (*Journal des débats*, November 19, 1974, vol. 15, No. 82, at p. 2873), and in the *Faribault Report*, "Commentaires sur le projet de loi sur le contrat d'assurance", article 40. These two sources are mentioned solely as indications of the origin of art. 2563 *C.C.L.C.*, not with a view to determining the legislature's intent in adopting this provision: *Commerce & Industry Insurance Co. v. West End Investment Co.*, [1977] 2 S.C.R. 1036, at p. 1043, *per* Pigeon J. for the majority, and at p. 1051, *per* de Grandpré J.

In considering legislation borrowed almost word for word from a provision of a foreign statute, it has to be assumed that the legislature knew of the foreign law so adopted. (Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 441):

When the enactment is inspired by foreign legislation, the courts can assume that in most cases Parliament was aware of the interpretation given by foreign courts. It is therefore generally accepted that the courts may consider judicial interpretations of the text on which the statute was modelled. This approach, however, has its inherent risks. It cannot be applied blindly, because a change in wording, a different context or a simultaneous change in wording and context may render that case law totally inapplicable. [Emphasis added.]

In the present case, as I noted at the outset, there are striking differences between the context in which art. 2563 *C.C.L.C.* is to be interpreted and the background to interpreting art. 12 of the *Law of July 13, 1930*, including the absence of similar hypothecary clauses in France. Professor Côté's caution is worth noting here. With this in mind I will discuss French cases and authors and their relevance in interpreting art. 2563 *C.C.L.C.*

L'origine de l'art. 2563 *C.c.B.-C.* est en fait confirmée par une déclaration du ministre responsable de cette loi lors de sa présentation à l'Assemblée nationale (*Journal des débats*, 19 novembre 1974, vol. 15, n° 82, à la p. 2873), ainsi que dans le *Rapport Faribault*, «Commentaires sur le projet de loi sur le contrat d'assurance», article 40. Ces deux sources sont citées uniquement à titre d'indices de l'origine de l'art. 2563 *C.c.B.-C.* et non dans le but de déceler l'intention du législateur en adoptant cette disposition: *Commerce & Industry Insurance Co. c. West End Investment Co.*, [1977] 2 R.C.S. 1036, à la p. 1043, par le juge Pigeon au nom de la majorité, et à la p. 1051, par le juge de Grandpré.

Face à ce texte législatif emprunté presque textuellement à une disposition d'une loi étrangère, il faut présumer que le législateur avait connaissance du droit étranger ainsi adopté (Côté, *Interprétation des lois* (1982), à la p. 488):

Lorsque l'auteur d'un texte a puisé son inspiration dans une législation étrangère, on pourra la plupart du temps supposer qu'il était alors au courant du sens que les tribunaux étrangers avaient donné au texte sur lequel il a pris modèle. C'est donc un principe largement admis que, dans l'interprétation d'un texte législatif, on peut prendre en considération l'interprétation donnée au texte qui a pu servir de modèle au législateur. Cependant, une telle méthode présente de nombreux dangers: elle ne peut être suivie aveuglément, car un changement dans la formulation, un changement dans le contexte ou encore une variation et de formulation et de contexte peuvent rendre cette jurisprudence inapplicable à la nouvelle loi. [Je souligne.]

En l'espèce, tel que je l'ai souligné au départ, le contexte dans lequel doit être interprété l'art. 2563 *C.c.B.-C.* comporte des différences marquées avec le contexte d'interprétation de l'art. 12 de la *Loi du 13 juillet 1930*, entre autres l'absence de clauses hypothécaires similaires en France. La prudence recommandée par le professeur Côté trouve ici toute sa mesure. J'entends tout de même discuter de la jurisprudence et de la doctrine françaises et de leur pertinence dans l'interprétation de l'art. 2563 *C.c.B.-C.*

B. Basis of Art. 2563 C.C.L.C.

The absolute prohibition on indemnifying prejudice arising from the insured's intentional fault is based on considerations of two different types: first, public morality, and second, the very nature of an insurance contract.

Good morals are the basis of the prohibition codified in art. 2563 C.C.L.C., in the sense that the article expresses the legislature's condemnation of a contract that would allow an individual to benefit from his intentional fault:

[TRANSLATION] In the great majority of cases it would be entirely immoral to argue that the insurer should bear the consequences of his intentional act. This would mean allowing the most anti-social acts to be committed and their civil pecuniary consequences avoided.

(*Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, vol. I, 2nd ed., "Assurances terrestres", by Durry, No. 116.)

More generally, this prohibition coincides with and clarifies that of art. 13 C.C.L.C.:

13. No one can by private agreement, validly contravene the laws of public order and good morals.

This justification is common to art. 2563 C.C.L.C. and art. 12 of the *Law of July 13, 1930*.

The second justification for art. 2563 C.C.L.C. lies in the concept of insurability, intrinsically associated with that of unforeseeability. As a French writer puts it, [TRANSLATION] "The uncertainty of the insured event—the risk—determines its insurability": Bigot, "Assurances de responsabilité: les limites du risque assurable" (1978), 49 *Rev. gén. ass. terr.* 169. For the insured himself, the damage resulting from his own intentional fault is not in any way unpredictable, as the result is the desired consequence of his action, and therefore he cannot be indemnified for it. As Professor Lambert-Faivre puts it (*Droit des assurances* (6th ed. 1988), at p. 196, No. 168):

[TRANSLATION] Insurance is a technique for guaranteeing against risk for which statistics make it possible

B. Le fondement de l'art. 2563 C.c.B.-C.

L'interdiction absolue d'indemniser le préjudice résultant de la faute intentionnelle de l'assuré repose sur des considérations de deux ordres distincts, soit d'une part la moralité publique, et d'autre part la nature même du contrat d'assurance.

Les bonnes mœurs sont à la source de l'interdiction codifiée à l'art. 2563 C.c.B.-C., en ce sens que cet article exprime la réprobation du législateur à l'endroit d'un contrat qui permettrait à un individu de profiter de sa faute intentionnelle:

Dans l'immense majorité des cas, il serait profondément immoral de prétendre faire prendre en charge par l'assureur les conséquences de son acte intentionnel. Cela équivaudrait à permettre d'accomplir les actes les plus antisociaux, tout en échappant à leurs conséquences pécuniaires civiles.

(*Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, t. I, 2^e éd., «Assurances terrestres», par Durry, n^o 116.)

Plus généralement, cette interdiction recoupe et précise donc celle de l'art. 13 C.c.B.-C.:

13. On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Cette justification est commune à l'art. 2563 C.c.B.-C. et à l'art. 12 de la *Loi du 13 juillet 1930*.

La seconde justification de l'art. 2563 C.c.B.-C. réside dans la notion d'assurabilité, intrinsèquement liée à celle d'imprévisibilité. En effet, comme le formule un auteur français, «L'incertitude de l'événement assuré—le risque—conditionne son assurabilité»: Bigot, «Assurances de responsabilité: les limites du risque assurable» (1978), 49 *Rev. gén. ass. terr.* 169. Pour l'assuré lui-même, le dommage résultant de sa propre faute intentionnelle ne participe aucunement de l'imprévisible, le résultat étant l'effet désiré de son geste, et il ne peut donc en être indemnisé. Selon le professeur Lambert-Faivre (*Droit des assurances* (6^e éd. 1988), à la p. 196, n^o 168):

L'assurance est en effet une technique de garantie du hasard dont les statistiques permettent d'établir les lois

to formulate mathematical laws: introducing a guarantee for an intentional act in the operation of insurance would thus fundamentally undermine its premises; the insurance technique requires that the risk insured be an uncertain event, the occurrence of which does not depend on the wishes of the insured or the beneficiary of the contract. If the insured or the beneficiary intentionally causes the event risked to occur, therefore, this is outside the scope of the contract: it is a "legal exclusion of the risk" which applies to damage insurance as well as to insurance of persons, the State itself undertaking to compensate certain victims of offences. [Emphasis added—italics in original—footnotes omitted.]

(See also Picard and Besson, *Les assurances terrestres* (5th ed. 1982), vol. I, at p. 109, No. 66; Agen, December 8, 1964, *Parfait v. Assurances générales et Nationale incendie* (1965), 36 *Rev. gén. ass. terr.* 333.)

Having said that, is the contract concluded between the hypothecary creditor and the insurer, under which the hypothecary debtor's intentional fault cannot be invoked against the creditor, contrary to art. 2563 *C.C.L.C.*, in light of its purpose as explained above?

C. Legality of the Hypothecary Clause

In the second insurance contract contained in the policy, the hypothecary creditor and not the debtor is the insured. Accordingly, the hypothecary creditor is not benefiting from his intentional fault when he claims to be entitled to the insurance indemnity as a result of the fire caused by the intentional fault of his debtor. In such circumstances, the insured (the hypothecary creditor) has not committed any fault, intentional or otherwise. Neither does the hypothecary debtor benefit from his intentional fault, since the payment of the indemnity by the insurer does not result in his release, but simply a substitution of debtor (sub-clause (b) of the hypothecary clause). Thus, moral considerations discussed above do not stand in the way of indemnifying the hypothecary creditor.

Similarly, once his mandate is completed by the purchase of a separate insurance contract, the hypothecary debtor becomes, as to his creditor, a third party for whose actions the latter is not responsible. As far as the hypothecary creditor is

mathématiques; introduire la garantie du fait intentionnel dans l'opération d'assurance en fausserait donc radicalement les prémisses: la technique de l'assurance exige que le risque assuré soit un événement aléatoire, dont la réalisation ne dépend pas de la volonté de l'assuré ou du bénéficiaire du contrat. La réalisation volontaire du risque par l'assuré ou le bénéficiaire demeure donc hors du champ contractuel: c'est une «*exclusion légale de risque*», qui s'applique aussi bien dans les assurances de dommages que dans les assurances de personnes, l'État assumant lui-même l'indemnisation de certaines victimes d'infraction. [Je souligne—en italique dans l'original—notes en bas de page omises.]

(Voir aussi: Picard et Besson, *Les assurances terrestres* (5^e éd. 1982), t. I, à la p. 109, n^o 66; Agen, 8 décembre 1964, *Parfait c. Assurances générales et Nationale incendie* (1965), 36 *Rev. gén. ass. terr.* 333.)

Ceci dit, le contrat intervenu entre le créancier hypothécaire et l'assureur, selon lequel la faute intentionnelle du débiteur hypothécaire est inopposable au créancier, va-t-il à l'encontre de l'art. 2563 *C.c.B.-C.*, compte tenu de sa raison d'être telle qu'explicitée ci-dessus?

C. Légalité de la clause hypothécaire

Dans le second contrat d'assurance constaté par la police, le créancier hypothécaire, et non le débiteur, est l'assuré. Ainsi, le créancier hypothécaire ne bénéficie pas de sa faute intentionnelle lorsqu'il réclame le droit à l'indemnité d'assurance suite à l'incendie provoqué par la faute intentionnelle de son débiteur. Dans un tel contexte, l'assuré (le créancier hypothécaire) n'a en fait commis aucune faute, intentionnelle ou non. Par ailleurs, le débiteur hypothécaire ne profite pas non plus de sa faute intentionnelle puisque le paiement par l'assureur de l'indemnité n'entraîne pas sa libération mais simplement une substitution de débiteur (paragraphe (b) de la clause hypothécaire). Les considérations d'ordre moral discutées ci-dessus ne font donc pas obstacle à l'indemnisation du créancier hypothécaire.

De même, une fois complété son mandat par la souscription d'un contrat d'assurance distinct, le débiteur hypothécaire devient, pour son créancier, un tiers dont il ne répond pas des gestes. Pour le créancier hypothécaire, les gestes du débiteur sont

concerned, the debtor's actions can be likened to fortuitous events, in that they are external, unforeseeable and unavoidable (art. 17(24) *C.C.L.C.*). As such, even intentional fault by the hypothecary debtor is an uncertain event so far as the insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer is concerned. It is therefore an insurable risk.

French law, while it does not have the custom of a hypothecary clause, certainly allows the act of a third party to be insured, even if that act may be characterized as intentional fault within the meaning of art. 12 of the *Law of July 13, 1930*. Such insurance is allowed even when the insured and the third person are connected, as in the case of a hypothecary creditor and debtor. Picard and Besson describe the legitimacy of such an insurance contract as [TRANSLATION] "beyond question" in French law (*Traité général des assurances terrestres en droit français*, vol. 2, op. cit., p. 470, No. 206):

[TRANSLATION] The simplest and most direct procedure is the purchase by the hypothecary creditor of his own insurance at his own expense with provision in the hypothecary loan deed for repayment of the premiums by the debtor.

[Such insurance] can even secure the creditor against a loss intentionally caused by the debtor, as the latter's fraudulent act, which he cannot insure, is a risk for the creditor and for third parties in general. [Emphasis added—footnotes omitted.]

The decisions of the Quebec Court of Appeal are overwhelmingly of the same view; thus, in *Madill v. Lirette*, *supra*, Vallerand J.A. wrote (at p. 1006):

[TRANSLATION] I do not think anyone will dispute that the hypothecary creditor may, by a separate policy, insure his debt and insure it against any intentional fault, whether by the owner or a third party. No one will argue either that in such a case it is not possible to invoke against someone who is unquestionably an insured, but not the person who committed the intentional fault, such intentional fault committed by another insured covered by another policy. This means that regardless of the prohibition of public order in art. 2563 the hypothecary creditor can legitimately shield his interest from the owner's intentional fault and thus, by a circuitous manoeuvre, defeat a provision of public order.

en effet assimilables à des cas fortuits, en ce qu'ils sont extérieurs, imprévisibles et inévitables (par. 17(24) *C.c.B.-C.*). À ce titre, la faute du débiteur hypothécaire, même intentionnelle, constitue un aléa par rapport au contrat d'assurance entre le créancier hypothécaire et l'assureur. Il s'agit donc d'un risque assurable.

Le droit français, s'il ne connaît pas l'usage de la clause hypothécaire, permet certes l'assurance du fait d'un tiers, même si ce fait peut être qualifié de faute intentionnelle au sens de l'art. 12 de la *Loi du 13 juillet 1930*. Cette assurance est permise lors même que l'assuré et le tiers sont liés, tels le créancier et le débiteur hypothécaires. Picard et Besson qualifient la licéité d'un tel contrat d'assurance comme «incontestable» en droit français (*Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. 2, op. cit., p. 470, n° 206):

Le procédé le plus simple et le plus énergique consiste dans la souscription par le créancier hypothécaire d'une assurance propre dont il fera les frais, sauf à stipuler le remboursement des primes par le débiteur dans l'acte de prêt hypothécaire.

[Cette assurance] peut même garantir le créancier contre le sinistre provoqué volontairement par le débiteur, car le fait dolosif de ce dernier, non assurable par lui, constitue un risque pour le créancier et pour les tiers en général. [Je souligne—notes en bas de page omises.]

La jurisprudence de la Cour d'appel du Québec abonde d'ailleurs dans le même sens; ainsi dans l'arrêt *Madill c. Lirette*, précité, le juge Vallerand écrit (à la p. 1006):

Nul ne contestera, je pense, que le créancier hypothécaire puisse, par une police distincte, assurer sa créance et l'assurer contre toute faute intentionnelle fût-elle celle du propriétaire ou d'un tiers. Nul ne soutiendra non plus qu'en pareil cas on ne puisse opposer à celui qui est incontestablement un assuré mais non pas celui qui a commis la faute intentionnelle, cette même faute intentionnelle d'un autre assuré couvert par une autre police. C'est donc dire que, nonobstant l'interdit d'ordre public de l'article 2563, le créancier hypothécaire peut légitimement mettre son intérêt à l'abri de la faute intentionnelle du propriétaire et ainsi par ce qui serait une pirouette faire échec à une disposition d'ordre public.

That being the case, the outcome can hardly be different depending on whether he is insured in the same policy or in a separate policy. There is absolutely no authority for such a conclusion apart from a finicky interpretation and application of art. 2563. [Emphasis added.]

I agree. 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 French decisions submitted by the appellant, to the effect that the non-insurance resulting from intentional fault by the insured applies [TRANSLATION] "to all parties" (*Parfait v. Assurance générale et Nationale incendie, supra*, at p. 334; Cass. civ., February 28, 1939, *La Confiance v. Le Phénix* (1939), 10 *Rev. gén. ass. terr.* 469; Cass. civ., December 4, 1946, *Consorts Poudenx v. Cie d'assurance La France*, D.1947.25), concern only the rights of hypothecary creditors under art. 37 of the *Law of July 13, 1930*. I reproduce the first paragraph of that article and the first paragraph of art. 2586 C.C.L.C., based on the former:

Law of July 13, 1930

[TRANSLATION] **Art. 37.** The indemnities owed as a consequence of insurance against fire, hail, animal mortality or other risks shall be apportioned to preferred or hypothecary creditors, according to their rank, without any express delegation being required.

Under art. 37 of the *Law of July 13, 1930*, hypothecary and preferred creditors are legally subrogated in the rights of the insured (the hypothecary debtor), and it seems clear that, as in Quebec under art. 2586 C.C.L.C., the intentional fault of the insured may be invoked against all hypothecary creditors (Sicot and Margeat, *Précis de la loi sur le contrat d'assurance* (4th ed. 1962), at p. 222, No. 372; Sumien, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres des opérations*

C.C.L.C.

2586. The indemnities exigible are apportioned among the creditors having hypothecs or privileges on the property damaged, according to their rank and without express delegation, upon mere notice and proof by them.

Cela étant, j'aurais peine à croire qu'il connaisse un sort différent selon qu'il s'est assuré dans la même police ou dans une police distincte. Rien mais rien du tout, sinon une interprétation et une application tatillonnes de l'article 2563, ne l'autoriserait. [Je souligne.]

Je suis d'accord. 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.

La jurisprudence française soumise par l'appelante, à l'effet que la non-assurance qui résulte de la faute intentionnelle de l'assuré vaut «à l'égard de tous» (*Parfait c. Assurance générale et Nationale incendie*, précité, à la p. 334; Cass. civ., 28 février 1939, *La Confiance c. Le Phénix* (1939), 10 *Rev. gén. ass. terr.* 469; Cass. civ., 4 décembre 1946, *Consorts Poudenx c. Cie d'assurance La France*, D.1947.25) ne vise que les droits des créanciers hypothécaires en vertu de l'art. 37 de la *Loi du 13 juillet 1930*. Je reproduis ici en parallèle le premier alinéa de cet article ainsi que le premier alinéa de l'art. 2586 C.c.B.-C., inspiré du précédent:

Loi du 13 juillet 1930

Art. 37. Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang.

En vertu de l'art. 37 de la *Loi du 13 juillet 1930*, les créanciers hypothécaires et privilégiés sont légalement subrogés dans les droits de l'assuré (le débiteur hypothécaire), et il apparaît clair que, tout comme au Québec sous l'art. 2586 C.c.B.-C., la faute intentionnelle de l'assuré pourra être opposée à tous les créanciers hypothécaires (Sicot et Margeat, *Précis de la loi sur le contrat d'assurance* (4^e éd. 1962), à la p. 222, n° 372; Sumien, *Traité théorique et pratique des assurances ter-*

C.c.B.-C.

2586. Les indemnités exigibles sont attribuées aux créanciers ayant des privilèges ou des hypothèques sur la chose endommagée, suivant leur rang et sans délégation expresse, moyennant simple dénonciation et justification de leur part.

de capitalisation, d'épargne et de crédit différé (7th ed. 1957), at p. 111, No. 197; *Consorts Poudenx v. Cie d'assurance La France*, *supra*, at p. 25). These decisions are of no relevance to the scope of the rights of hypothecary creditors conferred by a hypothecary clause of the type at issue here. Accordingly, they are of no assistance to the Court in examining the question now before it.

When dealing with a hypothecary clause evidencing a separate insurance contract with the insurer, as is the case here, fault by the hypothecary debtor must be treated as fault by a third party within the meaning of art. 2563 *C.C.L.C.*, since the creditor and not the debtor is the insured. Consequently, the clause stating that the hypothecary debtor's intentional fault cannot be set up against the hypothecary creditor in no way contravenes that provision.

Conclusion

In conclusion, the insurance clause in the hypothecary loan contract contains all the elements of a contract of mandate, under which the hypothecary debtor has undertaken to keep the property subject to the hypothec insured. In accordance with that mandate, the hypothecary debtor took out an insurance policy containing a hypothecary clause, which sets out a separate insurance contract between the hypothecary creditor and the insurer. Since the hypothecary creditor and not the debtor is the insured under this separate second contract, indemnification of the hypothecary creditor for the loss caused by its debtor's intentional fault is not contrary to the prohibition of public order contained in art. 2563 *C.C.L.C.*

Accordingly, for all these reasons, I am of the view that the appeal should be dismissed, the whole with costs throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Joli-Cœur Lacasse Simard Normand & Associés, Ste-Foy.

Solicitor for the respondent: Louis Gagné, Nicolet.

restres des opérations de capitalisation, d'épargne et de crédit différé (7^e éd. 1957), à la p. 111, n° 197; *Consorts Poudenx c. Cie d'assurance La France*, précité, à la p. 25). Cette jurisprudence n'a aucune pertinence quant à la portée des droits des créanciers hypothécaires conférés par une clause hypothécaire du genre de celle sous étude. Elle ne nous est donc d'aucun secours dans l'examen de la question dont nous sommes ici saisis.

En présence d'une clause hypothécaire constatant un contrat d'assurance distinct avec l'assureur comme c'est le cas ici, la faute du débiteur hypothécaire doit être considérée comme la faute d'un tiers au sens de l'art. 2563 *C.c.B.-C.*, puisque le créancier et non le débiteur est l'assuré. En conséquence, la clause déclarant inopposable au créancier hypothécaire la faute intentionnelle de son débiteur ne contrevient aucunement à cette disposition.

Conclusion

En conclusion, la clause d'assurance du contrat de prêt hypothécaire comporte tous les éléments d'un contrat de mandat, en vertu duquel le débiteur hypothécaire s'engage à maintenir assurés les biens sur lesquels porte l'hypothèque. En conformité avec ce mandat, le débiteur hypothécaire a souscrit une police d'assurance contenant une clause hypothécaire, laquelle constate un contrat d'assurance distinct entre le créancier hypothécaire et l'assureur. Puisque, dans le cadre de ce second contrat distinct, le créancier et non le débiteur hypothécaire est l'assuré, l'indemnisation du créancier hypothécaire pour le préjudice causé par la faute intentionnelle de son débiteur ne heurte pas la prohibition d'ordre public contenue à l'art. 2563 *C.c.B.-C.*

En conséquence, pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, le tout avec dépens en toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Joli-Cœur Lacasse Simard Normand & Associés, Ste-Foy.

Procureur de l'intimée: Louis Gagné, Nicolet.