

Guarantee Company of North America *Appellant*

v.

Gordon Capital Corporation *Respondent*

and

Chubb Insurance Company of Canada and Laurentian General Insurance Company Inc. *Respondents*

INDEXED AS: GUARANTEE CO. OF NORTH AMERICA v. GORDON CAPITAL CORP.

File No.: 26654.

1999: June 17; 1999: October 15.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Civil procedure — Summary judgment — Test for summary judgment — Motions judge determining that record sufficient to deal with motion for summary judgment — No genuine issue requiring trial — Whether Court of Appeal erred in interfering with motions judge's determination.

Contracts — Insurance — Misrepresentation — Rescission — Repudiation — Distinction between rescission and repudiation.

Contracts — Insurance — Contractual limitation periods — Wrongful rescission — Construction approach to fundamental breach — Whether contractual limitation period in bond survived wrongful rescission of bond.

The respondent investment dealer and brokerage firm entered into a fidelity insurance contract with the appellant. During the period of time covered by the bond, one of its employees engaged in fraudulent and dishonest activities which led to his enrichment and significant losses to the respondent. The respondent notified the appellant of a potential fidelity bond claim. Its sworn proof of loss indicated that the loss was discovered on June 26, 1991. The appellant advised the respondent

Guarantee Company of North America *Appelante*

c.

Gordon Capital Corporation *Intimée*

et

Chubb Insurance Company of Canada et Laurentian General Insurance Company Inc. *Intimées*

RÉPERTORIÉ: GUARANTEE CO. OF NORTH AMERICA c. GORDON CAPITAL CORP.

N° du greffe: 26654.

1999: 17 juin; 1999: 15 octobre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache.

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

Procédure civile — Jugements sommaires — Critère applicable aux jugements sommaires — Décision du juge des requêtes que le dossier est suffisant pour trancher une motion visant à obtenir un jugement sommaire — Absence de véritable question requérant la tenue d'un procès — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes?

Contrats — Assurance — Déclaration inexacte — Résiliation — Répudiation — Distinction entre résiliation et répudiation.

Contrats — Assurance — Délais de prescription contractuels — Résiliation injustifiée — Façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle de l'interprétation — Le délai de prescription prévu dans la police a-t-il continué de s'appliquer après la résiliation injustifiée de cette dernière?

La maison de courtage de valeurs mobilières intimée a conclu avec l'appelante une police d'assurance contre les détournements. Pendant la période visée par la police, un des employés de l'intimée s'est livré à des activités frauduleuses et malhonnêtes qui lui ont permis de s'enrichir et qui ont entraîné des pertes importantes pour l'intimée. L'intimée a informé l'appelante de la possibilité qu'une réclamation fondée sur une assurance contre les détournements soit présentée. Sa preuve de

that, pursuant to a provision in the bond, it was rescinding the bond on the basis that the respondent had made misrepresentations in its application for the bond. The respondent denied the validity of the rescission and refused to accept the return of the premiums, and on July 15, 1993 commenced an action against the appellant in Quebec. The appellant then commenced an action in Ontario claiming that the bond was rescinded and that the respondent had failed to commence legal proceedings for the recovery of the loss within 24 months from the discovery of such loss as required by the bond. Eventually, the proceedings instituted in Quebec were stayed pending the outcome of the Ontario action. The appellant brought a motion for summary judgment on the basis that the respondent had failed to commence legal proceedings within the time period prescribed by the bond. The motions judge granted summary judgment in favour of the appellant. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal. At issue here is whether the Court of Appeal should have interfered with the motions judge's determination that the record was sufficient to deal with the appellant's summary judgment motion and whether the Court of Appeal erred in finding that the limitation period in the bond did not survive the appellant's affirmation that the bond was rescinded.

Held: The appeal should be allowed.

The proper test to be applied on a motion for summary judgment is satisfied when the applicant has shown that there is no genuine issue of material fact requiring trial. Once the moving party has made this showing, the respondent must then establish his claim as being one with a real chance of success. This case is an appropriate one for summary judgment as there was no genuine issue for trial. Under section 3 of the bond, all that was required for discovery of loss were sufficient facts to cause a reasonable person to assume that a loss of a type covered by the bond would be incurred. The undisputed facts in the present case lend strong support to the inference that it could be reasonably assumed that a loss of the type covered by the policy had been or would be incurred. No credibility issue sufficient to require trial was raised in the present case. A self-serving affidavit is not sufficient in itself to create a triable issue in the absence of detailed facts and supporting evidence. On a proper reading of the bond, a loss of the type covered is simply a loss resulting from employee dishonesty with the presumption that the manifest intent of such behaviour was personal gain. The test for dis-

sinistre attestée sous serment indiquait que le sinistre avait été découvert le 26 juin 1991. L'appelante a informé l'intimée que, conformément à une disposition de la police, elle résiliait cette police pour le motif que l'intimée avait fait des déclarations inexactes dans sa demande de police. L'intimée a nié la validité de la résiliation, refusé le remboursement des primes et intenté une action contre l'appelante au Québec, le 15 juillet 1993. L'appelante a alors intenté une action en Ontario dans laquelle elle alléguait que la police était résiliée et que l'intimée avait omis d'engager des procédures d'indemnisation du sinistre dans les 24 mois suivant sa découverte, comme l'exigeait la police. En fin de compte, l'action intentée au Québec a été suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur l'action intentée en Ontario. L'appelante a présenté une motion visant à obtenir un jugement sommaire pour le motif que l'intimée avait omis d'engager des procédures judiciaires dans le délai prescrit par la police. Le juge des requêtes a rendu un jugement sommaire en faveur de l'appelante. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimée. Il s'agit en l'espèce de savoir si la Cour d'appel a eu raison de modifier la décision du juge des requêtes que le dossier était suffisant pour trancher la motion de l'appelante visant à obtenir un jugement sommaire, et si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le délai de prescription prévu dans la police avait cessé de s'appliquer dès que l'appelante avait confirmé que la police était résiliée.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le critère qu'il convient d'appliquer à une motion visant à obtenir un jugement sommaire est respecté lorsque le requérant démontre qu'il n'y a aucune véritable question de fait importante qui requiert la tenue d'un procès. Une fois que l'auteur de la motion a fait cette démonstration, il incombe ensuite à la partie intimée d'établir que son action a vraiment des chances de réussir. La présente affaire se prête à un jugement sommaire vu l'absence de véritable question requérant la tenue d'un procès. Suivant l'article 3 de la police, la découverte d'un sinistre requiert seulement l'existence de faits suffisants pour inciter une personne raisonnable à supposer qu'un sinistre du genre visé par la police surviendra. Les faits non contestés en l'espèce étayaient fortement la déduction que l'on pouvait raisonnablement supposer qu'un sinistre du genre visé par la police était survenu ou surviendrait. Aucune question de crédibilité suffisante pour nécessiter la tenue d'un procès n'a été soulevée dans la présente affaire. En l'absence d'un exposé détaillé des faits et d'éléments de preuve à l'appui, un affidavit intéressé n'est pas suffisant en soi pour donner naissance à une question susceptible de faire

covery of loss under the bond was an objective one that did not require a definitive finding of loss, but merely an assumption. There was no legal issue to be resolved at trial.

Problems have arisen from misuse of the word “rescission” to describe an accepted repudiation. To use these terms synonymously can only lead to confusion and should be avoided. Rescission is a remedy available to the representee, *inter alia*, when the other party has made a false or misleading representation. Repudiation, by contrast, occurs by words or conduct evincing an intention not to be bound by the contract. Contrary to rescission, which allows the rescinding party to treat the contract as if it were void *ab initio*, the effect of repudiation depends on the election made by the non-repudiating party. If the non-repudiating party accepts the repudiation, the contract is terminated, and the parties are discharged from future obligations, although rights and obligations that have already matured are not extinguished. If the repudiation is not accepted, the contract remains in being for the future and each party has the right to sue for damages for past or future breaches. Courts must be sensitive to the potential for misuse of the term rescission and must analyse the entire context of the contract and give effect, where possible, to the parties’ intent. Where, as in this case, the misrepresentation becomes a term of the contract, rescission will be available if the misrepresentation is “substantial”, “material” or “goes to the root of the contract”. Here the bond specifically provided that misrepresentations of “material fact” would be grounds for rescission. As the parties are sophisticated, it is appropriate to give effect to their intent as expressed in the plain words of the contract. The appellant’s attempt to effect a restitution of the premiums paid by the respondent confirms that “rescission” is appropriately used in the bond.

Proceeding upon the assumption that the appellant wrongfully rescinded the bond, the appellant was not precluded from relying on the 24-month contractual limitation period contained in the bond. Substantial failure of contractual performance, often described in other contexts as a fundamental breach, may relieve the non-breaching party from future executory contractual

l’objet d’un débat judiciaire. Selon une juste interprétation de la police, un sinistre du genre visé correspond simplement au sinistre résultant de la malhonnêteté d’un employé qui, présume-t-on, avait manifestement l’intention de réaliser un gain personnel. Suivant la police, le critère applicable à la découverte d’un sinistre était un critère objectif qui requérait non pas une constatation définitive de sinistre, mais simplement une supposition. Il n’y avait aucune question de droit à trancher au procès.

Des problèmes découlent de l’emploi abusif du mot «résiliation» pour décrire une répudiation acceptée. L’emploi de ces mots comme synonymes ne peut qu’engendrer de la confusion et devrait être évité. Une partie peut résilier un contrat notamment dans le cas où l’autre partie lui a fait une déclaration fausse ou trompeuse. Par contre, la répudiation se fait par des mots ou une conduite traduisant l’intention de ne pas être lié par le contrat. Contrairement à la résiliation qui permet à la partie qui résilie le contrat de le considérer comme étant nul au départ, l’effet de la répudiation dépend du choix que fait la partie autre que celle qui répudie le contrat. Si la partie autre que celle qui répudie le contrat accepte la répudiation, le contrat prend fin et les parties sont libérées de leurs obligations futures, quoique les droits et obligations qui sont déjà arrivés à échéance ne soient pas éteints. Si la répudiation n’est pas acceptée, le contrat reste en vigueur à l’avenir et chacune des parties a le droit d’intenter une action en dommages-intérêts pour toute rupture passée ou future. Les tribunaux doivent être conscients du risque d’emploi abusif du terme «résiliation» et ils doivent analyser le contexte intégral du contrat et, si possible, mettre à exécution l’intention des parties. Lorsque, comme en l’espèce, la déclaration inexacte devient une clause du contrat, la résiliation sera possible si la déclaration inexacte est «substantielle», «importante» ou «touche à l’essence même du contrat». Dans la présente affaire, la police prévoyait expressément que toute déclaration inexacte d’un «fait important» constituerait un motif de résiliation. Comme les parties sont avisées, il convient de mettre à exécution l’intention qu’elles ont clairement exprimée dans le contrat. La tentative par l’appelante d’effectuer une restitution des primes versées par l’intimée confirme que le mot «résiliation» est utilisé à juste titre dans la police.

En supposant qu’elle a résilié la police de façon injustifiée, l’appelante n’était pas empêchée d’invoquer le délai de prescription de 24 mois prévu dans la police. L’inexécution substantielle d’un contrat par une partie, souvent appelée «inexécution fondamentale» dans d’autres contextes, peut libérer l’autre partie de l’exécution future des obligations qui lui incombent en vertu du

obligations. Here, as a matter of contractual interpretation, the parties intended that the contractual limitation period survive a wrongful rescission on the part of the appellant. Commercial reality is often the best indicator of contractual intention in cases such as this. Absent some explanation to the contrary, if a given construction of the contract would lead to an absurd result, the assumption is that this result could not have been intended by rational commercial actors in making their bargain. In this case, to deny the application of the time limitation clause would lead to an absurd result. The appellant, when faced with a potential misrepresentation concerning the degree of risk it has agreed to underwrite, would be placed in the untenable position of subjecting itself to a longer statutory limitation period than would otherwise apply in circumstances where coverage has been denied for other reasons. Upon a true construction of the contract, and taking into account the stated purpose of a contractual limitation period as a device whereby the insurer can both quantify and limit risk, the intention of the parties was that the clause setting out the 24-month limitation period was to apply to the process of bringing a claim against the appellant where the appellant has breached the contract by wrongfully rescinding, whether the breach is characterized as fundamental or otherwise. The parties to this appeal were sophisticated commercial actors who were represented by counsel. In these circumstances, it would not be unconscionable, unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy to uphold the intentions of the parties concerning the operation of the contractual limitation period.

Cases Cited

Applied: *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; **distinguished:** *Mills v. S.I.M.U. Mutual Insurance Association*, [1970] N.Z.L.R. 602; **referred to:** *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1918), 58 S.C.R. 169; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545; *Rogers Cable TV Ltd. v. 373041 Ontario Ltd.* (1994), 22 O.R. (3d) 25; *Confederation Trust Co. v. Alizadeh*, [1998] O.J. No. 408 (QL); *Abram Steamship Co. v. Westville Shipping Co.*, [1923] A.C. 773; *Keneric Tractor Sales Ltd. v. Langille*, [1987] 2 S.C.R. 440; *Sail Labrador Ltd. v. Challenge One (The)*, [1999] 1 S.C.R. 265; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; *B.G. Linton Construction Ltd. v. Canadian National Railway Co.*,

contrat. En l'espèce, sur le plan de l'interprétation du contrat, les parties ont voulu que le délai de prescription prévu dans le contrat continue de s'appliquer après sa résiliation injustifiée par l'appelante. La réalité commerciale est souvent le meilleur indice de l'intention des parties contractantes dans des cas comme celui-ci. Si une interprétation donnée du contrat menait à un résultat absurde, on supposerait qu'en l'absence d'explication contraire des acteurs commerciaux rationnels ne peuvent pas avoir voulu un tel résultat en concluant leur contrat. En l'espèce, un refus d'appliquer la clause du délai de prescription mènerait à un résultat absurde. L'appelante, face à une éventuelle déclaration inexacte concernant l'ampleur du risque qu'elle a accepté d'assurer, se retrouverait dans la situation intenable où elle s'imposerait un délai de prescription légal plus long que celui qui s'appliquerait par ailleurs dans le cas où l'indemnisation est refusée pour d'autres motifs. Selon une interprétation exacte du contrat et compte tenu de l'objet explicite d'un délai de prescription contractuel en tant que mécanisme permettant à l'assureur de quantifier et de limiter le risque, les parties ont voulu que la clause, qui établit le délai de prescription de 24 mois, s'applique à l'engagement d'une action contre l'appelante dans le cas où celle-ci romprait le contrat en le résiliant de façon injustifiée, peu importe que cette rupture soit qualifiée de fondamentale ou autre. Les parties au présent pourvoi étaient des acteurs commerciaux avisés représentés par des avocats. Dans ces circonstances, il ne serait pas inique, injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l'ordre public de respecter l'intention des parties concernant l'application du délai de prescription contractuel.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; **distinction d'avec l'arrêt:** *Mills c. S.I.M.U. Mutual Insurance Association*, [1970] N.Z.L.R. 602; **arrêts mentionnés:** *Ross c. Scottish Union and National Insurance Co.* (1918), 58 R.C.S. 169; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Irving Ungerman Ltd. c. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545; *Rogers Cable TV Ltd. c. 373041 Ontario Ltd.* (1994), 22 O.R. (3d) 25; *Confederation Trust Co. c. Alizadeh*, [1998] O.J. No. 408 (QL); *Abram Steamship Co. c. Westville Shipping Co.*, [1923] A.C. 773; *Keneric Tractor Sales Ltd. c. Langille*, [1987] 2 R.C.S. 440; *Sail Labrador Ltd. c. Challenge One (Le)*, [1999] 1 R.C.S. 265; *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827; *B.G. Linton Construc-*

[1975] 2 S.C.R. 678; *Beaufort Realities (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 S.C.R. 718; *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 138.

Statutes and Regulations Cited

Misrepresentation Act 1967 (U.K.), 1967, c. 7, s. 1.

Authors Cited

Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 12th ed. by M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.
 Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.
 Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.
 Williston, Samuel. *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 12, 3rd ed. by Walter H. E. Jaeger. Rochester: Baker, Voorhis & Co., 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 38 O.R. (3d) 563, 157 D.L.R. (4th) 643, 108 O.A.C. 46, 3 C.C.L.I. (3d) 202, [1998] I.L.R. I-3555, reversing a judgment of the Ontario Court (General Division) (1997), 32 O.R. (3d) 428, 33 B.L.R. (2d) 310. Appeal allowed.

Kenneth W. Scott, Q.C., James D. Patterson and Sharon C. Vogel, for the appellant.

Thomas G. Heintzman, Q.C., R. Paul Steep and Darryl A. Cruz, for the respondent Gordon Capital Corporation.

Jamieson Halfnight, Glynis Evans and I. H. Fraser, for the respondents Chubb Insurance Company of Canada and Laurentian General Insurance Company Inc.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. — This appeal deals with the appropriateness of using summary judgment proceedings and with the issue of whether a contractual limitation period survives a

tion Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1975] 2 R.C.S. 678; *Beaufort Realities (1964) Inc. c. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718; *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. c. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 138.

Lois et règlements cités

Misrepresentation Act 1967 (R.-U.), 1967, ch. 7, art. 1.

Doctrine citée

Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 12th ed. by M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.
 Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.
 Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.
 Williston, Samuel. *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 12, 3rd ed. by Walter H. E. Jaeger. Rochester: Baker, Voorhis & Co., 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 38 O.R. (3d) 563, 157 D.L.R. (4th) 643, 108 O.A.C. 46, 3 C.C.L.I. (3d) 202, [1998] I.L.R. I-3555, qui a infirmé un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1997), 32 O.R. (3d) 428, 33 B.L.R. (2d) 310. Pourvoi accueilli.

Kenneth W. Scott, c.r., James D. Patterson et Sharon C. Vogel, pour l'appelante.

Thomas G. Heintzman, c.r., R. Paul Steep et Darryl A. Cruz, pour l'intimée Gordon Capital Corporation.

Jamieson Halfnight, Glynis Evans et I. H. Fraser, pour les intimées Chubb Insurance Company of Canada et Laurentian General Insurance Company Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE — Le présent pourvoi porte sur l'opportunité de recourir aux procédures de jugement sommaire et sur la question de savoir si le délai de prescription prévu

wrongful rescission of the contract in dispute. On February 17, 1997, O'Brien J. of the Ontario Court (General Division), sitting as a motions judge, granted summary judgment in favour of the Guarantee Company of North America ("Guarantee"). The judgment declared that Gordon Capital Corporation ("Gordon") had failed to commence legal proceedings for recovery of a loss under Financial Institution Bond No. 401642 (the "Bond") within 24 months from the discovery of "facts which would cause a reasonable person to assume that a loss of a type covered by this bond has been or will be incurred", pursuant to section 3 of the Bond. The Court of Appeal of Ontario set aside the judgment. It determined that Guarantee was precluded from relying on section 3 because it had wrongfully rescinded the said Bond; it also determined that the question of when a loss within the meaning of the Bond was discovered was a triable issue and should be left for determination at trial.

2 There are therefore two issues before this Court. The first is whether the Court of Appeal should have interfered with the motion judge's determination that the record was sufficient to deal with Guarantee's summary judgment motion; the second issue is whether the Court of Appeal erred by finding that the limitation period in the Bond did not survive an affirmation by Guarantee that the Bond was rescinded.

I. Background

3 Gordon is an investment dealer and brokerage firm in Toronto and Montreal. It entered into a \$25,000,000 fidelity insurance contract with Guarantee for a term commencing on December 31, 1990 and ending on December 30, 1991. Additional contracts for \$10,000,000 of excess insurance each were entered into with Chubb and Laurentian.

4 The Bond provided coverage for "dishonest and fraudulent acts committed by an Employee acting alone or in collusion with others", providing the employee acted with the "manifest intent" to obtain financial benefit for himself, other than that

dans un contrat continue de s'appliquer après la résiliation injustifiée de ce dernier. Le 17 février 1997, le juge O'Brien, de la Cour de l'Ontario (Division générale), siégeant à titre de juge des requêtes, a rendu un jugement sommaire en faveur de Guarantee Company of North America («Guarantee»). Selon ce jugement, Gordon Capital Corporation («Gordon») avait omis d'engager des procédures d'indemnisation fondées sur la police d'institution financière n° 401642 (la «police») dans les 24 mois suivant la découverte, au sens de l'article 3 de la police, de [TRADUCTION] «faits de nature à inciter une personne raisonnable à supposer qu'un sinistre du genre visé par la présente police est survenu ou surviendra». La Cour d'appel de l'Ontario a annulé ce jugement. Elle a décidé que Guarantee ne pouvait pas invoquer l'article 3 parce qu'elle avait résilié ladite police de façon injustifiée, et que la question de savoir quand il y avait eu découverte d'un sinistre au sens de la police pouvait faire l'objet d'un débat judiciaire.

Notre Cour est donc saisie de deux questions. La première question est de savoir si la Cour d'appel a eu raison de modifier la décision du juge des requêtes que le dossier était suffisant pour trancher la motion de Guarantee visant à obtenir un jugement sommaire; la deuxième question est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le délai de prescription prévu dans la police avait cessé de s'appliquer dès que Guarantee avait confirmé que la police était résiliée.

I. Contexte

Gordon est une maison de courtage de valeurs mobilières établie à Toronto et à Montréal. Elle a conclu avec Guarantee une police d'assurance de 25 000 000 \$ contre les détournements qui serait en vigueur du 31 décembre 1990 au 30 décembre 1991. D'autres contrats d'assurance complémentaire de 10 000 000 \$ chacun ont été conclus avec Chubb et Laurentian.

La police fournissait une protection contre [TRADUCTION] «les actes malhonnêtes et frauduleux d'un employé agissant seul ou de connivence avec autrui», pourvu que l'employé ait agi dans l'«intention manifeste» de tirer un avantage finan-

which he would earn in the normal course of employment.

The insured is required, under section 5 of the Bond, to give to the underwriter notice of loss “[a]t the earliest practicable moment, not to exceed 30 days, after discovery of loss”, and to provide sworn proof of loss within 6 months of the discovery. Legal proceedings for the recovery of “any loss hereunder shall not be brought prior to the expiration of 60 days after the original proof of loss is filed . . . or after the expiration of 24 months from the discovery of such loss”.

The Bond contains a definition of “discovery” in section 3. It reads:

This bond applies to loss discovered by the insured during the Bond Period. Discovery occurs when the insured first becomes aware of facts which would cause a reasonable person to assume that a loss of a type covered by this bond has been or will be incurred, regardless of when the act or acts causing or contributing to such loss occurred, even though the exact amount or details of loss may not then be known.

Eric Rachar was a Gordon partner responsible for the Derivative Products Group in Toronto. He engaged in various securities lending and related transactions with Patrick Lett and companies under Lett’s control, but led Gordon to believe that those transactions were in effect being carried out with a Designated Financial Institution (“DFI”), specifically National Trust (“National”).

Between July 16, 1990 and May 22, 1991, Gordon loaned National \$1.1 billion in Government of Canada bonds. As collateral for the loans, Gordon received Provincial Government Bonds and bonds from senior financial institutions in equivalent principal amounts with similar maturity dates and cash flow. The trading value of the commodity was inferior but regulatory obligations did

cier personnel en sus de ce qu’il toucherait dans l’exercice normal de ses fonctions.

Suivant l’article 5 de la police, l’assuré doit aviser l’assureur du sinistre [TRADUCTION] «[d]ès que possible, mais au plus tard 30 jours après [s]a découverte» et fournir une preuve de sinistre, attestée sous serment, dans les six mois de cette découverte. Des procédures judiciaires en vue d’obtenir l’indemnisation de [TRADUCTION] «tout sinistre visé aux présentes ne doivent pas être engagées avant l’expiration d’un délai de 60 jours suivant le dépôt de la preuve originale de sinistre [. . .] ni après l’expiration d’un délai de 24 mois suivant la découverte du sinistre».

La police définit ainsi le terme [TRADUCTION] «découverte» à l’article 3:

[TRADUCTION] La présente police s’applique au sinistre découvert par l’assuré pendant qu’elle est en vigueur. Il y a découverte lorsque l’assuré prend connaissance de faits de nature à inciter une personne raisonnable à supposer qu’un sinistre du genre visé par la présente police est survenu ou surviendra, peu importe le moment où ont été accomplis l’acte ou les actes qui ont causé le sinistre ou y ont contribué, même s’il se peut que le montant exact ou le détail du sinistre ne soit pas encore connu.

Un associé de Gordon, Eric Rachar, était responsable du groupe des produits dérivés à Toronto. Il s’est livré à divers prêts de titres et à des opérations connexes avec Patrick Lett et des compagnies contrôlées par ce dernier, tout en amenant Gordon à croire que ces opérations étaient effectuées avec une institution financière désignée («IFD»), plus précisément National Trust («National»).

Entre le 16 juillet 1990 et le 22 mai 1991, Gordon a prêté à National des obligations du gouvernement canadien d’une valeur de 1,1 milliard de dollars. À titre de garantie de ces prêts, Gordon a reçu du gouvernement provincial et de grandes institutions financières des obligations dont le capital était équivalent, et les échéances et les encaissements semblables. La valeur marchande de la garantie était inférieure à celle du prêt, mais aucun règlement n’obligeait Gordon à fournir un

5

6

7

8

not require Gordon to provide additional regulatory capital for a loan to a DFI.

9 Rachar also caused Gordon to enter into transactions with Lett and Citibank involving certificates of deposit, bearer deposit notes, bond forward purchase contracts and securities lending agreements. Because of Rachar's misrepresentations, Gordon accepted worthless collateral which exposed it to high risk.

10 On June 14, 1991, James Connacher, Chairman and Chief Executive Officer of Gordon received a telephone call from Jon Paysant of National, who expressed the concerns of National about "Account # 2", the Rachar-Lett account. On June 17, 1991, a meeting of Gordon and National officers was held to question the unusual features of the transactions. At this meeting, National indicated that it was only acting as agent for Account # 2. Gordon conducted a review between June 14 and June 19, 1991 of the collateral held in respect of Account # 2. It was determined that the collateral was \$51,000,000 less than the value of the Government of Canada bonds.

11 On June 19, Gordon retained the services of a law firm to determine the nature of the National account by looking at the documentation and interviewing Rachar. O'Brien J. found that Gordon relied on the firm to advise them as to the terms of section 5 of the Bond.

12 On June 20, Peter Bailey, the Gordon Compliance Officer, met Rachar, who denied any regulatory or other problem with the Account. On June 21, Bailey and a lawyer from the firm met with Rachar, who admitted knowing of Lett, but affirmed National was acting as principal on the account. On June 24, 1991, Bailey met Rachar again to discuss whether the account was in fact held by an individual rather than a DFI. On June 26, the date at which discovery was made according to the proof of loss filed, Bailey and Rachar met with Lett. Bailey determined Rachar had lied,

capital réglementaire additionnel pour un prêt à une IFD.

Rachar a également amené Gordon à effectuer avec Lett et Citibank des opérations comportant des certificats de dépôt, des billets de dépôt au porteur, des contrats d'achat à terme d'obligations et des prêts de valeurs mobilières. Sur la foi des déclarations inexactes de Rachar, Gordon a accepté une garantie sans valeur qui l'exposait à un risque élevé.

Le 14 juin 1991, le président-directeur général de Gordon, James Connacher, a reçu un appel téléphonique de Jon Paysant, de National, qu'il lui a fait part des inquiétudes de cette dernière au sujet du «compte n° 2», à savoir le compte Rachar-Lett. Le 17 juin 1991, les dirigeants de Gordon et de National se sont rencontrés pour s'interroger sur les caractéristiques inhabituelles des opérations. Lors de cette rencontre, National a alors indiqué qu'elle n'agissait qu'à titre de mandataire à l'égard du compte n° 2. Du 14 au 19 juin 1991, Gordon a procédé à un examen de la garantie détenue relativement à ce compte. Il a été déterminé que la valeur de la garantie était de 51 000 000 \$ inférieure à celle des obligations du gouvernement canadien.

Le 19 juin, Gordon a retenu les services d'un cabinet juridique pour déterminer la nature du compte de National en consultant la documentation et en interrogeant Rachar. Le juge O'Brien a conclu que Gordon comptait sur ce cabinet juridique pour la conseiller sur le libellé de l'article 5 de la police.

Le 20 juin, l'agent de vérification de la conformité chez Gordon, Peter Bailey, a rencontré Rachar qui a nié toute irrégularité du compte. Le 21 juin, Bailey et un avocat du cabinet juridique ont rencontré Rachar qui a admis qu'il connaissait Lett, tout en confirmant que National agissait en tant que mandant à l'égard du compte. Le 24 juin 1991, Bailey a de nouveau rencontré Rachar pour déterminer si le compte était en fait détenu par un particulier plutôt que par une IFD. Le 26 juin, date de la découverte du sinistre selon la preuve de sinistre déposée, Bailey et Rachar ont rencontré

suspended him and denied him access to Gordon's premises. Gordon notified the Toronto Stock Exchange, who notified the Ontario Securities Commission, that there had been misrepresentation by Rachar and that it had a margin deficiency. Gordon retained the Forensic Accounting Division of Peat Marwick Thorne and subsequently Lindquist Avey Macdonald Baskerville to conduct an investigation. Bailey advised senior people at Gordon that Gordon would have to put up in excess of \$80,000,000 of regulatory capital.

On June 27, 1991, Gordon took out a loan of approximately \$90,000,000 to meet the regulatory capital obligations. It immediately began paying interest on the loan; this interest was claimed in the sworn proof of loss.

On June 28, 1991, Gordon notified Guarantee of a potential fidelity bond claim in relation to the activities of Rachar. During a meeting among representatives of Guarantee, the law firm and Peat Marwick, Brian Clarkin of Guarantee was told that the discovery of the loss by Gordon occurred on June 26, 1991.

Bailey testified that he was concerned, on July 1, 1991 "that there had to be some kind of relationship for . . . Rachar to proceed with these transactions". He assumed that there had been a relationship between Rachar and Lett. He concluded that Gordon would have to unwind the transactions arising from the dishonest conduct of Rachar and that it would suffer a substantial loss. On July 2, 1991, Guarantee provided Gordon with a proof of loss form. It directed Gordon's attention to the requirements of the Bond.

On July 2, 1991, Gordon learned about the irregularities with respect to the Citibank certificates of deposit. It learned of other irregularities on July 5 and July 8, 1991.

On July 10, 1991, Rachar agreed to an inspection of his personal records. On August 15, 1991,

Lett. Bailey a décidé que Rachar avait menti et l'a suspendu, en lui interdisant l'accès aux locaux de Gordon. Gordon a informé la Bourse de Toronto, qui à son tour a informé la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, des déclarations inexactes de Rachar et de son insuffisance de couverture. Gordon a demandé à la division de la juricomptabilité de Peat Marwick Thorne et, par la suite, à Lindquist Avey Macdonald Baskerville de procéder à une enquête. Bailey a informé les cadres supérieurs de Gordon que celle-ci devrait fournir plus de 80 000 000 \$ de capital réglementaire.

Le 27 juin 1991, Gordon a contracté un prêt d'environ 90 000 000 \$ pour satisfaire à ces obligations de capital réglementaire. Elle a immédiatement commencé à payer des intérêts sur le prêt, et ces intérêts sont réclamés dans la preuve de sinistre attestée sous serment.

Le 28 juin 1991, Gordon a informé Guarantee de la possibilité qu'une réclamation fondée sur une assurance contre les détournements soit présentée relativement aux activités de Rachar. Lors d'une rencontre des représentants de Guarantee, du cabinet juridique et de Peat Marwick, Brian Clarkin, de Guarantee, a appris que Gordon avait découvert le sinistre le 26 juin 1991.

Bailey a témoigné qu'il craignait, le 1^{er} juillet 1991, [TRADUCTION] «qu'un lien quelconque ait existé pour [. . .] que Rachar puisse effectuer ces opérations». Il a supposé qu'un lien avait existé entre Rachar et Lett. Il a conclu que Gordon devrait liquider les opérations résultant de la conduite malhonnête de Rachar et qu'elle subirait une perte substantielle. Le 2 juillet 1991, Guarantee a remis à Gordon une formule de preuve de sinistre. Elle a attiré l'attention de Gordon sur les exigences de la police.

Le 2 juillet 1991, Gordon a été informée des irrégularités des certificats de dépôt de Citibank. D'autres irrégularités ont été portées à sa connaissance les 5 et 8 juillet 1991.

Le 10 juillet 1991, Rachar a consenti à l'inspection de ses dossiers personnels. Le 15 août 1991,

13

14

15

16

17

Gordon was informed that Rachar had obtained a personal benefit in connection with the transactions. In fact, National advised Gordon that it had discovered a cheque payable to Rachar for \$800,000 in account of Lett at National.

Gordon a appris que Rachar avait tiré un avantage personnel des opérations. En fait, National a avisé Gordon qu'elle avait découvert un chèque au montant de 800 000 \$ payable à Rachar sur le compte que Lett possédait chez elle.

18 Gordon continued to investigate the activities of Rachar. Lindquist presented a report in February 1992. Gordon then delivered a sworn proof of loss to Guarantee on March 31, 1992, after having obtained two extensions of time for its filing. The report of the forensic investigators was appended to the proof of loss, which affirmed that the date of discovery was June 26, 1991.

Gordon a continué d'enquêter sur les activités de Rachar. Lindquist a soumis un rapport en février 1992. Gordon a alors fait parvenir à Guarantee, le 31 mars 1992, une preuve de sinistre attestée sous serment, après avoir obtenu deux prorogations de délai pour la déposer. Le rapport des juricomptables était annexé à la preuve de sinistre, qui confirmait que la date de découverte était le 26 juin 1991.

19 On August 5, 1992, Guarantee advised Gordon that, pursuant to a provision in the Bond, it was rescinding the Bond, which had in effect expired on December 31, 1991, on the basis that Gordon had made misrepresentations in its application for the bond. In its application for insurance, Gordon represented to Guarantee that for the purposes of internal control, customer accounts would be reviewed on a monthly basis by a partner, officer or other designated employee not involved with the relevant account. The proof of loss submitted by Gordon, however, revealed that Rachar had sole responsibility for the National accounts, and that the accounts were not subject to review. After various meetings between the parties, an agreement was reached to allow Guarantee to pursue its investigation. On August 7, 1992, Gordon refused to accept the return of premiums from Guarantee and denied the validity of the rescission. The parties agreed to pursue negotiations without prejudice to their legal positions.

Le 5 août 1992, Guarantee a informé Gordon que, conformément à une disposition de la police, elle résiliait cette police qui avait en fait expiré le 31 décembre 1991, pour le motif que Gordon avait fait des déclarations inexactes dans sa demande de police. Dans cette demande, Gordon avait indiqué à Guarantee qu'à des fins de contrôle interne chacun des comptes clients ferait l'objet d'un examen mensuel par un associé, un dirigeant ou un autre employé désigné n'ayant rien à voir avec le compte en question. Toutefois, la preuve de sinistre présentée par Gordon révélait que Rachar avait l'entière responsabilité des comptes de National et que ceux-ci ne faisaient l'objet d'aucun examen. Après diverses rencontres, les parties ont convenu de permettre à Guarantee de poursuivre son enquête. Le 7 août 1992, Gordon a refusé le remboursement des primes par Guarantee et a nié la validité de la résiliation. Les parties ont accepté de poursuivre les négociations sans que cela ne porte atteinte à leur situation juridique.

20 On June 30, 1993, Bailey advised Guarantee that Gordon had not commenced an action prior to June 26, 1993. On July 15, 1993, Gordon commenced an action in Quebec, and on July 16 in Ontario. On July 21, 1993, Guarantee set out its position on the limitation period. Guarantee commenced an action in Ontario on July 29, 1993. On August 4, 1993, Gordon filed a notice of intent to defend.

Le 30 juin 1993, Bailey a informé Guarantee que Gordon n'avait intenté aucune action avant le 26 juin 1993. Gordon a intenté une action au Québec le 15 juillet 1993, puis en Ontario le 16 juillet de la même année. Le 21 juillet 1993, Guarantee a exposé son point de vue sur le délai de prescription. Guarantee a intenté une action en Ontario le 29 juillet 1993. Le 4 août 1993, Gordon a déposé un avis d'intention de présenter une défense.

On August 20, 1993, Bailey swore an affidavit stating that the monetary benefit which Rachar received was not known on June 26, 1991, “which may result in the date of discovery being after June 26, 1991”.

Ground J. refused Gordon’s motion to stay the Ontario action on January 17, 1994. On April 25, 1994, Montgomery J. refused to grant leave to appeal that decision. This Court refused a further application for leave to appeal. On November 21, 1994, Gordon filed its statement of defence. In January of 1997, Guarantee made a motion for summary judgment relying only on the limitation period contained in the Bond. Meanwhile, the Quebec Court of Appeal had stayed the Quebec action pending the determination of the Ontario action.

II. Judicial History

- (1) *The Motion for Summary Judgment* (1997), 32 O.R. (3d) 428

The relevant portion of O’Brien J.’s decision deals with the argument that Guarantee’s rescission prevented reliance on the limitation provision, and the argument that the conditions for summary judgment were not met.

On the first issue, O’Brien J. held that assuming the rescission was wrongful, it did not prevent reliance on the limitation period contained in the Bond. On the second issue, the motion judge first noted that Gordon had conceded some of the interest expense on money borrowed to meet the margin requirements predated July 16, 1991, and that it constituted “some ‘loss’ at that time” (p. 437). He rejected the argument by Gordon that the limitation period did not commence to run until a loss was “incurred” by Gordon. It was his view that there is no ambiguity regarding the word “loss”, which must refer to the loss as described in the

Le 20 août 1993, Bailey a signé un affidavit attestant que l’existence de l’avantage pécuniaire tiré par Rachar était inconnue le 26 juin 1991, [TRADUCTION] «de sorte que la découverte peut avoir eu lieu après le 26 juin 1991».

Le 17 janvier 1994, le juge Ground a rejeté la motion de Gordon visant à faire suspendre l’action intentée en Ontario. Le 25 avril 1994, le juge Montgomery a refusé l’autorisation d’en appeler de cette décision. Notre Cour a rejeté une autre demande d’autorisation de pourvoi. Le 21 novembre 1994, Gordon a produit sa défense. En janvier 1997, Guarantee a présenté une motion visant à obtenir un jugement sommaire uniquement sur la base du délai de prescription prévu dans la police. Dans l’intervalle, la Cour d’appel du Québec avait suspendu l’action intentée au Québec jusqu’à ce qu’une décision soit rendue sur l’action intentée en Ontario.

II. Historique des procédures judiciaires

- (1) *La motion visant à obtenir un jugement sommaire* (1997), 32 O.R. (3d) 428

La partie pertinente de la décision du juge O’Brien porte sur l’argument que la résiliation par Guarantee empêchait d’invoquer la disposition relative à la prescription et sur l’argument que les conditions applicables au jugement sommaire n’étaient pas remplies.

En ce qui concerne la première question, le juge O’Brien a décidé que, même en supposant que la résiliation ait été injustifiée, elle n’empêchait pas d’invoquer le délai de prescription prévu dans la police. Quant à la seconde question, le juge des requêtes a d’abord fait remarquer que Gordon avait reconnu qu’une partie des intérêts payés sur le prêt contracté pour satisfaire aux exigences de couverture avait été versée avant le 16 juillet 1991 et qu’elle constituait [TRADUCTION] «un “sinistre” à l’époque» (p. 437). Il a rejeté l’argument de Gordon selon lequel le délai de prescription n’avait commencé à courir qu’au moment où un sinistre était «survenu» à son égard. Il n’y avait selon lui aucune ambiguïté concernant le sens du mot «sinistre», qui doit s’entendre du sinistre décrit à la

21

22

23

24

“Discovery” section of the Bond. This, he said, is not an actual loss.

25

Dealing with the conditions applicable to summary judgment, O’Brien J. said there were no significant issues requiring trial, whether legal or factual. He specifically rejected the argument that the different affidavits of Bailey raised a credibility issue requiring trial.

(2) *The Decision of the Court of Appeal* (1998), 38 O.R. (3d) 563

26

Noting that “this is a very difficult issue and one in which there is little guidance in the jurisprudence of this jurisdiction”, Carthy J.A. concluded that the Ontario action was not barred by virtue of the limitation period in the Bond because Guarantee had rescinded the Bond. He reasoned that the limitation period was similar to the filing of a proof of loss provision, and that the latter could not be enforced after rescission on the authority of *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1918), 58 S.C.R. 169, at p. 182. In his view, only the neutral features of a contract could survive rescission. On the other issue, Carthy J.A. found that “should this judgment be reversed on further appeal . . . the question of when the loss was discovered within the meaning of the bond should be left for determination at trial” (p. 573). He based his conclusion on the finding that “[t]here are serious factual disputes about when there was discovery of the type of loss covered by the bond” (p. 573), but gave no indication of the nature of those disputes.

III. Analysis

(1) *Were the Conditions for Summary Judgment Met?*

27

The appropriate test to be applied on a motion for summary judgment is satisfied when the applicant has shown that there is no genuine issue of material fact requiring trial, and therefore sum-

rubrique «Découverte» de la police. Il ne s’agit pas, a-t-il dit, d’un sinistre réel.

En ce qui concerne les conditions applicables au jugement sommaire, le juge O’Brien a dit qu’il n’y avait aucune question de droit ou de fait importante qui requerrait la tenue d’un procès. Il a expressément écarté l’argument selon lequel les divers affidavits de Bailey soulevaient une question de crédibilité requérant la tenue d’un procès.

(2) *L’arrêt de la Cour d’appel* (1998), 38 O.R. (3d) 563

Faisant remarquer [TRADUCTION] «qu’il s’agit d’une question très difficile au sujet de laquelle la jurisprudence de notre cour n’est pas d’un grand secours», le juge Carthy a décidé que le délai de prescription prévu dans la police ne faisait pas obstacle à l’action intentée en Ontario, puisque Guarantee avait résilié la police. Il s’est dit d’avis que le délai de prescription ressemblait à la disposition relative au dépôt d’une preuve de sinistre qui devenait inapplicable à la suite d’une résiliation, selon *Ross c. Scottish Union and National Insurance Co.* (1918), 58 R.C.S. 169, à la p. 182. À son avis, seules les caractéristiques neutres d’un contrat continuaient d’exister après la résiliation. En ce qui concerne l’autre question, le juge Carthy a conclu que [TRADUCTION] «si jamais le présent jugement était infirmé à la suite d’un autre appel [. . .] la question de savoir à quel moment le sinistre a été découvert au sens de la police devrait être tranchée au procès» (p. 573). Il a fondé sa conclusion sur la constatation [TRADUCTION] «qu’il existe de sérieux différends d’ordre factuel quant à savoir à quel moment il y a eu découverte d’un sinistre du genre visé par la police» (p. 573), mais il n’a pas précisé la nature de ces différends.

III. Analyse

(1) *Les conditions applicables au jugement sommaire étaient-elles remplies?*

Le critère qu’il convient d’appliquer à une motion visant à obtenir un jugement sommaire est respecté lorsque le requérant démontre qu’il n’y a aucune véritable question de fait importante qui

mary judgment is a proper question for consideration by the court. See *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 15; *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (Ont. C.A.), at pp. 267-68; *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.), at pp. 550-51. Once the moving party has made this showing, the respondent must then “establish his claim as being one with a real chance of success” (*Hercules*, *supra*, at para. 15).

The limitation period defence raises mixed questions of fact and law. O’Brien J. found that the only disputes were on the application of the law. We find no reason to disturb this finding.

Under section 3 of the Bond, all that is required for discovery of loss are sufficient facts to cause a reasonable person to assume that a loss of a type covered by the Bond will be incurred. A loss need not be conclusively determined to be covered in order for discovery to occur. Having accepted that Gordon knew its employee had acted fraudulently before July 16, 1991 and that Gordon had already incurred interest charges in respect of a \$90,000,000 loan to meet its regulatory capital obligations, O’Brien J. inferred that it could reasonably be assumed that a loss of the type covered by the policy was or would be incurred. Although O’Brien J. regarded as significant that Gordon had actually incurred interest charges without questioning whether they were in fact covered by the Bond, he clearly rejected the argument that a loss had to be incurred before the limitation period would commence to run.

We are of the view that the undisputed facts in this case lend strong support to the motion judge’s inference. Without repeating all that is said in the background section, we would note that Gordon had, on or before June 26, 1991, found out that Account # 2 was not held by a DFI and that Rachar had lied concerning the account; it had borrowed \$90,000,000 to meet regulatory capital require-

requiert la tenue d’un procès et qu’il est donc opportun que le tribunal examine s’il y a lieu d’accorder un jugement sommaire. Voir *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, au par. 15; *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Ont.), aux pp. 267 et 268; *Irving Ungerman Ltd. c. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.), aux pp. 550 et 551. Une fois que l’auteur de la motion a fait cette démonstration, il incombe ensuite à la partie intimée «d’établir que son action a vraiment des chances de réussir» (*Hercules*, précité, au par. 15).

La défense fondée sur le délai de prescription soulève des questions mixtes de fait et de droit. Le juge O’Brien a conclu que les différends portaient uniquement sur l’application du droit. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette conclusion.

Suivant l’article 3 de la police, la découverte d’un sinistre requiert seulement l’existence de faits suffisants pour inciter une personne raisonnable à supposer qu’un sinistre du genre visé par la police surviendra. Il peut y avoir découverte sans qu’il soit nécessaire de décider péremptoirement que le sinistre est visé par la police. Après avoir convenu que Gordon savait que son employé avait agi frauduleusement avant le 16 juillet 1991 et qu’elle avait déjà payé des intérêts sur un prêt de 90 000 000 \$ contracté pour satisfaire à ses obligations de capital réglementaire, le juge O’Brien a déduit que l’on pouvait raisonnablement supposer qu’un sinistre du genre visé par la police était survenu ou surviendrait. Même s’il a jugé significatif le fait que Gordon ait payé des intérêts sans se demander s’ils étaient effectivement visés par la police, le juge O’Brien a clairement rejeté l’argument qu’un sinistre devait être survenu pour que le délai de prescription commence à courir.

Nous sommes d’avis que les faits non contestés en l’espèce étayent fortement la déduction du juge des requêtes. Sans reprendre tout ce qui a été dit pour décrire le contexte, nous tenons à souligner que, le 26 juin 1991 ou avant cette date, Gordon avait découvert que le compte n° 2 n’était pas détenu par une IFD et que Rachar avait menti au sujet de ce compte; elle avait emprunté

28

29

30

ments, hired forensic accountants and instructed its law firm, notified the Toronto Stock Exchange, suspended Rachar and prevented him from entering their premises. Shortly thereafter, Gordon filed a notice of loss and became suspicious of a Rachar-Lett relationship. The filing of a notice of loss in itself is a strong indication that Gordon reasonably assumed that a loss covered by the Bond had been or would be incurred. The fact that the interest paid on account of the loan may eventually not be covered under the Bond is immaterial since a reasonable person would assume it fits within the definition of "a loss of a type covered by [the] bond". Likewise, suspicion in itself is not sufficient to constitute discovery, but coupled with all other material facts it would cause a reasonable person to assume a loss has been or will be incurred and a personal benefit is involved.

90 000 000 \$ pour satisfaire aux exigences de capital réglementaire, retenu les services de juricomptables et donné des directives à son cabinet d'avocats, avisé la Bourse de Toronto et suspendu Rachar à qui elle avait interdit l'accès à ses locaux. Peu après, Gordon a déposé un avis de sinistre et commencé à soupçonner l'existence d'un lien entre Rachar et Lett. Le dépôt d'un avis de sinistre est en soi un indice convaincant que Gordon supposait raisonnablement qu'un sinistre visé par la police était survenu ou surviendrait. La possibilité que les intérêts payés sur le prêt ne soient pas éventuellement visés par la police est sans importance, étant donné qu'une personne raisonnable supposerait qu'ils répondent à la définition d'un «sinistre du genre visé par la [. . .] police». De même, un doute n'est pas suffisant en soi pour qu'il y ait découverte, mais combiné à tous les autres faits importants, il inciterait une personne raisonnable à supposer qu'un sinistre est survenu ou surviendra et qu'un avantage personnel est en cause.

31

Gordon objected that the various affidavits of Bailey raised a credibility issue sufficient to require a trial. O'Brien J. disagreed. Reading the various affidavits, he was of the view that Bailey's reversal of position after a limitation period defence had been asserted did not create a genuine issue for trial. We agree with that finding. The reversal was based on Bailey's opinion that actual knowledge that Rachar had benefited from his transactions was determinative. The affidavit of November 22, 1995 states that the June 26, 1991 date was used only because this was the date at which Gordon knew it had to meet a capital requirement, not because it believed that a loss of the type covered by the Bond had occurred. O'Brien J. looked at this in the context of the proceedings, taking into account the sophistication of the parties and the fact that they had been discussing their problem with forensic accountants and outside legal counsel. We do not find his conclusion to be unreasonable, especially in view of the fact that the true test of discoverability is an objective one under the terms of section 3 of the Bond. We would add that the trial judge's ruling on this point is entirely consistent with previous decisions holding that a self-serving affidavit is not suffi-

Gordon a fait valoir que les divers affidavits de Bailey soulevaient une question de crédibilité suffisante pour nécessiter la tenue d'un procès. Le juge O'Brien n'était pas de cet avis. Après avoir lu ces différents affidavits, il a conclu que le revirement d'opinion de Bailey après que le délai de prescription eut été invoqué en défense n'a pas donné naissance à une véritable question requérant la tenue d'un procès. Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Ce revirement reposait sur l'avis de Bailey que la connaissance réelle du fait que Rachar avait tiré avantage de ses opérations était déterminante. Selon l'affidavit du 22 novembre 1995, la date du 26 juin 1991 n'était retenue que parce que Gordon savait alors qu'elle devait satisfaire à une exigence de capital et non parce qu'elle croyait qu'un sinistre du genre visé par la police était survenu. Le juge O'Brien a examiné cette question dans le contexte de l'instance, en tenant compte du fait que les parties étaient des parties avisées qui avaient discuté de leur problème avec des juricomptables et des avocats de l'extérieur. Sa conclusion ne nous paraît pas déraisonnable, particulièrement à la lumière du fait que le véritable critère de la possibilité de découvrir est objectif selon le libellé de l'article 3 de la police. Nous

cient in itself to create a triable issue in the absence of detailed facts and supporting evidence. See *Rogers Cable TV Ltd. v. 373041 Ontario Ltd.* (1994), 22 O.R. (3d) 25 (Gen. Div.); *Confederation Trust Co. v. Alizadeh*, [1998] O.J. No. 408 (QL) (Gen. Div.).

Gordon insists that the facts known to Gordon did not suffice to cause a reasonable person to assume a loss “of a type” covered by the Bond. O’Brien J. did not discuss this issue except to say that the loss he contemplated was the one described in the “Discovery” section. We believe that on a proper reading of the Bond, a loss of the type covered is simply a loss resulting from employee dishonesty with the presumption that the manifest intent of such behaviour was personal gain. This is the only interpretation that accords with the nature of the fidelity bond and which makes commercial sense. To require evidence of an actual benefit would defeat the purpose of an early notification provision which specifically excludes the need to establish an actual loss. It would also expose the insurer to “long tail” claims (evidence of a personal benefit could come years after evidence of a loss), as argued by the respondent Chubb, and contradict the normal assumption that dishonesty, fraud and deceit are usually associated with personal benefit.

Gordon also argues that the question of law is uncertain. In his factum, counsel for Gordon argues that discovery is only established when there is knowledge of a “real loss”, or knowledge of all of the facts which the insured must prove in order to entitle him or her to judgment. In fact, the issue is simply one regarding the interpretation of the Bond.

tenons à ajouter que la décision du juge de première instance sur ce point est entièrement compatible avec la jurisprudence antérieure voulant qu’en l’absence d’un exposé détaillé des faits et d’éléments de preuve à l’appui, un affidavit intéressé n’est pas suffisant en soi pour donner naissance à une question susceptible de faire l’objet d’un débat judiciaire. Voir *Rogers Cable TV Ltd. c. 373041 Ontario Ltd.* (1994), 22 O.R. (3d) 25 (Div. gén.); *Confederation Trust Co. c. Alizadeh*, [1998] O.J. No. 408 (QL) (Div. gén.).

Gordon souligne que les faits qu’elle connaissait n’étaient pas suffisants pour inciter une personne raisonnable à supposer l’existence d’un sinistre «du genre» visé par la police. Le juge O’Brien n’a pas analysé cette question, sauf qu’il a dit que le sinistre qu’il envisageait était celui décrit à la rubrique «Découverte». Nous croyons que, selon une juste interprétation de la police, un sinistre du genre visé correspond simplement au sinistre résultant de la malhonnêteté d’un employé qui, présume-t-on, avait manifestement l’intention de réaliser un gain personnel. C’est la seule interprétation qui soit compatible avec la nature de l’assurance contre les détournements et qui soit logique sur le plan commercial. Exiger la preuve d’un avantage réel irait à l’encontre de l’objectif d’une disposition en matière de préavis, qui exclut expressément la nécessité d’établir un sinistre réel. Cela exposerait également l’assureur à des réclamations à long terme (la preuve d’un avantage personnel pouvant être obtenue plusieurs années après la preuve d’un sinistre), comme le fait valoir l’intimée Chubb, et serait contraire à la supposition normale que la malhonnêteté, la fraude et la tromperie vont habituellement de pair avec l’avantage personnel.

Gordon soutient également que la question de droit est incertaine. Dans son mémoire, l’avocat de Gordon prétend qu’il n’y a découverte que s’il y a connaissance d’un «sinistre réel» ou de tous les faits que l’assuré doit établir pour avoir droit à un jugement. En réalité, le litige concerne simplement l’interprétation de la police.

32

33

34

Section 3 of the bond first requires that the insured “becomes aware of facts”. This simply means “being informed of” facts. It then provides that those facts “would cause a reasonable person to assume”. This is an objective test that does not require a definitive finding, but an assumption. Another component is that those facts relate to a possible loss “of a type covered by [the] bond”. These broad terms refer to the nature of the coverage involved, namely, fidelity insurance. The type of conduct contemplated is dishonest conduct. The section specifies that the loss “has been or will be incurred”. This excludes the requirement of actual loss and introduces the notion that the insured may be subject to a loss. The last part of the section specifies the following: “regardless of when the act or acts causing or contributing to such loss occurred, even though the exact amount or details of loss may not then be known”; this is also inconsistent with Gordon’s argument that the loss must be incurred. It specifies that the limitation runs from the first evidence establishing discovery.

35

We agree that there is no legal issue to be resolved at trial. The application of the law as stated to the facts is exactly what is contemplated by the summary judgment proceeding. The motion judge found that the undisputed facts met the definition of discovery of loss under the Bond and that a reasonable person would have assumed that they were sufficient to establish that a loss of a type covered by the Bond had been or would be incurred. The Court of Appeal did not provide sufficient reasons on this issue for us to comment. It did not describe the factual disputes in the case, except to say that the interest paid on the loan of \$90,000,000 before June 26, 1991 may not have been a covered loss. As mentioned earlier, this last comment is inconsistent with the fact that the Bond does not require that facts known by the insured be ultimately proved to relate to an actual recoverable loss. With regard to the alleged uncertainty of the term “loss”, the Court of Appeal

L’article 3 de la police exige premièrement que l’assuré [TRADUCTION] «pren[ne] connaissance de faits». Cela signifie simplement qu’il doit «être informé» des faits. Il prévoit ensuite que ces faits doivent être «de nature à inciter une personne raisonnable à supposer». Il s’agit d’un critère objectif qui requiert non pas une conclusion définitive mais une supposition. Un autre élément veut que ces faits se rapportent à un éventuel sinistre «du genre visé par la [. . .] police». Ces termes généraux renvoient à la nature de la protection en cause, à savoir une assurance contre les détournements. Le genre de comportement envisagé est le comportement malhonnête. L’article précise que le sinistre «est survenu ou surviendra», ce qui exclut l’exigence de sinistre réel et laisse entendre que l’assuré peut être victime d’un sinistre. La dernière partie de l’article précise ceci: «peu importe le moment où ont été accomplis l’acte ou les actes qui ont causé le sinistre ou y ont contribué, même s’il se peut que le montant exact ou le détail du sinistre ne soit pas encore connu»; cela est également incompatible avec l’argument de Gordon que le sinistre doit être survenu. L’article indique que le délai de prescription commence à courir dès l’obtention du premier élément de preuve établissant la découverte.

Nous convenons qu’il n’existe aucune question de droit à trancher au procès. L’application du droit énoncé aux faits est exactement ce qui est envisagé par la procédure de jugement sommaire. Le juge des requêtes a conclu que les faits non contestés répondaient à la définition de la découverte d’un sinistre contenue dans la police et qu’une personne raisonnable aurait supposé qu’ils étaient suffisants pour établir qu’un sinistre du genre visé par la police était survenu ou surviendrait. À cet égard, la Cour d’appel n’a pas exposé de motifs suffisants pour que nous puissions les commenter. Sa description des différends relatifs aux faits de l’affaire se résume à une affirmation qu’il se pouvait que les intérêts payés sur le prêt de 90 000 000 \$ avant le 26 juin 1991 ne soient pas un sinistre visé. Tel que mentionné précédemment, cette dernière observation est incompatible avec le fait que la police n’exige pas qu’il s’avère en fin de compte que les faits connus de l’assuré se rappor-

agreed with O'Brien J. We are also of the view that no issue for trial has been established in this regard.

We would therefore conclude that the motions judge committed no error in determining that this was a proper case for summary judgment. Gordon has not met the evidentiary burden to show there is a genuine issue for trial.

(2) *Was Guarantee Precluded from Relying on the Limitations Clause in Section 5(d) of the Bond by Reason of Its Rescission of the Bond?*

For the purposes of bringing a summary motion, Guarantee agreed to proceed on the basis that its rescission of the Bond was wrongful. Accordingly, the issue to be determined on the motion was the legal question of whether wrongful rescission precluded Guarantee from relying on the contractual limitation period contained in the Bond as a defence to Gordon's claim for coverage.

Given both parties' assumption that Guarantee's rescission was wrongful, it is not necessary to address the effect of the contract's limitations period assuming a valid rescission. However, we believe it is worthwhile, both as background and to eliminate some apparent confusion, to address the distinction between rescission and repudiation. This done, we will turn to the question of whether a limitations clause can survive a wrongful rescission.

(a) The Distinction Between Rescission and Repudiation

A fundamental confusion seems to exist over the meaning of the terms "rescission" and "repudiation". This confusion is not a new one, as it has plagued common law jurisdictions for years.

tent à un sinistre réel pouvant donner lieu à indemnisation. Quant au prétendu sens incertain du terme «sinistre», la Cour d'appel a souscrit à l'avis du juge O'Brien. Nous estimons également que l'existence d'une question justifiant la tenue d'un procès n'a pas été établie à cet égard.

Nous sommes donc d'avis de conclure que le juge des requêtes n'a commis aucune erreur en décidant que l'affaire se prêtait à un jugement sommaire. Gordon n'a pas satisfait à l'obligation de prouver l'existence d'une véritable question justifiant la tenue d'un procès.

(2) *Après avoir résilié la police, Guarantee était-elle empêchée d'invoquer la clause du délai de prescription contenue à l'article 5d) de cette police?*

Afin de présenter sa motion visant à obtenir un jugement sommaire, Guarantee a accepté de tenir pour acquis que sa résiliation de la police était injustifiée. Il s'agissait donc de trancher, dans le cadre de cette motion, la question juridique de savoir si la résiliation injustifiée empêchait Guarantee d'invoquer le délai de prescription prévu dans la police pour se défendre contre la réclamation de Gordon.

Étant donné que les deux parties supposent que la résiliation par Guarantee était injustifiée, il n'est pas nécessaire d'aborder l'effet du délai de prescription contractuel en cas de résiliation valide. Nous croyons toutefois qu'il vaut la peine d'aborder la distinction qui existe entre la résiliation et la répudiation, à la fois pour comprendre la situation et pour éliminer la confusion qui semble exister dans la jurisprudence et les ouvrages de doctrine. Une fois cela fait, nous examinerons si une clause établissant un délai de prescription peut s'appliquer malgré une résiliation injustifiée.

a) La distinction entre résiliation et répudiation

Il semble exister une confusion fondamentale au sujet du sens des mots «résiliation» et «répudiation». Cette confusion, qui n'est pas nouvelle, règne depuis des années dans les ressorts de

36

37

38

39

Rescission is a remedy available to the representee, *inter alia*, when the other party has made a false or misleading representation. A useful definition of rescission comes from Lord Atkinson in *Abram Steamship Co. v. Westville Shipping Co.*, [1923] A.C. 773 (H.L.), at p. 781:

Where one party to a contract expresses by word or act in an unequivocal manner that by reason of fraud or essential error of a material kind inducing him to enter into the contract he has resolved to rescind it, and refuses to be bound by it, the expression of his election, if justified by the facts, terminates the contract, puts the parties in status quo ante and restores things, as between them, to the position in which they stood before the contract was entered into.

See similarly G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at p. 807.

common law. Une partie peut résilier un contrat notamment dans le cas où l'autre partie lui a fait une déclaration fautive ou trompeuse. Lord Atkinson donne une définition utile de la résiliation dans *Abram Steamship Co. c. Westville Shipping Co.*, [1923] A.C. 773 (H.L.), à la p. 781:

[TRADUCTION] Lorsqu'une partie à un contrat exprime sans équivoque, par des paroles ou par des actes, qu'elle a décidé de résilier un contrat parce qu'elle a été amenée à le conclure par fraude ou à la suite d'une erreur essentielle sur un aspect important du contrat, et qu'elle refuse d'être liée par celui-ci, l'expression de son choix, s'il est justifié par les faits, met fin au contrat, ramène les parties au statu quo antérieur et les remet dans la situation où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat.

Voir de même G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (3^e éd. 1994), à la p. 807.

40

Repudiation, by contrast, occurs “by words or conduct evincing an intention not to be bound by the contract. It was held by the Privy Council in *Clausen v. Canada Timber & Lands, Ltd.* [[1923] 4 D.L.R. 751], that such an intention may be evinced by a refusal to perform, even though the party refusing mistakenly thinks that he is exercising a contractual right” (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4th ed. 1999), at para. 620). Contrary to rescission, which allows the rescinding party to treat the contract as if it were void *ab initio*, the effect of a repudiation depends on the election made by the non-repudiating party. If that party treats the contract as still being in full force and effect, the contract “remains in being for the future on both sides. Each (party) has a right to sue for damages for *past or future breaches*” (emphasis in original): *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (12th ed. 1991), by M. P. Furmston, at p. 541. If, however, the non-repudiating party accepts the repudiation, the contract is terminated, and the parties are discharged from future obligations. Rights and obligations that have already matured are not extinguished. Furmston, *supra*, at pp. 543-44.

Par contre la répudiation se fait [TRADUCTION] «par des mots ou une conduite traduisant l'intention de ne pas être lié par le contrat. Dans l'arrêt *Clausen c. Canada Timber & Lands, Ltd.* [[1923] 4 D.L.R. 751], le Conseil privé a statué que le refus d'exécuter un contrat peut dénoter une telle intention, même si la partie qui exprime ce refus pense à tort qu'elle exerce un droit contractuel» (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4^e éd. 1999), au par. 620). Contrairement à la résiliation qui permet à la partie qui résilie le contrat de le considérer comme étant nul au départ, l'effet de la répudiation dépend du choix que fait la partie autre que celle qui répudie le contrat. Si cette dernière considère que le contrat est toujours parfaitement exécutoire, le contrat [TRADUCTION] «reste en vigueur à l'avenir pour les deux parties. Chacune (des parties) a le droit d'intenter une action en dommages-intérêts pour *toute rupture passée ou future*» (en italique dans l'original): *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (12^e éd. 1991), par M. P. Furmston, à la p. 541. Cependant, si la partie autre que celle qui répudie le contrat accepte la répudiation, le contrat prend fin et les parties sont libérées de leurs obligations futures. Les droits et obligations qui sont déjà arrivés à échéance ne sont pas éteints. Furmston, *op. cit.*, aux pp. 543 et 544.

So much is relatively clear. Problems have arisen, however, from misuse of the word “rescission” to describe an accepted repudiation. In *Keneric Tractor Sales Ltd. v. Langille*, [1987] 2 S.C.R. 440, at p. 455, Wilson J., writing for the Court, addressed the distinction as follows:

The modern view is that when one party repudiates the contract and the other party accepts the repudiation the contract is at this point terminated or brought to an end. The contract is not, however, rescinded in the true legal sense, i.e., in the sense of being voided *ab initio* by some vitiating element. The parties are discharged of their prospective obligations under the contract as from the date of termination but the prospective obligations embodied in the contract are relevant to the assessment of damages: see *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367, [1979] 1 All E.R. 883 (H.L.), and *Moschi v. Lep Air Services Ltd.*, [1973] A.C. 331, [1972] 2 All E.R. 393 (H.L.). [Emphasis added.]

See similarly Waddams, *supra*, at para. 629; Furmston, *supra*, at p. 287, note 12; G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9th ed. 1995), at p. 341; S. Williston, *A Treatise on the Law of Contracts* (3rd ed. 1970), by W. H. E. Jaeger, vol. 12, § 1454A, at p. 13; cf. *Sail Labrador Ltd. v. Challenge One (The)*, [1999] 1 S.C.R. 265, at paras. 31 and 50.

However, merely clarifying the distinction between rescission and an accepted repudiation does not end the discussion. Since “rescission” has frequently been used to describe an accepted repudiation, courts must be sensitive to the potential for misuse. To that end, courts must analyse the entire context of the contract and give effect, where possible, to the intent of the parties. If they intended “rescission” to mean “an accepted repudiation”, then the contract should be interpreted as such. For example, in *Mills v. S.I.M.U. Mutual Insurance Association*, [1970] N.Z.L.R. 602 (C.A.), the court held that a clause stating that in the event of false statements the policy “shall be void”, was in fact a repudiation clause. Crucial to the court’s reasoning in that case was the fact that the clause in question

Tout cela est relativement clair. Des problèmes découlent toutefois de l’emploi abusif du mot «résiliation» pour décrire une répudiation acceptée. Dans l’arrêt *Keneric Tractor Sales Ltd. c. Langille*, [1987] 2 R.C.S. 440, à la p. 455, le juge Wilson, qui a rédigé les motifs de la Cour, a analysé cette distinction:

Selon la conception moderne, lorsqu’une partie répudie le contrat et que l’autre partie accepte la résiliation, le contrat prend fin à ce moment-là. Toutefois, le contrat n’est pas résilié au sens juridique véritable du terme, c’est-à-dire en ce sens que la présence d’un certain élément a pour effet de le rendre nul au départ. Les parties sont libérées de leurs obligations futures aux termes du contrat à compter de la date où celui-ci est résilié, mais les obligations futures incorporées dans le contrat sont pertinentes pour ce qui est d’évaluer les dommages-intérêts: voir *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367, [1979] 1 All E.R. 883 (H.L.), et *Moschi v. Lep Air Services Ltd.*, [1973] A.C. 331, [1972] 2 All E.R. 393 (H.L.). [Nous soulignons.]

Voir de même Waddams, *op. cit.*, au par. 629; Furmston, *op. cit.*, à la p. 287, note 12; G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9^e éd. 1995), à la p. 341; S. Williston, *A Treatise on the Law of Contracts* (3^e éd. 1970), par W. H. E. Jaeger, vol. 12, § 1454A, à la p. 13; comparer *Sail Labrador Ltd. c. Challenge One (Le)*, [1999] 1 R.C.S. 265, aux par. 31 et 50.

Toutefois, la simple clarification de la distinction qui existe entre une résiliation et une répudiation acceptée ne met pas fin à la discussion. Comme le terme «résiliation» a été fréquemment utilisé pour décrire une répudiation acceptée, les tribunaux doivent être conscients du risque d’emploi abusif de ce terme. À cette fin, ils doivent analyser le contexte intégral du contrat et, si possible, mettre à exécution l’intention des parties. Si ces dernières ont voulu que le terme «résiliation» s’entende d’une «répudiation acceptée», le contrat doit être interprété ainsi. Par exemple, dans l’arrêt *Mills c. S.I.M.U. Mutual Insurance Association*, [1970] N.Z.L.R. 602 (C.A.), la cour a statué qu’une clause qui prévoyait qu’en cas de fausses déclarations la police serait [TRADUCTION] «nulle» était en fait une clause de répudiation. Le fait que la clause en question prévoyait la perte du droit aux primes a

provided for forfeiture of premiums. Turner J. therefore concluded, at p. 609, that

the policy does not provide that the consequences of an untrue statement shall be that the policy shall be deemed void *ab initio*, as if it had never come into existence, for the premium is to be forfeited. . . . I therefore construe the clause to mean that an untrue statement shall entitle the respondent to repudiate liability under the policy, while keeping the premium.

Of course, contrary to the facts in this appeal, the actual term “rescission” was not used in *Mills*. Nonetheless, we must always examine whether the use of the word rescission is indeed consistent with the parties’ intent.

43 Before turning to the issue of intent, however, one must determine whether rescission is even available. As Treitel notes regarding the law in England, *supra*, at p. 347:

Before the Misrepresentation Act it was clear that a person could rescind a contract for a misrepresentation which did *not* form part of the contract; but it was doubtful whether this right to rescind survived where the misrepresentation was later incorporated into the contract as one of its terms. [Emphasis in original.]

However, the *Misrepresentation Act 1967* (U.K.), 1967, c. 7, s. 1, cleared up that question in England, providing that “a person shall be entitled to rescind notwithstanding that the misrepresentation has become a term of the contract” (Treitel, *supra*, at p. 347).

44 In Canada, the issue is somewhat less clear. The state of the law is best summarized by Waddams, *supra*, at para. 427:

If the [misrepresentation] is a term of the contract . . . the mistaken party is entitled to damages as for breach of contract. Whether the party is further entitled to set aside the transaction and demand restitution of the contractual benefits transferred will depend upon . . . whether the breach is “substantial” or “goes to the root of” the contract.

joué un rôle crucial dans le raisonnement de la cour. En conséquence, le juge Turner a conclu, à la p. 609, que

[TRADUCTION] la police ne prévoit pas qu’une déclaration erronée fera en sorte que la police sera réputée nulle au départ comme si elle n’avait jamais existé, puisqu’il doit y avoir perte du droit à la prime. [. . .] Je considère par conséquent que la clause signifie qu’une déclaration erronée habilite l’intimé à répudier sa responsabilité en vertu de la police, tout en conservant la prime.

Il va sans dire que, contrairement à ce qui s’est passé dans le présent pourvoi, le mot «résiliation» («*rescission*») n’a pas été employé dans l’arrêt *Mills*. Néanmoins, nous devons toujours examiner si l’emploi du terme «résiliation» est vraiment compatible avec l’intention des parties.

Avant d’examiner la question de l’intention, il faut déterminer s’il y a même une possibilité de résiliation. Comme Treitel, *op. cit.*, à la p. 347, le fait observer au sujet du droit en vigueur en Angleterre:

[TRADUCTION] Avant l’adoption de la *Misrepresentation Act*, il était clair qu’une personne pouvait résilier un contrat en raison d’une déclaration inexacte qui *ne* faisait *pas* partie du contrat; mais on ne savait pas si ce droit de résilier un contrat continuait d’exister lorsque la déclaration inexacte était par la suite incorporée dans le libellé du contrat. [En italique dans l’original.]

La *Misrepresentation Act 1967* (R.-U.), 1967, ch. 7, art. 1, a toutefois clarifié cette question en Angleterre, en prévoyant [TRADUCTION] «qu’une personne a droit à la résiliation même si la déclaration inexacte est devenue une clause du contrat» (Treitel, *op. cit.*, à la p. 347).

Au Canada, cette question est un peu moins claire. C’est Waddams, *op. cit.*, au par. 427, qui résume le mieux l’état du droit:

[TRADUCTION] Si la [déclaration inexacte] constitue une clause du contrat [. . .] la partie qui s’est méprise a droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. La question de savoir si la partie aura en outre le droit d’annuler l’opération et d’exiger la restitution des avantages conférés par le contrat dépend [. . .] de celle de savoir si l’inexécution est «substantielle» ou «touche à l’essence même» du contrat.

A breach that is “substantial” or “goes to the root of” the contract is often also described as a material breach; see, for example, Fridman, *supra*, at p. 293: “A misrepresentation is a misstatement of some fact which is material to the making or inducement of a contract”. The misrepresentation in this case was in the application, and was thereby incorporated into the Bond. Specifically, the misrepresentation complained of was, as stated in Guarantee’s August 5, 1992 letter to Gordon that

in respect of customer accounts a partner, officer or other designated responsible employee who has no other duties in connection with the account [would review] each account monthly checking for excessive or improper activity. The proof of loss discloses that no one other than Rachar was charged with reviewing the accounts in question.

The question, in light of the law as stated in Waddams, *supra*, and Fridman, *supra*, is whether the misrepresentation is “substantial”, “material”, or “goes to the root of” the contract. This brings us back to the issue of the parties’ intent, for whether the rescission is warranted is at least in part a question of intent.

Whether the misrepresentation is material is a complicated question on which there is an extensive body of case law. However, these precedents are not entirely apposite, as they generally do not involve contracts, like this one, that use the term “rescission” to define the remedy for a misrepresentation in the application. The rescission clause in this appeal reads as follows:

The insured represents that the information furnished in the application for this bond is complete, true and correct. Such application constitutes part of this bond.

Any misrepresentation, omission, concealment or incorrect statement of a material fact, in the application or otherwise, shall be grounds for the rescission of this bond. [Emphasis added.]

L’inexécution qui est «substantielle» ou qui «touche à l’essence même» du contrat est souvent qualifiée d’importante; voir, par exemple, Fridman, *op. cit.*, à la p. 293: [TRADUCTION] «Une déclaration inexacte est un exposé erroné d’un fait important pour conclure ou pour inciter à conclure un contrat». La déclaration inexacte en l’espèce figurait dans la demande et a donc été incorporée dans la police. Plus précisément, la déclaration inexacte reprochée, selon la lettre du 5 août 1992 que Guarantee a fait parvenir à Gordon, était la suivante:

[TRADUCTION] en ce qui a trait aux comptes clients, un associé, un dirigeant ou un autre employé désigné n’ayant aucune autre responsabilité relativement au compte en question [procéderait] à un examen mensuel de chacun de ces comptes en vue de vérifier s’ils ont fait l’objet d’une activité abusive ou irrégulière. La preuve de sinistre révèle que seul Rachar était chargé d’examiner les comptes en question.

La question qui se pose, compte tenu de l’état du droit exposé par Waddams, *op. cit.*, et Fridman, *op. cit.*, est de savoir si la déclaration inexacte est «substantielle», «importante» ou «touche à l’essence même» du contrat. Cela nous ramène à la question de l’intention des parties car la question de savoir si la résiliation est justifiée est tout au moins en partie une question d’intention.

La question de savoir si la déclaration inexacte est importante est complexe et fait l’objet d’une jurisprudence abondante. Toutefois, cette jurisprudence n’est pas tout à fait pertinente puisqu’en général il n’y est pas question de contrats, comme celui dont il est question en l’espèce, où le mot «résiliation» est utilisé pour définir le recours applicable à une déclaration inexacte dans la demande. La clause de résiliation dont il est question en l’espèce se lit ainsi:

[TRADUCTION] L’assuré déclare que les renseignements fournis dans la demande de police sont complets et exacts. La demande fait partie de la police.

Toute déclaration inexacte, omission, dissimulation ou description erronée d’un fait important, dans la présente demande ou ailleurs, constitue un motif de résiliation de la présente police. [Nous soulignons.]

By stating that a misrepresentation in the application would be grounds for rescission, the parties effectively stated their intent that such a misrepresentation is “substantial” and “goes to the root of” the contract. The reference to misrepresentations of “material fact” suggests the same conclusion. These are sophisticated parties that can be expected to know the meaning of fundamental legal terms such as “rescission”, and it is appropriate to give effect to their intent as expressed in the plain words of the contract. As stated by Wilson J. in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, at p. 505, “parties of equal bargaining power should be allowed to make their own bargains”. See similarly, at p. 458, *per* Dickson C.J. This point is discussed more fully *infra*, at paras. 54-56.

En précisant qu’une déclaration inexacte dans la demande justifierait la résiliation, les parties ont effectivement indiqué leur intention qu’une telle déclaration inexacte soit «substantielle» et «touche à l’essence même» du contrat. La mention de la description erronée d’un «fait important» inspire la même conclusion. Les parties sont avisées et on peut donc s’attendre à ce qu’elles connaissent le sens de termes juridiques fondamentaux comme la «résiliation»; il convient de mettre à exécution l’intention qu’elles ont clairement exprimée dans le contrat. Comme l’a dit le juge Wilson dans l’arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, à la p. 505, «il devrait être permis à des parties qui ont négocié à armes égales de conclure leur propre contrat». Voir, dans le même ordre d’idées, à la p. 458, le juge en chef Dickson. Cette question est approfondie plus loin, aux par. 54 à 56.

46

Aside from our general reluctance to disturb the choice of terms by sophisticated commercial parties, we note in passing that the appellant not only rescinded the contract, but also tendered return of the insurance premiums. Their letter of August 5, 1992 stated their intention to rescind the policy, and they enclosed a cheque for \$106,000, representing the premiums paid by Gordon under the policy. This distinguishes this case from *Mills*, *supra*, and demonstrates Guarantee’s attempt to effect a restitution and restore the parties to the *status quo ante*, a crucial aspect of rescission. See Waddams, *supra*, at para. 424. While obviously not conclusive evidence of their contractual intentions, this evidence confirms the earlier conclusion that “rescission”, as used in this contract, did indeed mean just that.

Outre notre réticence générale à modifier les termes choisis par des parties commerciales avisées, nous soulignons en passant que l’appelante a non seulement résilié le contrat, mais qu’elle a aussi offert de rembourser les primes d’assurance. Dans sa lettre du 5 août 1992, elle a exprimé son intention de résilier la police et a joint un chèque de 106 000 \$ représentant le montant des primes versées par Gordon en vertu de la police. Cela distingue la présente affaire de l’arrêt *Mills*, précité, et démontre que Guarantee a tenté d’effectuer une restitution et de remettre les parties dans la situation où elles se trouvaient antérieurement, un aspect crucial de la résiliation. Voir Waddams, *op. cit.*, au par. 424. Bien qu’elle ne soit manifestement pas concluante quant aux intentions des parties contractantes, cette preuve confirme la conclusion précédente que le mot «résiliation», utilisé dans le présent contrat, signifiait précisément cela.

47

In summary, a misrepresentation, even one that was incorporated into the contract, gives the innocent party the option of rescinding the contract, i.e. to have it declared void *ab initio*. The misrepresentation must be “material”, “substantial” or “g[o] to the root of” the contract. We express no opinion on the availability of damages in such cases. Repudiation, by contrast, occurs when one party indicates

En résumé, une déclaration inexacte, même si elle a été incorporée dans le contrat, donne à la partie innocente la possibilité de résilier le contrat, c’est-à-dire de le faire déclarer nul au départ. La déclaration inexacte doit être «importante», «substantielle» ou «touche[r] à l’essence même» du contrat. Nous ne nous prononçons pas sur la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en

its intention not to fulfill any future obligations under the contract. If the other party accepts the repudiation, the contract is terminated, not rescinded. To use “rescission” and “accepted repudiation” synonymously can lead only to confusion and should be avoided. Where there is some doubt as to whether repudiation or rescission is intended, courts should look to such factors as the context of the contract, particularly the intent of the parties. For sophisticated parties, it will take strong evidence to displace the meaning suggested by the parties’ choice of language in the contract itself. In this case, because both parties agreed to the word “rescission”, and Guarantee acted in accordance with that intention, the consequence of a valid rescission based on Gordon’s misrepresentation is the avoidance of the contract, and Guarantee’s release from any liability thereunder.

(b) Effect of the Contractual Limitation Period Assuming Wrongful Rescission of the Bond by Guarantee

In the event that Gordon did not misrepresent the extent of the risk involved in applying for the fidelity bond, we can assume for the purposes of this part of the analysis that Guarantee wrongfully denied coverage to Gordon on the basis of misrepresentation. The issue then is to determine the legal consequences of a wrongful rescission. Both parties agree that a substantial failure of contractual performance, often described in other contexts as a fundamental breach, may relieve the non-breaching party from future executory obligations under the contract. The extent of disagreement between the parties concerns whether Guarantee’s actions constituted a fundamental breach, and whether a time limitation provision is one such executory obligation from which the non-breaching party, here Gordon, is excused.

Guarantee submits that, in the event that its wrongful rescission amounts to fundamental

pareils cas. Par contre, la répudiation se produit lorsque l’une des parties manifeste son intention de ne pas exécuter les obligations futures qui lui incombent en vertu du contrat. Si l’autre partie accepte la répudiation, le contrat prend fin et n’est pas résilié. L’emploi des mots «résiliation» et «répudiation acceptée» comme synonymes ne peut qu’engendrer de la confusion et devrait être évité. Pour dissiper tout doute quant à savoir si c’est la répudiation ou la résiliation qui est voulue, les tribunaux devraient examiner des facteurs comme le contexte du contrat et, en particulier, l’intention des parties. Dans le cas de parties avisées, il faudra une preuve solide pour remplacer le sens qu’inspirent les mots que les parties ont choisi d’utiliser dans le contrat lui-même. En l’espèce, comme les deux parties ont accepté d’utiliser le mot «résiliation» et que Guarantee a agi conformément à cette intention, la conséquence d’une résiliation valide fondée sur la déclaration inexacte de Gordon est la résolution du contrat, Guarantee étant libérée de toutes les obligations en découlant.

(b) L’effet du délai de prescription contractuel en supposant que la résiliation de la police par Guarantee est injustifiée

Si jamais, dans sa demande d’assurance contre les détournements, Gordon n’a pas fait de déclaration inexacte quant à l’étendue du risque en cause, nous pouvons supposer, aux fins de ce volet de l’analyse, que Guarantee a eu tort de refuser d’indemniser Gordon pour ce motif. Il s’agit alors de déterminer les conséquences juridiques d’une résiliation injustifiée. Les deux parties conviennent que l’inexécution substantielle d’un contrat par une partie, souvent appelée «inexécution fondamentale» dans d’autres contextes, peut libérer l’autre partie de l’exécution future des obligations qui lui incombent en vertu du contrat. Le désaccord des parties porte sur la question de savoir si les actes de Guarantee constituaient une inexécution fondamentale et si une disposition relative au délai de prescription est une obligation non encore exécutée dont l’autre partie, en l’occurrence Gordon, est dispensée.

Guarantee prétend que, si la résiliation injustifiée de sa part équivaut à une inexécution

breach, the legal consequences are governed by the decision of the Court in *Hunter Engineering, supra*. For the purposes of this appeal, the relevant portion of the decision dealt with the scope of an exclusion clause limiting liability in a contract between the purchaser, Syncrude Canada Ltd. and the vendor, Allis-Chalmers Ltd. for the supply of extraction gearboxes for Syncrude's synthetic oil plant. The supply contract included a warranty limiting Allis-Chalmers's liability to 24 months from the date of shipment or 12 months from the date the equipment was put into operation, whichever occurred first. In addition, the contract contained a clause excluding Allis-Chalmers's liability pursuant to statutory warranties or conditions. The extraction boxes were put into service in November, 1977. It was not until nearly two years later, in September 1979, that the extraction boxes were found to be defective. Allis-Chalmers did not consider itself responsible for the costs of repair as the contractual warranty period had expired. Syncrude then sued Allis-Chalmers for breach of contract to cover the costs. At issue was whether Allis-Chalmers could enforce the clause excluding liability under the longer statutory warranty period.

fondamentale, les conséquences juridiques sont régies par l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, de notre Cour. Aux fins du présent pourvoi, la partie pertinente de cet arrêt traite de la portée d'une clause d'exclusion limitant la responsabilité qui figurait dans un contrat intervenu entre l'acheteur Syncrude Canada Ltd. et le vendeur Allis-Chalmers Ltd., pour la fourniture de boîtes d'engrenage d'extraction destinées à l'usine de pétrole synthétique de Syncrude. Le contrat d'approvisionnement comportait une garantie limitant la responsabilité d'Allis-Chalmers à 24 mois à compter de la date de livraison ou à 12 mois à compter de la date de mise en service du matériel, selon la première échéance. En outre, le contrat renfermait une clause exonérant Allis-Chalmers de toute responsabilité fondée sur des garanties ou conditions légales. Les boîtes d'engrenage ont été mises en service en novembre 1977. Ce n'est que presque deux ans plus tard, en septembre 1979, que ces boîtes se sont révélées défectueuses. Allis-Chalmers ne se considérait pas responsable du coût des réparations vu que la garantie contractuelle était expirée. Syncrude a alors intenté contre Allis-Chalmers une action fondée sur l'inexécution d'un contrat afin d'obtenir le remboursement de ces coûts. Il s'agissait de savoir si Allis-Chalmers pouvait mettre à exécution la clause d'exonération de responsabilité en vertu de la période de garantie plus longue.

50

The Court was called upon to consider the doctrine of fundamental breach, defined as a failure in the breaching party's performance of its obligations under the contract that deprives the non-breaching party of substantially the whole benefit of the agreement. Notwithstanding that in two separate minority reasons, Dickson C.J. (La Forest J. concurring) and Wilson J. (L'Heureux-Dubé J. concurring) concluded that the seriousness of the defects in the extraction boxes did not amount to a fundamental breach, both Dickson C.J. and Wilson J. discussed the legal consequences in the event that a fundamental breach had occurred. As to the circumstances in which the doctrine applied, Wilson J., at pp. 499-500, noted that the distinction between a mere contractual breach and a breach that is more appropriately characterized as funda-

Notre Cour était appelée à examiner le principe de l'inexécution fondamentale définie comme étant l'omission de l'une des parties de s'acquitter de ses obligations contractuelles, qui a pour effet de priver l'autre partie de la quasi-totalité du bénéfice du contrat. Même si, dans leurs motifs minoritaires respectifs, ils ont conclu que la gravité des défauts des boîtes d'engrenage n'équivalait pas à une inexécution fondamentale, le juge en chef Dickson (avec l'appui du juge La Forest) et le juge Wilson (avec l'appui du juge L'Heureux-Dubé) ont analysé les conséquences juridiques éventuelles d'une inexécution fondamentale. Quant aux circonstances dans lesquelles le principe s'appliquait, le juge Wilson a souligné, aux pp. 499 et 500, que la différence entre une simple inexécution de contrat et une inexécution qu'il convient

mental is the exceptional nature of the remedy; while the traditional remedy for contractual breach is the obligation to pay damages, a fundamental breach permits the non-breaching party to elect instead to put to an end all remaining performance obligations between the parties. Given the exceptional nature of the remedy, Wilson J. rightly noted that the purpose of the restrictive definition of a fundamental breach is to limit the remedy to those circumstances where the entire foundation of the contract has been undermined.

As to the appropriate methodology, both Dickson C.J. and Wilson J. noted the existence of two competing views of the consequences of fundamental breach within both Canada and the United Kingdom. The traditional approach was to apply a rule of law whereby the legal effect of a fundamental breach is to bring the contract to an end. The result would be that the breaching party would be unable to rely on any contractual provisions excluding liability pursuant to common law doctrines or statutory regimes, given that the contract was treated as at an end. The alternative approach addressed the consequences of fundamental breach as a matter of construction of the terms of the contract rather than a categorical rule of law. Courts are required to determine whether the contract, properly interpreted, provides that exclusion clauses shall be enforceable in the event of fundamental breach. If, as a matter of contractual interpretation, the parties clearly intended an exclusion clause to continue to apply in the event of fundamental breach, courts were required to enforce the bargain agreed to by the parties, rather than applying a rule of law to rewrite the terms of the contract.

Noting that the contractual interpretation approach was adopted in England in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), and in prior jurisprudence of the Court (see *B.G. Linton Construction Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1975] 2 S.C.R. 678;

davantage de qualifier de fondamentale réside dans la nature exceptionnelle de la réparation accordée; alors que la réparation traditionnelle pour une inexécution de contrat est l'obligation de payer des dommages-intérêts, l'inexécution fondamentale permet à l'autre partie au contrat de choisir plutôt de mettre fin à toutes les obligations non encore exécutées par les parties. Étant donné la nature exceptionnelle de la réparation, le juge Wilson a fait remarquer à juste titre que la définition restrictive de l'inexécution fondamentale a pour but de limiter la réparation prévue au cas où le fondement du contrat est miné au complet.

En ce qui concerne la méthodologie appropriée, le juge en chef Dickson et le juge Wilson soulignent tous deux l'existence, au Canada et au Royaume-Uni, de deux perceptions opposées des conséquences de l'inexécution fondamentale. La méthode traditionnelle consistait à appliquer une règle de droit selon laquelle l'inexécution fondamentale avait pour effet juridique de mettre fin au contrat. La partie coupable de l'inexécution était donc incapable d'invoquer des dispositions contractuelles d'exonération de responsabilité en application d'un principe de common law ou d'un régime législatif, étant donné que le contrat était considéré comme ayant pris fin. Selon l'autre méthode, les conséquences de l'inexécution fondamentale dépendaient de l'interprétation du contrat, et non d'une règle de droit catégorique. Les tribunaux doivent déterminer si le contrat, interprété correctement, prévoit que les clauses d'exclusion s'appliqueront en cas d'inexécution fondamentale. Si, sur le plan de l'interprétation du contrat, les parties avaient clairement voulu qu'une clause d'exclusion continue de s'appliquer en cas d'inexécution fondamentale, les tribunaux devaient mettre à exécution le contrat conclu par les parties, au lieu d'appliquer une règle de droit pour récrire le contrat.

Faisant observer que la méthode de l'interprétation du contrat a été adoptée en Angleterre dans l'arrêt *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.), et dans des arrêts antérieurs de notre Cour (*B.G. Linton Construction Ltd. c. Compagnie des chemins de fer*

Beaufort Realties (1964) Inc. v. Chomedey Aluminum Co., [1980] 2 S.C.R. 718), both Dickson C.J. and Wilson J. affirmed that whether fundamental breach prevents the breaching party from continuing to rely on an exclusion clause is a matter of construction rather than a rule of law. The only limitation placed upon enforcing the contract as written in the event of a fundamental breach would be to refuse to enforce an exclusion of liability in circumstances where to do so would be unconscionable, according to Dickson C.J., or unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy, according to Wilson J.

nationaux du Canada, [1975] 2 R.C.S. 678; *Beaufort Realties (1964) Inc. c. Chomedey Aluminum Co.*, [1980] 2 R.C.S. 718), le juge en chef Dickson et le juge Wilson ont confirmé que la question de savoir si l'inexécution fondamentale empêche la partie qui en est l'auteur de continuer d'invoquer une clause d'exclusion est une question d'interprétation plutôt que de règle de droit. En cas d'inexécution fondamentale, la seule restriction à l'exécution du contrat tel que rédigé consisterait à refuser d'appliquer une exonération de responsabilité dans le cas où il serait inique de le faire, selon le juge en chef Dickson, ou injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l'ordre public, selon le juge Wilson.

53

Guarantee submits, pursuant to *Hunter Engineering, supra*, that it is entitled to enforce the contractual time limitation period based on the intent of the parties that the provision would survive a wrongful rescission. Gordon contends, however, that the differences between exclusion of liability clauses and time limitation provisions is sufficiently substantial that the reasoning in *Hunter Engineering, supra*, cannot be extended to apply to the factual circumstances of this appeal. We note that in *Hunter Engineering, supra*, at p. 463, Dickson C.J. expressly confined his reasons to the use of fundamental breach in the context of clauses excluding liability. In our opinion, however, the policy rationale in support of the construction approach as applied to exclusion clauses is equally applicable to provisions limiting the time in which an action can be initiated.

Guarantee invoque l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, pour faire valoir qu'elle a le droit d'appliquer le délai de prescription contractuel du fait que les parties ont voulu que la disposition continue de s'appliquer malgré une résiliation injustifiée. Gordon soutient cependant que la différence entre les clauses d'exonération de responsabilité et les dispositions prévoyant un délai de prescription est suffisamment importante pour que l'application du raisonnement de l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, ne puisse pas être étendue aux faits du présent pourvoi. Nous remarquons que, à la p. 463 de cet arrêt, le juge en chef Dickson limite expressément ses motifs au recours à l'inexécution fondamentale dans le contexte de clauses d'exonération de responsabilité. Or, à notre avis, le raisonnement de principe qui sous-tend l'application de la méthode de l'interprétation aux clauses d'exclusion est tout autant applicable aux dispositions qui prescrivent le délai dans lequel une action peut être intentée.

54

As discussed by Dickson C.J. in *Hunter Engineering, supra*, at p. 458, when the House of Lords rejected the rule of law approach to fundamental breach in its decision in *Photo Production, supra*, Lord Wilberforce articulated the underlying policy rationale in favour of the construction approach as a matter of allowing the parties to make their own bargain, at p. 843, as follows:

Comme l'indique le juge en chef Dickson, à la p. 458 de l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, lorsque, dans l'arrêt *Photo Production*, précité, la Chambre des lords a rejeté la façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle d'une règle de droit, lord Wilberforce a énoncé ainsi le raisonnement de principe favorable à une méthode d'interprétation selon laquelle les parties sont autorisées à conclure leur propre contrat (à la p. 843):

At the stage of negotiation as to the consequences of a breach, there is everything to be said for allowing the

[TRADUCTION] Au stade des négociations portant sur les conséquences de l'inexécution, il y a toutes les

parties to estimate their respective claims according to the contractual provisions they have themselves made

At the judicial stage there is still more to be said for leaving cases to be decided straightforwardly on what the parties have bargained for rather than upon analysis, which becomes progressively more refined, of decisions in other cases leading to inevitable appeals.

Wilson J. noted that Lord Diplock, in his concurring reasons in *Photo Production, supra*, articulated a similar policy concern, stressing that in circumstances where the parties possess equal bargaining power, they should be permitted to make their own bargain and should be held to its terms accordingly, at p. 851:

In commercial contracts negotiated between businessmen capable of looking after their own interests and of deciding how risks inherent in the performance of various kinds of contract can be most economically borne (generally by insurance), it is, in my view, wrong to place a strained construction upon words in an exclusion clause which are clear and fairly susceptible of one meaning only. . . .

Contrary to Gordon's submission, our analysis is more properly focussed not on formal comparisons between exclusion clauses and time limitation provisions, but on the underlying policy rationale that directs courts to the appropriate circumstances for intervention. In terms of negotiating the consequences of a breach of contract, including a fundamental breach, and the role of courts in upholding the bargain struck by commercial parties with equal bargaining power, we do not see any principled distinction between clauses excluding liability and those setting out the applicable limitation periods such that courts should respect the bargain made by the parties in the former case but not in the latter. Indeed, the argument for applying the construction approach may be even more compelling in the case of contractual limitation periods, as the subject matter directly relates to the parties' intentions in the event of non-performance. Given that no reason exists in terms of policy to limit the construction approach to fundamental breach to exclusion clauses alone, we consider the circumstances of this appeal appropriate for extending the

raisons du monde de permettre aux parties d'évaluer leurs réclamations respectives en fonction de leurs propres stipulations contractuelles

Au stade des poursuites judiciaires, il y a encore plus de raisons de trancher les affaires simplement en fonction de ce que les parties ont prévu dans leur contrat plutôt que de se fonder sur une analyse, de plus en plus subtile, de décisions rendues dans d'autres affaires, ce qui mène inévitablement à des appels.

Le juge Wilson a souligné que, dans les motifs concordants qu'il a rédigés dans l'arrêt *Photo Production*, précité, lord Diplock a formulé un principe semblable selon lequel, lorsque les parties ont négocié à armes égales, il doit leur être permis de conclure leur propre contrat, et celui-ci doit les régir (à la p. 851):

[TRADUCTION] En matière de contrats commerciaux passés entre hommes d'affaires aptes à protéger leurs intérêts et à déterminer la façon la plus avantageuse d'assumer les risques inhérents à l'exécution de divers types de contrats (généralement en souscrivant une assurance), il n'y a pas lieu, à mon avis, d'interpréter au-delà des mots une clause d'exclusion, lorsque ces mots sont clairs et suffisamment exempts d'ambiguïté

Contrairement à ce que prétend Gordon, il convient davantage que notre analyse porte non pas sur des comparaisons formelles entre les clauses d'exclusion et les dispositions établissant un délai de prescription, mais sur le raisonnement de principe sous-jacent qui guide les tribunaux quant aux circonstances dans lesquelles il y a lieu d'intervenir. Pour ce qui est de négocier les conséquences de l'inexécution d'un contrat, y compris l'inexécution fondamentale, et du rôle joué par les tribunaux en confirmant le contrat conclu par des parties commerciales ayant négocié à armes égales, nous ne voyons aucune distinction fondée sur des principes entre les clauses d'exonération de responsabilité et celles qui établissent les délais de prescription applicables, qui ferait en sorte que les tribunaux devraient respecter le contrat conclu par les parties dans le premier cas, mais non dans le second cas. En fait, l'argument en faveur de l'application de la méthode de l'interprétation peut même être plus convaincant dans le cas des délais de prescription contractuels, étant donné que ce sujet touche directement les intentions des parties

55

56

relevant principles set out in *Hunter Engineering, supra*, to interpretation of contractual time limitation periods.

en cas d'inexécution. Comme il n'y a, en principe, aucune raison de restreindre aux seules clauses d'exclusion la façon d'aborder l'inexécution fondamentale sous l'angle de l'interprétation, nous estimons que les circonstances du présent pourvoi se prêtent à une application des principes pertinents énoncés dans l'arrêt *Hunter Engineering*, précité, à l'interprétation des délais de prescription contractuels.

57

We find additional judicial support for our position in the reasons of the Privy Council in *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 138. An employee of the Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. had mistakenly delivered goods in the care of the consignee, Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd., to unauthorized persons such that the shipment was in effect stolen. The bill of lading contained a "Himalaya clause" extending the benefit of defences and immunities from the carrier to independent contractors employed by the carrier, as well as a contractual limitation period barring any action not initiated within one year after the delivery of the goods. The stevedore relied upon both of these provisions as a defence to the action by the consignee. The consignee argued, however, that owing to the fundamental nature of the breach, the stevedore was no longer entitled to rely on the time bar provision. The basis of the consignee's submission on this point was that the requirement to bring suit within one year was an executory obligation imposed upon the non-breaching party, and that the stevedore's fundamental breach relieved the consignee of performing this obligation.

Notre point de vue trouve également appui dans les motifs du Conseil privé dans *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. c. Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 138. Un employé de Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. avait livré par erreur à des personnes non autorisées des marchandises sous la garde du consignataire, Salmond & Spraggon (Australia) Pty. Ltd., de sorte que la cargaison avait en fait été volée. Le connaissement comportait une «clause Himalaya» qui étendait le bénéfice des moyens de défense et des immunités du transporteur aux entrepreneurs indépendants dont il retenait les services, ainsi qu'un délai de prescription d'un an à compter de la livraison des marchandises pour intenter une action. L'entreprise d'arrimage invoquait ces deux dispositions pour se défendre contre l'action du consignataire. Ce dernier faisait cependant valoir que, en raison du caractère fondamental de l'inexécution, l'entreprise d'arrimage ne pouvait plus invoquer la disposition relative au délai de prescription. Le consignataire fondait son argument à ce propos sur le fait que l'exigence d'engager des poursuites dans un délai d'un an constituait une obligation non encore exécutée incombant à la partie innocente et que l'inexécution fondamentale de l'entreprise d'arrimage libérait le consignataire de cette obligation.

58

Delivering the judgment of the Privy Council, Lord Wilberforce dismissed the consignee's arguments on this point as both "unsound" and "unreal" (p. 145). He reasoned that a provision setting out a time limitation period for bringing a cause of action cannot be characterized as an executory obligation. Instead, the provision becomes relevant precisely at the point when performance becomes impossible, as it regulates the time period

En rendant le jugement du Conseil privé, lord Wilberforce a rejeté les arguments du consignataire sur ce point comme étant [TRADUCTION] «boiteux» et «invraisemblables» (p. 145). Selon lui, une disposition qui assujettit un droit d'action à un délai ne saurait être qualifiée d'obligation non encore exécutée. Au contraire, la disposition devient utile au moment précis où l'exécution devient impossible, car elle prévoit le délai à

in which liability for breach of contract is to be established. Adopting the construction approach to fundamental breach from *Photo Production, supra*, Lord Wilberforce concluded at p. 145 that “on construction and analysis”, the contractual limitation period “plainly operates to exclude the consignee’s claim”.

Given that the decision of the Privy Council in *Port Jackson, supra*, and that of the Court in *Hunter Engineering, supra*, share a common doctrinal antecedent in *Photo Production, supra*, we consider the decision in *Port Jackson* to be persuasive authority in support of Guarantee’s submission that the principles in *Hunter Engineering, supra*, concerning fundamental breach can apply to determine the status of the contractual limitation period in the event of Guarantee’s purported wrongful rescission of the Bond. There is no sound basis in policy, principle or existing jurisprudence in support of Gordon’s submission that the construction approach to fundamental breach should be limited to cases of exclusion clauses alone.

Having established that the construction approach to fundamental breach as set out in *Hunter Engineering, supra*, can apply to circumstances involving a contractual limitation period, we must now decide whether, as a matter of contractual interpretation, Guarantee and Gordon intended section 5(d) of the Bond, limiting the time period for initiating an action to 24 months, to survive a wrongful rescission on the part of Guarantee. To answer this question, we do not find it necessary to decide whether a wrongful rescission constitutes a fundamental breach. If the wrongful rescission was just a simple breach, then the limitation period applies. Even if the wrongful rescission was a fundamental breach, then the limitation period will still apply, for the reasons we give below. Therefore, as the limitation period will apply in any event, it is unnecessary to decide

l’intérieur duquel la responsabilité de l’inexécution du contrat doit être établie. Adoptant la façon énoncée dans l’arrêt *Photo Production*, précité, d’aborder l’inexécution fondamentale sous l’angle de l’interprétation, lord Wilberforce conclut, à la p. 145, que [TRADUCTION] «sur les plans de l’interprétation et de l’analyse», le délai de prescription contractuel «a clairement pour effet d’écarter la demande du consignataire».

Vu que les arrêts *Port Jackson*, précité, du Conseil privé et *Hunter Engineering*, précité, de notre Cour s’appuient tous les deux sur les principes établis dans *Photo Production*, précité, nous considérons que l’arrêt *Port Jackson* est un élément convaincant qui appuie l’argument de Guarantee selon lequel les principes de l’arrêt *Hunter Engineering*, précité, concernant l’inexécution fondamentale peuvent s’appliquer pour déterminer ce qui en est du délai de prescription contractuel dans le cas de sa prétendue résiliation injustifiée de la police. Il n’existe, que ce soit sur le plan de la politique générale, des principes ou de la jurisprudence, aucun fondement logique étayant l’argument de Gordon selon lequel la façon d’aborder l’inexécution fondamentale sous l’angle de l’interprétation ne devrait s’appliquer qu’aux clauses d’exclusion.

Après avoir établi que la façon d’aborder l’inexécution fondamentale sous l’angle de l’interprétation, énoncée dans l’arrêt *Hunter Engineering*, précité, peut s’appliquer aux circonstances dans lesquelles il est question d’un délai de prescription contractuel, nous devons maintenant déterminer si, aux fins de l’interprétation du contrat, Guarantee et Gordon ont voulu que l’article 5d) de la police, qui limite à 24 mois le délai imparti pour intenter une action, continue de s’appliquer après la résiliation injustifiée du contrat par Guarantee. Pour répondre à cette question, nous ne jugeons pas nécessaire de décider si une résiliation injustifiée est une inexécution fondamentale. Si la résiliation injustifiée était une simple inexécution, alors le délai de prescription s’appliquerait. Même si la résiliation injustifiée était une inexécution fondamentale, le délai de prescription s’appliquera

59

60

whether the wrongful rescission constitutes a fundamental breach.

quand même pour les raisons exposées plus loin. Par conséquent, vu que le délai de prescription s'applique en tout état de cause, il n'est pas nécessaire de décider si la résiliation injustifiée est une inexécution fondamentale.

61 Applying the construction approach from *Hunter Engineering, supra*, to the present appeal, we conclude that the limitations period survives. In determining whether it was the intention of the parties that the contractual limitation period would survive a purported wrongful rescission by Guarantee such that the present action by Gordon is time-barred, commercial reality is often the best indicator of contractual intention in circumstances such as this. If a given construction of the contract would lead to an absurd result, the assumption is that this result could not have been intended by rational commercial actors in making their bargain, absent some explanation to the contrary.

Appliquant au présent pourvoi la méthode de l'interprétation établie dans *Hunter Engineering*, précité, nous concluons que le délai de prescription continue de s'appliquer. Lorsqu'il s'agit de déterminer si les parties ont voulu que le délai de prescription contractuel continue de s'appliquer après une résiliation apparemment injustifiée de la part de Guarantee, de sorte que la présente action de Gordon est prescrite, la réalité commerciale est souvent le meilleur indice de l'intention des parties contractantes dans des circonstances comme celles-ci. Si une interprétation donnée du contrat menait à un résultat absurde, on supposerait qu'en l'absence d'explication contraire des acteurs commerciaux rationnels ne peuvent pas avoir voulu un tel résultat en concluant leur contrat.

62 We are also unable to accept Gordon's submission that the time limitation clause could not be invoked once Guarantee had taken steps to enforce the contractual provision permitting rescission on the basis of a purported misrepresentation by Gordon during the application process. This would lead to an absurd result in that Guarantee, when faced with a potential misrepresentation concerning the degree of risk it has agreed to underwrite, would be placed in the untenable position of subjecting itself to a longer statutory limitation period than would otherwise apply in circumstances where coverage has been denied for other reasons. Commercial reality cannot accommodate the implication of Gordon's submission, which would be that Guarantee agreed to a bargain whereby it would be exposed to a longer period of uncertainty concerning future claims from an insured who has purportedly engaged in misrepresentation than one who has complied with all of the contractual terms.

Nous sommes également incapables de retenir l'argument de Gordon selon lequel la clause du délai de prescription ne pouvait pas être invoquée une fois que Guarantee avait pris des mesures pour faire appliquer la clause contractuelle autorisant la résiliation fondée sur les déclarations apparemment inexactes que Gordon avait faites en faisant sa demande. Cela mènerait à un résultat absurde du fait que Guarantee, face à une éventuelle déclaration inexacte concernant l'ampleur du risque qu'elle a accepté d'assurer, se retrouverait dans la situation intenable où elle s'imposerait un délai de prescription légal plus long que celui qui s'appliquerait par ailleurs dans le cas où l'indemnisation est refusée pour d'autres motifs. La réalité commerciale est incompatible avec l'implication de l'argument de Gordon voulant que Guarantee ait accepté par contrat de s'exposer à une plus longue période d'incertitude en ce qui concerne les réclamations futures d'un assuré qui a apparemment fait une déclaration inexacte qu'en ce qui concerne celles d'un assuré qui a respecté toutes les dispositions contractuelles.

63 We are also of the view that notwithstanding Gordon's contention that the contractual limitation

Nous sommes également d'avis que, malgré l'argument de Gordon que la disposition contrac-

provision should be narrowly construed so as to exclude the present action from its scope, the language of section 5(d) in terms of “any loss hereunder” is unambiguous. While Gordon submits that the placement of the provision in the claims section of the Bond is dispositive of the matter, we attach more significance to the fact that the contractual limitation period was not subject to qualifying language of any kind limiting the scope of the phrase to the claims process alone. Instead, upon a true construction of the contract, and taking into account the stated purpose of a contractual limitation period as a device whereby the insurer can both quantify and limit risk, we conclude that the intention of the parties was that section 5(d), setting out the 24-month limitation period, was intended to include the process of bringing a claim against the insurer in circumstances of contractual breach, whether fundamental or otherwise.

At this point, we now turn to consider the additional qualification set out in *Hunter Engineering, supra*, whereby the parties are held to the terms of their agreement provided that the result is not unconscionable, as *per* Dickson C.J., or unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy, as *per* Wilson J. As we have already noted, the parties to this appeal, an insurance company and an investment dealer and brokerage firm, are sophisticated commercial actors. In addition, both parties were represented by counsel. In *Hunter Engineering, supra*, these factors were sufficient for both Dickson C.J. and Wilson J. to conclude that had the doctrine of fundamental breach applied, no reason existed for the Court to refuse to enforce the bargain made between the parties in terms of the clause governing exclusion of liability. Similarly, we conclude that it would not be unconscionable, unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy to uphold the intentions of the parties concerning the operation of the contractual limitation period in these circumstances.

tuelle en matière de prescription devrait être interprétée strictement de façon à ne pas s’appliquer à la présente action, l’expression [TRADUCTION] «tout sinistre visé aux présentes» utilisée à l’article 5d) est sans équivoque. Même si Gordon fait valoir que la présence de cette disposition dans la rubrique de la police relative aux réclamations est déterminante à ce sujet, nous accordons plus d’importance au fait que le délai de prescription contractuel ne fait l’objet d’aucune réserve qui en limite l’application au processus de réclamation seulement. Selon une interprétation exacte du contrat et compte tenu de l’objet explicite d’un délai de prescription contractuel en tant que mécanisme permettant à l’assureur de quantifier et de limiter le risque, nous concluons plutôt que les parties ont voulu que l’article 5d), qui établit le délai de prescription de 24 mois, s’applique à l’engagement d’une action contre l’assureur à la suite d’une inexécution de contrat, qu’elle soit fondamentale ou autre.

Nous allons maintenant examiner l’autre restriction énoncée dans l’arrêt *Hunter Engineering*, précité, selon laquelle les parties sont liées par les conditions de leur accord pourvu que le résultat ne soit pas inique, selon le juge en chef Dickson, ou injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l’ordre public, selon le juge Wilson. Comme nous l’avons déjà souligné, les parties au présent pourvoi, une compagnie d’assurance et une maison de courtage de valeurs mobilières, sont des acteurs commerciaux avisés. En outre, elles étaient toutes les deux représentées par des avocats. Dans *Hunter Engineering*, précité, le juge en chef Dickson et le juge Wilson ont estimé que ces facteurs étaient suffisants pour conclure que, si le principe de l’inexécution fondamentale s’était appliqué, notre Cour n’aurait eu aucune raison de refuser de mettre à exécution la clause régissant l’exonération de responsabilité qui figurait dans le contrat liant les parties. De même, nous croyons qu’il ne serait pas inique, injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l’ordre public de respecter l’intention des parties concernant l’application du délai de prescription contractuel dans les présentes circonstances.

IV. Disposition

65 We have concluded that the motions judge did not err in determining that the record was sufficient to deal with Guarantee's motion for summary judgment. O'Brien J. was correct in concluding, pursuant to section 3 of the Bond pertaining to discovery of loss, that it could reasonably be inferred from the record that a loss of the type covered by the policy was or would be incurred. We also see no reason to disturb his finding that a genuine issue of credibility did not exist. As to the legal consequences of a valid rescission, we have concluded that the limitations period is irrelevant because the contract would be treated as being void *ab initio*, releasing Guarantee from any liability thereunder. In addition, assuming that Guarantee's conduct amounted to wrongful rescission, upon a true construction of the time limitation provision, the parties intended the limitation period to govern the litigation process post-breach, whether fundamental or otherwise. To enforce the bargain made by the parties in these circumstances would not be unconscionable, unfair, unreasonable, or otherwise violate public policy.

66 Accordingly, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal of Ontario, and restore the decision of O'Brien J. granting summary judgment in favour of Guarantee, with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Borden & Elliot, Toronto.

Solicitors for the respondent Gordon Capital Corporation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent Chubb Insurance Company of Canada: Poss & Halfnight, Toronto.

IV. Dispositif

Nous sommes arrivés à la conclusion que le juge des requêtes n'a commis aucune erreur en décidant que le dossier était suffisant pour qu'il examine la motion de Guarantee visant à obtenir un jugement sommaire. Le juge O'Brien a eu raison de conclure, conformément à l'article 3 de la police ayant trait à la découverte d'un sinistre, qu'on pouvait raisonnablement déduire du dossier qu'un sinistre du genre visé par la police était survenu ou surviendrait. Nous ne voyons aucune raison non plus de modifier sa conclusion qu'aucune véritable question de crédibilité ne se posait. En ce qui a trait aux conséquences juridiques d'une résiliation valide, nous avons conclu que le délai de prescription n'est pas pertinent étant donné que le contrat serait considéré comme étant nul au départ et que Guarantee serait ainsi libérée de toute responsabilité lui incombant en vertu de celui-ci. De plus, en supposant que la conduite de Guarantee a constitué une résiliation injustifiée, il ressort d'une interprétation exacte de la disposition en matière de prescription que les parties ont voulu que le délai de prescription s'applique à toutes poursuites résultant d'une inexécution fondamentale ou autre. Dans ces circonstances, mettre à exécution le contrat conclu par les parties ne serait pas inique, injuste, déraisonnable ni par ailleurs contraire à l'ordre public.

En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir la décision du juge O'Brien de rendre un jugement sommaire en faveur de Guarantee, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Borden & Elliot, Toronto.

Procureurs de l'intimée Gordon Capital Corporation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimée Chubb Insurance Company of Canada: Poss & Halfnight, Toronto.

*Solicitors for the respondent Laurentian General
Insurance Company Inc.: Ogilvy Renault, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée Laurentian General
Insurance Company Inc.: Ogilvy Renault, Ottawa.*