

American Home Assurance Co. and The Law Society of Upper Canada *Appellants*

v.

Alan John Nichols *Respondent*

INDEXED AS: NICHOLS v. AMERICAN HOME ASSURANCE CO.

File No.: 21438.

1990: January 29; 1990: April 12.

Present: Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Liability insurance — Duty to defend — Action against insured alleging fraud — Policy not applying to fraudulent acts — Whether insurer under a duty to defend insured — Whether obligation to defend governed by pleadings or by facts as they emerge at trial.

An action alleging fraud was commenced by a Bank against the respondent, a lawyer and member of the appellant Law Society. The respondent gave notice of the suit to the appellant insurance company, which had issued a liability policy to the Law Society on behalf of its members. The policy required the insurer to defend any suit against an insured seeking damages which were or might be payable under the terms of the policy, even if any of the allegations of the suit were groundless, false or fraudulent. The insurer denied any obligation to defend the respondent in view of the exclusion clause, which provided that the policy did not apply to fraudulent acts or omissions of an insured. The Bank later discontinued its action, and costs were awarded to the respondent on a party-and-party scale. The respondent claimed the balance of his costs from the insurer, which refused to pay. The respondent brought an action against the insurer seeking a declaration that he was entitled to a defence under the policy and an order that the insurer pay the unrecovered balance of the cost of his defence. The trial judge granted the relief claimed. The Court of Appeal upheld this judgment.

Held: The appeal should be allowed.

Under the policy, the insurer was under no duty to defend the insured. The duty to defend imposed by the

American Home Assurance Co. et la Société du barreau du Haut-Canada *Appelantes*

c.

^a **Alan John Nichols** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: NICHOLS c. AMERICAN HOME ASSURANCE CO.

^b N° du greffe: 21438.

1990: 29 janvier; 1990: 12 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

c

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

Assurance — Assurance responsabilité — Obligation de défendre — Action pour fraude contre un assuré — Police ne s'appliquant pas aux actes frauduleux — L'assureur a-t-il l'obligation de défendre l'assuré? — L'obligation de défendre est-elle régie par les actes de procédure ou par les faits révélés au procès?

^e Une banque a intenté contre l'intimé, avocat et membre de la société du barreau appelante, une action pour fraude. L'intimé a avisé de cette action la compagnie d'assurance appelante qui avait délivré une police d'assurance responsabilité à la Société du barreau pour le compte de ses membres. Aux termes de cette police, l'assureur devait défendre l'assuré dans toute poursuite intentée contre lui en vue d'obtenir des dommages-intérêts qui étaient ou pouvaient être payables en vertu des conditions de la police, même si l'une ou plusieurs des allégations de la poursuite étaient non fondées, fausses ou frauduleuses. L'assureur a affirmé qu'il n'était pas tenu de défendre l'intimé en vertu de la clause d'exclusion qui prévoyait que la police ne s'appliquait pas aux actes et aux omissions frauduleux d'un assuré. La banque s'est par la suite désistée de son action et l'intimé s'est vu adjuger des dépens établis entre parties. L'intimé a réclamé le solde de ses frais à l'assureur qui a refusé de payer. L'intimé a intenté une action contre l'assureur en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'il avait le droit d'être défendu en vertu de la police et une ordonnance enjoignant à l'assureur de payer le solde non payé de ses frais de défense. Le juge de première instance a accordé le redressement demandé et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

^j *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Aux termes de la police, l'assureur n'avait aucune obligation de défendre l'assuré. L'obligation de défendre

defence clause is unambiguously restricted to claims for damages which fall within the scope of the policy. Since the only damages sought against the insured in this case were on account of fraudulent acts or omissions, and such damages are not payable under the policy, the defence clause did not apply. The duty to defend, while broader than the duty to indemnify, is not so broad that it arises with respect to allegations which are clearly beyond the scope of the policy.

The Court of Appeal erred in attempting to make the exclusion clause directly applicable to the duty to defend, and then concluding that since the exclusion does not refer to allegations as opposed to acts and omissions, allegations of fraud are not excluded from the duty to defend. The exclusion clause refers to actual acts or omissions because it is primarily concerned with the duty to indemnify. The scope of the duty to indemnify, in turn, triggers the application of the defence clause, which limits the duty to defend to claims for damages which are or may be payable under the policy. The duty to defend, unlike the duty to indemnify, is triggered not by actual acts or omissions, but by allegations, applying "even if any of the allegations of the suit are groundless, false or fraudulent".

General principles relating to the construction of insurance contracts support the conclusion that the duty to defend arises only where the pleadings raise claims which would be payable under the agreement to indemnify in the insurance contract. It is not necessary to prove that the obligation to indemnify will in fact arise in order to trigger the duty to defend; the mere possibility that a claim within the policy may succeed suffices. Finally, to hold that the insurer is required to defend claims regardless of how far outside the scope of the policy they might be would give rise to practical difficulties. It raises policy questions of whether others in the insurance pool should be taxed with providing defences for matters outside the purview of the policy, and might result in conflicts of interest.

Cases Cited

Disapproved: *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (1972); **referred to:** *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96; *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. xi; *Pru-*

imposée par la clause de défense est clairement restreinte aux réclamations de dommages-intérêts qui relèvent de la police. Comme les seuls dommages-intérêts réclamés contre l'assuré en l'espèce sont fondés sur des actes ou des omissions frauduleux et que ces dommages-intérêts ne sont pas payables en vertu de la police, la clause relative à la défense ne s'applique pas. L'obligation de défendre, bien qu'elle ait une portée plus large que l'obligation d'indemniser, n'est pas générale au point de s'appliquer à l'égard d'allégations qui sont clairement en dehors de la portée de la police.

La Cour d'appel a commis une erreur en voulant rendre la clause d'exclusion directement applicable à l'obligation de défendre et en concluant ensuite que puisque l'exclusion ne se rapporte pas aux allégations, par opposition aux actes et aux omissions, les allégations de fraude ne sont pas exclues de l'obligation de défendre. La clause d'exclusion parle des actes ou omissions réels parce qu'elle vise avant tout l'obligation d'indemniser. La portée de l'obligation d'indemniser déclenche à son tour l'application de la clause de défense qui restreint l'obligation de défendre aux demandes de dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu de la police. L'obligation de défendre, contrairement à l'obligation d'indemniser, n'est pas déclenchée par des actes ou des omissions réels, mais par des allégations et s'applique «même si l'une ou plusieurs des allégations de la poursuite sont non fondées, fausses ou frauduleuses».

Les principes généraux applicables à l'interprétation des contrats d'assurance étayent la conclusion que l'obligation de défendre n'existe que lorsque les actes de procédures portent sur des réclamations qui seraient payables en vertu de la clause d'indemnisation du contrat d'assurance. Il n'est pas nécessaire d'établir qu'il y aura effectivement obligation d'indemniser pour déclencher l'obligation de défendre; la seule possibilité qu'une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit. Finalement, statuer que l'assureur est obligé de défendre peu importe que les réclamations soient carrément en dehors de la portée de la police donnerait lieu à des difficultés pratiques. Cela soulève des questions de principe quant à savoir si d'autres assurés devraient se voir assujettis à défrayer des défenses contre des réclamations qui ne relèvent pas de la portée de la police et pourrait susciter des conflits d'intérêts.

Jurisprudence

Arrêt critiqué: *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (1972); **arrêts mentionnés:** *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96; *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168, autorisation de pourvoi refusée, [1987]

dential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp. (1976), 67 D.L.R. (3d) 521; *Dobish v. Garies* (1985), 15 C.C.L.I. 69; *Thames Steel Construction Ltd. v. Northern Assurance Co.*, [1989] I.L.R. 1-2399; *Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 178.

Authors Cited

Couch, George James. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 14, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 68 O.R. (2d) 1, 33 O.A.C. 142, 36 C.C.L.I. 204, [1989] I.L.R. 1-2421, affirming an order of Hughes J. (1988), 63 O.R. (2d) 693, 30 C.C.L.I. 79, [1988] I.L.R. 1-2282. Appeal allowed.

W. L. N. Somerville, Q.C., and *Wendy Earle*, for the appellants.

Janis P. Criger, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—The issue in this case is whether the insurer is under a duty to defend the insured. The question is whether on the policy of insurance here in question the obligation to defend is governed by the pleadings or by the facts as they emerge at trial.

The Facts

Mr. Nichols is a lawyer. The Bank of Montreal issued a writ against him and his partner, Servos, along with a number of corporations and other individuals. The statement of claim alleged that Messrs. Nichols and Servos had committed fraud on the Bank in assisting other defendants to transfer various real properties and charges.

Mr. Nichols gave notice of the suit to his liability insurer, the American Home Assurance Company, which had issued a policy to the Law Society on behalf of its members. The insurer responded by advising Nichols that it was denying any obligation to defend him, as well as indemnity coverage under the policy of insurance, which provided that the policy did not apply “to any dishonest,

1 R.C.S. xi; *Prudential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp.* (1976), 67 D.L.R. (3d) 521; *Dobish v. Garies* (1985), 15 C.C.L.I. 69; *Thames Steel Construction Ltd. v. Northern Assurance Co.*, [1989] I.L.R. 1-2399; *Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 178.

Doctrine citée

Couch, George James. *Cyclopedia of Insurance Law*, vol. 14, 2nd ed. By Ronald A. Anderson. Revised volume by Mark S. Rhodes. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 68 O.R. (2d) 1, 33 O.A.C. 142, 36 C.C.L.I. 204, [1989] I.L.R. 1-2421, qui a confirmé une ordonnance du juge Hughes (1988), 63 O.R. (2d) 693, 30 C.C.L.I. 79, [1988] I.L.R. 1-2282. Pourvoi accueilli.

W. L. N. Somerville, c.r., et *Wendy Earle*, pour les appelantes.

Janis P. Criger, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit en l'espèce de déterminer si l'assureur a l'obligation de défendre l'assuré. La question est de savoir si d'après la police d'assurance visée en l'espèce l'obligation de défendre l'assuré est régie par les actes de procédure ou par les faits révélés au procès.

Les faits

Monsieur Nichols est avocat. La Banque de Montréal a fait décerner un bref contre lui, son associé, Servos, et un certain nombre de sociétés et d'autres individus. Selon la déclaration, MM. Nichols et Servos ont fraudé la banque en aidant d'autres défendeurs à transférer divers biens et sûretés de nature immobilière.

Monsieur Nichols a avisé de l'action son assureur en responsabilité, l'American Home Assurance Company, qui avait délivré une police à la Société du barreau pour le compte de ses membres. L'assureur a répondu en avisant M. Nichols qu'il n'était pas tenu de le défendre et de l'indemniser en vertu de la police d'assurance puisqu'elle ne s'appliquait pas [TRADUCTION] «à un acte ou à

fraudulent, criminal or malicious act or omission of an Insured.”

Sometime later, the Bank moved to discontinue its action against the law firm. Leave was granted and costs awarded to Mr. Nichols and Mr. Servos. Costs, however, were confined to the party and party scale, the judge noting that there were grounds for joining the law firm. In the result, Mr. Nichols was not fully indemnified for the cost of defending the law suit. He demanded that his insurer pay the balance of his costs.

The insurer refused to do so, maintaining that an obligation to defend did not arise under the policy in view of the fact that the only allegation against the law firm was that of fraud, coverage for which was excluded by the terms of the policy. Mr. Nichols brought an action against the insurer asking for a declaration that he was entitled to a defence under the policy and an order that the insurer pay the unrecovered balance of the cost of his defence.

The trial judge granted the relief claimed: (1988), 63 O.R. (2d) 693. In his view, on a proper construction of the policy and application of the *contra proferens* rule against the insurer, the insurer was required to provide a defence to the allegations of fraud.

The Court of Appeal affirmed this judgment: (1989), 68 O.R. (2d) 1. It noted, hypothetically, that were it not for the exclusionary clause the sums claimed would constitute damages, and that, had there been alternative pleadings in negligence, the insured would have been entitled to a defence. The Court went on to find, *per* McKinlay J.A., that the exclusionary clause did not state in an unambiguous way that neither indemnity nor defence coverage is available under the policy for alleged fraudulent acts. In her view, the true meaning of the policy was that “if an insured did not actually perform the alleged fraudulent acts, then the exclusion does not apply” (p. 7). Although earlier in her reasons McKinlay J.A. accepted the principle that the pleadings should govern the duty to defend (“on the wording of the

une omission malhonnêtes, frauduleux, criminels ou malicieux d'un assuré».

Quelque temps plus tard, la banque a demandé de se désister de l'action intentée contre le cabinet d'avocats. L'autorisation lui a été accordée et des dépens ont été adjugés en faveur de MM. Nichols et Servos. Toutefois, les dépens ont été établis entre parties, le juge soulignant qu'il y avait lieu de joindre le cabinet d'avocats. En définitive, M. Nichols n'a pas été complètement indemnisé de ses frais de défense. Il a demandé que son assureur paie le solde de ses frais.

L'assureur a refusé de le faire, soutenant qu'il n'était pas tenu de le défendre en vertu de la police puisque la seule allégation contre le cabinet d'avocats en était une de fraude pour laquelle la police excluait toute indemnisation. Monsieur Nichols a intenté une action contre l'assureur en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'il avait le droit d'être défendu en vertu de la police et une ordonnance enjoignant à l'assureur de payer le solde non payé de ses frais de défense.

Le juge de première instance a accordé le redressement demandé: (1988), 63 O.R. (2d) 693. Il a estimé qu'en interprétant la police de façon appropriée et en appliquant correctement la règle *contra proferens* contre l'assureur, celui-ci était tenu de présenter une défense en réponse aux allégations de fraude.

La Cour d'appel a confirmé cette décision: (1989), 68 O.R. (2d) 1. Elle a souligné de façon hypothétique qu'en l'absence de la clause d'exclusion les sommes réclamées constitueraient des dommages-intérêts et que si, dans les actes de procédure, on avait allégué subsidiairement la négligence, l'assuré aurait eu droit à une défense. Le juge McKinlay a conclu, au nom de la cour, que la clause d'exclusion ne stipulait pas clairement que ni l'indemnité, ni le droit d'être défendu n'étaient prévus en vertu de la police lorsque des actes frauduleux étaient reprochés. À son avis, le véritable sens de la police était que [TRADUCTION] «si un assuré n'avait pas réellement commis les actes frauduleux allégués, alors l'exclusion ne s'appliquait pas» (p. 7). Bien que le juge McKinlay ait d'abord reconnu dans ses motifs le principe que les

policy itself the duty to defend arises only if the *allegations* are within the coverage” (p. 6)), in the result she appears to have held implicitly that it was not the allegations in the pleadings which determined if an obligation to defend arose, but rather the acts proved at trial. While McKinlay J.A. did not find the words of the policy ambiguous, she stated that if there were any ambiguity, it should be resolved in favour of the insured.

The Policy

The relevant provisions of the policy are as follows:

The American Home Assurance Company . . . agree . . .

To pay on behalf of the Insured all sums which the Insured shall become legally obligated to pay as damages because of any act or omission of the Insured . . . and arising out of the performance or intended performance of professional services for others, or failure to perform such services as ought to have been performed, in the Insured’s capacity as a lawyer . . .

COVERAGE D—DEFENSE, SETTLEMENT, SUPPLEMENTARY PAYMENTS:

With respect to such insurance as is afforded by this Policy, the Insurers shall in addition to the applicable Limit of Liability

- (a) Defend any suit against the Insured . . . alleging such act or omission and seeking damages which are or may be payable under the terms of this Policy, even if any of the allegations of the suit are groundless, false or fraudulent . . .

II. EXCLUSIONS

THIS POLICY DOES NOT APPLY:

- (a) to any dishonest, fraudulent, criminal or malicious act or omission of an Insured, however, this exclusion does not apply to any Insured who is neither the author of the said act or omission, nor an accomplice . . .

actes de procédure devraient régir l’obligation de défendre ([TRADUCTION] «selon la formulation de la police elle-même, l’obligation de défendre n’existe que si les *allégations* relèvent de sa portée» (p. 6)), elle a semblé en définitive avoir conclu implicitement que ce n’était pas les allégations contenues dans les actes de procédure qui déterminaient l’existence d’une obligation de défendre l’assuré, mais plutôt les actes établis au procès. Bien que le juge McKinlay n’ait pas conclu que les termes de la police étaient ambigus, elle a affirmé que s’il y avait une ambiguïté, celle-ci devrait être résolue en faveur de l’assuré.

La police

Les dispositions pertinentes de la police sont les suivantes:

[TRADUCTION] L’American Home Assurance Company [...] convient . . .

De payer au nom de l’assuré toutes les sommes que l’assuré sera tenu légalement de payer à titre de dommages-intérêts en raison d’un acte ou d’une omission de l’assuré [...] et résultant de la prestation ou du projet de prestation de services professionnels à des tiers, ou du défaut de rendre les services qui auraient dû être rendus, en sa qualité d’avocat . . .

COUVERTURE D—DÉFENSE, RÈGLEMENT, PAIEMENTS SUPPLÉMENTAIRES:

En ce qui concerne l’assurance offerte par la présente police, l’assureur doit, en plus de la limite de responsabilité applicable,

- a) défendre l’assuré dans toute poursuite intentée contre celui-ci [...] dans laquelle on allègue un tel acte ou une telle omission et on réclame des dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu des conditions de la présente police, même si l’une ou plusieurs des allégations de la poursuite sont non fondées, fausses ou frauduleuses . . .

II. EXCLUSIONS

LA PRÉSENTE POLICE NE S’APPLIQUE PAS:

- a) à un acte ou à une omission malhonnêtes, frauduleux, criminels ou malicieux d’un assuré; toutefois, cette exclusion ne s’applique pas à l’assuré qui n’est ni l’auteur de cet acte ou de cette omission ni complice . . .

Analysis

Construction of the Policy

The appellants' argument may be summarized as follows. The defence clause imposes two conditions before the duty to defend arises. The clause reads as follows:

With respect to such insurance as is afforded by this Policy, the Insurers shall . . .

Defend any suit against the Insured . . . alleging such act or omission and seeking damages which are or may be payable under the terms of this Policy . . . [Emphasis added.]

The two conditions are: (1) that the suit allege "such act or omission" (i.e. an act or omission described elsewhere in the policy); and (2) that the suit seek "damages which are or may be payable under" the policy. If the statement of claim is read as alleging facts on which there may be a cause of action in fraud, and nothing else, there are only two possibilities. Either the claim succeeds, in which case no damages are payable under the terms of this policy because of the exclusion clause, or the claim fails, in which case no damages are payable anyway. Therefore, it is argued, in no conceivable circumstance can the second of the two conditions be met. Put simply, the essence of this argument is that no duty to defend arose because the only damages claimed, damages for fraud, are not payable under the policy.

The respondent presents a more complex argument. The defence clause itself, it is noted, does not make any reference to allegations of fraud, but states that coverage applies to suits alleging "such act or omission". This must refer back to the basic indemnity clause, which provides as follows:

The American Home Assurance Company . . . agree . . .

To pay on behalf of the Insured all sums which the Insured shall become legally obligated to pay as damages because of any act or omission of the Insured . . . and arising out of the performance or intended performance of professional services for others,

L'analyse

L'interprétation de la police

L'argument des appelantes peut être résumé ^a comme suit. La clause relative à la défense impose deux conditions pour qu'il y ait obligation de défendre. La clause se lit ainsi:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'assurance offerte par la présente police, l'assureur doit . . .

^b défendre l'assuré dans toute poursuite intentée contre celui-ci [. . .] dans laquelle on allègue un tel acte ou une telle omission et on réclame des dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu des conditions de la présente police . . . [Je souligne.]

^c Les deux conditions sont: (1) que, dans la poursuite, on allègue «un tel acte ou telle une omission» (c'est-à-dire un acte ou une omission décrits ailleurs dans la police) et (2) que, dans la poursuite, on réclame «des dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu de» la police. Si les faits allégués dans la déclaration peuvent donner lieu à une cause d'action pour fraude et à rien ^d d'autre, il n'y a que deux possibilités. Soit qu'on accueille la demande et il n'y a alors aucuns dommages-intérêts à payer en vertu des conditions de la police en raison de la clause d'exclusion, soit ^e qu'on rejette la demande et, encore là, rien n'est dû à titre de dommages-intérêts. On prétend donc ^f qu'il est absolument impossible de remplir la deuxième condition. En d'autres termes, l'essentiel de cet argument, c'est qu'il n'existe aucune obligation de défendre parce que les seuls dommages-intérêts réclamés, ceux pour fraude, ne sont pas ^g payables en vertu de la police.

L'argument de l'intimé est plus complexe. On souligne que la clause relative à la défense ne ^h mentionne aucunement les allégations de fraude, mais stipule que la police s'applique aux poursuites où on allègue «un tel acte ou une telle omission». Cela doit se rapporter à la clause d'indemnité de base, qui se lit ainsi:

ⁱ [TRADUCTION] L'American Home Assurance Company [. . .] convient . . .

^j De payer au nom de l'assuré toutes les sommes que l'assuré sera tenu légalement de payer à titre de dommages-intérêts en raison d'un acte ou d'une omission de l'assuré [. . .] et résultant de la prestation ou du projet de prestation de services professionnels à des tiers, ou du

or failure to perform such services as ought to have been performed, in the Insured's capacity as a lawyer

The suit is based on an act or omission arising out of services performed in the insured's capacity as a lawyer, so there is *prima facie* an obligation to indemnify, the respondent argues. This leaves the problem of the effect of the exclusion clause, which excludes application of the policy to "any dishonest, fraudulent, criminal or malicious act or omission of an Insured" and goes on to state that the "exclusion does not apply to any Insured who is neither the author of the said act or omission, nor an accomplice". The respondent argues that it is trite law that exclusions are to be construed restrictively, and that the burden of proving that an exclusion clause applies lies on the insurer. This exclusion makes no reference to allegations of fraud, but rather refers only to an act or omission, he emphasizes. Furthermore, the exclusion does not apply to any insured who is not the author of the said act or omission. As it has not been proved in this case that the insured committed a fraudulent act or omission, the exclusion does not apply in light of the above restrictive principles on the application of exclusion clauses, in the respondent's submission. The essence of the respondent's position is that because the exclusion clause does not specifically refer to allegations of fraud, it should be taken as applying only where actual acts of fraud are found. To put it another way, in the absence of a finding of actual fraud the exclusion does not apply and the duty to defend remains.

In my view the respondent's argument is overly complex and flawed. It depends on a finding of ambiguity in the contract. In my view, there is no ambiguity relating to the obligation to defend. That obligation is clear. It arises only where a suit is brought against the insured alleging an act or omission under the policy "and seeking damages which are or may be payable under the terms of this Policy". The question which must be asked is whether, in the case at bar, the Bank of Montreal's suit claimed damages which might be payable under the policy. The answer to this question must be negative. The only damages sought against the

défaut de rendre les services qui auraient dû être rendus, en sa qualité d'avocat

L'intimé prétend que la poursuite est fondée sur un acte ou une omission de l'assuré résultant de services rendus en sa qualité d'avocat et qu'il existe alors, à première vue, une obligation d'indemniser. Il reste le problème de l'effet de la clause d'exclusion qui stipule que la police ne s'applique pas [TRADUCTION] «à un acte ou à une omission malhonnêtes, frauduleux, criminels ou malicieux d'un assuré» et qui prévoit de plus que [TRADUCTION] l'«exclusion ne s'applique pas à l'assuré qui n'est ni l'auteur de cet acte ou de cette omission ni complice». L'intimé soutient qu'il est reconnu en droit que les exclusions doivent être interprétées strictement et qu'il incombe à l'assureur de prouver qu'une clause d'exclusion s'applique. Il souligne que cette clause d'exclusion parle non pas d'allégations de fraude, mais seulement d'un acte ou d'une omission. En outre, l'exclusion ne s'applique pas à l'assuré qui n'est pas l'auteur de l'acte ou de l'omission en question. L'intimé soutient que puisqu'il n'a pas été prouvé en l'espèce que l'assuré a commis un acte ou une omission frauduleux, l'exclusion ne s'applique pas compte tenu des principes stricts d'application des clauses d'exclusion mentionnés plus haut. La thèse de l'intimé porte essentiellement que parce que la clause d'exclusion ne mentionne pas expressément les allégations de fraude, elle ne devrait s'appliquer que lorsque l'on conclut à l'existence réelle d'actes frauduleux. En d'autres termes, si on ne peut conclure qu'il y a réellement eu fraude, l'exclusion ne s'applique pas et l'obligation de défendre subsiste.

À mon avis, l'argument de l'intimé est beaucoup trop complexe et il est erroné. Pour qu'il s'applique, il faut conclure à l'existence d'une ambiguïté dans le contrat. À mon avis, l'obligation de défendre ne comporte aucune ambiguïté. Cette obligation est claire. Elle ne s'applique qu'à une poursuite intentée contre l'assuré, dans laquelle on allègue un acte ou une omission au sens de la police et on «réclame des dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu des conditions de la présente police». La question qu'il faut poser en l'espèce est de savoir si, dans la poursuite qu'elle a intentée, la Banque de Montréal a

insured were on account of fraudulent acts or omissions. It is common ground that such damages are not payable under the policy. It follows that the Bank's claim was not for damages payable under the policy and that the defence clause does not apply.

The respondent seeks to meet this conclusion by arguing that damages might have been payable under the terms of the policy "if the acts alleged . . . are proven, but found to be negligent, rather than fraudulent, by a Trial Judge." This would be so if the statement of claim alleged negligence. However, it does not. Without an amendment to the pleadings, the Bank's claim could not give rise to damages payable under the policy.

The respondent also relies in this connection on the contention that the duty to defend is broader than and independent of the duty to indemnify. This is so, in the sense that the duty to defend arises where the claim alleges acts or omissions falling within the policy coverage, while the duty to indemnify arises only where such allegations are proven at trial. But it does not follow that the duty to defend is so broad that it arises with respect to allegations which are clearly beyond the scope of the policy.

I conclude that the duty to defend imposed by the defence clause is unambiguously restricted to claims for damages which fall within the scope of the policy. Since damages for fraud do not fall within the policy, one never arrives at the stage of inquiring as to whether there may be an ambiguity in the exclusion clause relevant to the duty to defend. I do not think it amiss, however, to set out my view of the relationship of the exclusion clause to the defence clause, for it is only in reading the policy as a whole that its true intention can be ascertained. As I read the policy, the exclusion clause is primarily concerned with the duty to

réclamé des dommages-intérêts qui peuvent être payables en vertu de la police. La réponse à cette question doit être négative. Les seuls dommages-intérêts réclamés contre l'assuré sont fondés sur des actes ou des omissions frauduleux. Tous reconnaissent que ces dommages-intérêts ne sont pas payables en vertu de la police. Il s'ensuit que la banque ne cherchait pas à obtenir des dommages-intérêts payables en vertu de la police et que la clause relative à la défense ne s'applique pas.

L'intimé tente de réfuter cette conclusion en prétendant que les dommages-intérêts auraient pu être payables en vertu des conditions de la police [TRADUCTION] «si les actes allégués [. . .] sont prouvés, mais si le juge de première instance conclut qu'il s'agit d'actes négligents plutôt que frauduleux». Il en serait ainsi si la négligence était alléguée dans la déclaration. Il n'en est cependant rien. À moins de modifier les actes de procédure, la réclamation de la banque ne pouvait donner lieu à des dommages-intérêts payables en vertu de la police.

À cet égard, l'intimé prétend également que l'obligation de défendre a une portée plus large que l'obligation d'indemniser et qu'elle est indépendante de celle-ci. C'est vrai en ce sens qu'il n'y a obligation de défendre que si on allègue des actes ou des omissions auxquels s'applique la police, alors qu'il y a obligation d'indemniser seulement si ces allégations sont prouvées à l'audience. Mais il ne s'ensuit pas que la portée de l'obligation de défendre est générale au point de s'appliquer à l'égard d'allégations qui sont clairement en dehors de la portée de la police.

Je conclus que l'obligation de défendre imposée par la clause de défense est clairement restreinte aux réclamations de dommages-intérêts qui relèvent de la police. Puisque les dommages-intérêts pour fraude ne relèvent pas de la police, on n'en arrive jamais à se demander si la clause d'exclusion peut contenir une ambiguïté en ce qui a trait à l'obligation de défendre. Je ne crois cependant pas qu'il soit hors de propos d'exprimer mon opinion sur le rapport entre la clause d'exclusion et la clause de défense, car ce n'est qu'en interprétant la police dans son ensemble qu'on peut en dégager l'intention véritable. Selon mon interprétation de

indemnify. For this reason, it refers to actual acts or omissions, which are the precondition of the duty to indemnify. The scope of the duty to indemnify, in turn, triggers the application of the defence clause, through use of the phrase in the defence clause limiting the duty to claims for “damages which are or may be payable under the terms of this Policy.” The duty to defend, unlike the duty to indemnify, is triggered not by actual acts or omissions, but by allegations, applying “even if any of the allegations of the suit are groundless, false or fraudulent.” Thus the scope of the duty to defend is not conditioned directly by the exclusion clause, but only indirectly through that clause’s definition of the scope of coverage. The error in the Court of Appeal’s reasoning lies in attempting to make the exclusion clause directly applicable to the duty to defend, and then concluding that since the exclusion does not refer to allegations as opposed to acts and omissions, allegations of fraud are not excluded from the duty to defend.

I find no ambiguity in the exclusion clause. The policy does not provide indemnity for dishonest, fraudulent, criminal or malicious acts or omissions “of an Insured.” The additional phrase in the exclusion clause making it inapplicable to cases where the insured is neither the author of nor an accomplice in the act or omission does not, in my view, mean what the respondent suggests it means—namely that the exclusion for fraud applies only where actual fraud is established. Rather, it qualifies the phrase “act or omission of an Insured”, making it clear that the exclusion is inapplicable where a dishonest, fraudulent, criminal or malicious act or omission may be legally attributed to an insured, but where the insured did not actually author or act as an accomplice in the commission of the fraud or other excluded act or omission. (It is on this ground that it is suggested Nichol’s partner, Servos, was viewed as entitled to a separate defence. However, there appears to be no evidence on this matter.)

la police, la clause d’exclusion vise avant tout l’obligation d’indemniser. Pour cette raison, elle parle des actes ou omissions réels qui constituent la condition préalable de l’obligation d’indemniser.

a La portée de l’obligation d’indemniser déclenche à son tour l’application de la clause de défense par l’utilisation, dans cette clause, de la phrase restreignant l’obligation aux demandes de «dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu

b des conditions de la présente police». L’obligation de défendre, contrairement à l’obligation d’indemniser, n’est pas déclenchée par des actes ou des omissions réels, mais par des allégations et s’applique «même si l’une ou plusieurs des allégations de

c la poursuite sont non fondées, fausses ou frauduleuses». Ainsi, la portée de l’obligation de défendre dépend non pas directement de la clause d’exclusion, mais seulement indirectement de la définition

d que comporte cette clause de l’étendue de la couverture. L’erreur commise par la Cour d’appel est d’avoir voulu rendre la clause d’exclusion directement applicable à l’obligation de défendre et d’avoir ensuite conclu que puisque l’exclusion ne se

e rapporte pas aux allégations, par opposition aux actes et aux omissions, les allégations de fraude ne sont pas exclues de l’obligation de défendre.

J’estime que la clause d’exclusion ne comporte aucune ambiguïté. La police n’indemnise pas pour les actes ou les omissions malhonnêtes, frauduleux, criminels ou malicieux «d’un assuré». L’autre phrase de la clause d’exclusion qui la rend inapplicable dans les cas où l’assuré n’est ni l’auteur ni le complice d’un acte ou d’une omission n’a pas le sens à mon avis que veut lui prêter l’intimé, c’est-à-dire que l’exclusion pour fraude s’applique seulement lorsqu’il y a preuve d’une fraude réelle.

h Elle restreint plutôt l’expression «un acte ou [...] une omission [...] d’un assuré», établissant clairement que l’exclusion ne s’applique pas lorsqu’un acte ou une omission malhonnêtes, frauduleux, criminels ou malicieux peut légalement être imputé à un assuré, mais lorsque l’assuré n’est pas le véritable auteur ou complice de la fraude ou d’autres actes ou omissions exclus. (C’est pour ce motif qu’on a prétendu que l’associé de Nichol, Servos, avait droit à une défense séparée. Il ne semble cependant pas y avoir de preuve à cet égard.)

Thus far, I have proceeded only by reference to the actual wording of the policy. However, general principles relating to the construction of insurance contracts support the conclusion that the duty to defend arises only where the pleadings raise claims which would be payable under the agreement to indemnify in the insurance contract. Courts have frequently stated that “[t]he pleadings govern the duty to defend”: *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (B.C.S.C.), at p. 99. Where it is clear from the pleadings that the suit falls outside of the coverage of the policy by reason of an exclusion clause, the duty to defend has been held not to arise: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (N.B.C.A.), leave to appeal refused by this Court, [1987] 1 S.C.R. xi.

At the same time, it is not necessary to prove that the obligation to indemnify will in fact arise in order to trigger the duty to defend. The mere possibility that a claim within the policy may succeed suffices. In this sense, as noted earlier, the duty to defend is broader than the duty to indemnify. O’Sullivan J.A. wrote in *Prudential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp.* (1976), 67 D.L.R. (3d) 521 (Man. C.A.), at p. 524:

Furthermore, the duty to indemnify against the costs of an action and to defend does not depend on the judgment obtained in the action. The existence of the duty to defend depends on the nature of the claim made, not on the judgment that results from the claim. The duty to defend is normally much broader than the duty to indemnify against a judgment. [Emphasis added.]

In that case it was unclear whether the insurer might be liable to indemnify under the policy, so the duty to defend was held to apply. In the court’s view it would have been unjust for the insurers to be able to assert that “the claim is probably groundless, or will probably end up falling outside of the indemnity coverage. Since we have no proof

Jusqu’ici, je m’en suis tenue à la formulation même de la police. Cependant, les principes généraux applicables à l’interprétation des contrats d’assurance étayent la conclusion que l’obligation de défendre n’existe que lorsque les actes de procédure portent sur des réclamations qui seraient payables en vertu de la clause d’indemnisation du contrat d’assurance. Les tribunaux ont souvent affirmé que [TRADUCTION] «[l]es actes de procédure régissent l’obligation de défendre»: *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (C.S.C.-B.), à la p. 99. On a conclu que l’obligation de défendre n’existe pas lorsqu’il ressort clairement des actes de procédure que la poursuite ne relève pas de la portée de la police en raison d’une clause d’exclusion: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (C.A.N.-B.), autorisation de pourvoi refusée par notre Cour, [1987] 1 R.C.S. xi.

En même temps, il n’est pas nécessaire d’établir qu’il y aura effectivement obligation d’indemniser pour déclencher l’obligation de défendre. La seule possibilité qu’une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit. En ce sens, comme je l’ai déjà souligné, l’obligation de défendre a une portée plus large que l’obligation d’indemniser. Le juge O’Sullivan de la Cour d’appel a écrit dans l’arrêt *Prudential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp.* (1976), 67 D.L.R. (3d) 521 (C.A. Man.), à la p. 524:

[TRADUCTION] En outre, l’obligation d’indemniser à l’égard des frais d’une action et de défendre ne dépend pas du jugement rendu dans l’action. L’existence de l’obligation de défendre dépend de la nature de la réclamation, non du jugement qui en résulte. L’obligation de défendre a normalement une portée beaucoup plus large que l’obligation d’indemniser à l’égard d’un jugement. [Je souligne.]

Dans cette affaire, on ne savait pas si l’assureur pourrait être tenu d’indemniser en vertu de la police, alors le tribunal a conclu que l’obligation de défendre s’appliquait. De l’avis du tribunal, il aurait été injuste que les assureurs puissent affirmer que [TRADUCTION] «la réclamation est probablement non fondée, ou ne relèvera probablement pas de la portée de la police en fin de compte. Puisque nous n’avons aucune preuve que nous sommes tenus de verser une indemnité dans cette

that we owe an indemnity in this case, we take the position that we owe no duty to defend.”

Other Canadian authority overwhelmingly supports the view that normally the duty to defend arises only with respect to claims which, if proven, would fall within the scope of coverage provided by the policy: see *Dobish v. Garies* (1985), 15 C.C.L.I. 69 (Alta. Q.B.); *Thames Steel Construction Ltd. v. Northern Assurance Co.*, [1989] I.L.R. 1-2399 (Ont. C.A.); *Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 178 (B.C.S.C.)

The same view generally prevails in the United States: see *Couch on Insurance* (2nd ed. 1982), vol. 14, para. 51:45, and authorities cited therein. Only *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (Okla. 1972), was cited to contrary effect. There, as here, only fraud was alleged. The court held that “[i]t is certainly not consonant with the objects to be accomplished by a professional insurance policy to say that by its terms no protection is afforded the insured when groundless charges of fraud and dishonesty are alleged in a suit against him” (p. 775). It was held that because the defence clause did not explicitly preclude the obligation to defend groundless suits for fraud, the duty to defend applied to such cases.

I offer two observations with respect to the *Conner* case. First, the duty to defend suits for fraud, groundless or not, is, in my view, clearly excluded by the wording of the defence clause in this case. In so far as *Conner* was concerned with a similar clause, I would respectfully disagree with the conclusion in that case that the clause did not exclude such a duty. Secondly, the adoption of the course chosen in *Conner* would give rise to practical difficulties. The insurer would always be obliged to defend regardless of how far outside the scope of the policy the claims might be, subject only to the possibility of recovery back in the event the claim ultimately succeeded only on grounds outside the scope of the policy. This raises policy

affaire, nous prétendons que nous ne sommes tenus à aucune obligation de défendre».

La très grande majorité des arrêts canadiens confirment l’opinion qu’en temps normal l’obligation de défendre n’intervient qu’à l’égard des réclamations qui, si elles sont prouvées, relèveraient de la couverture de la police: voir *Dobish v. Garies* (1985), 15 C.C.L.I. 69 (B.R. Alb.); *Thames Steel Construction Ltd. v. Northern Assurance Co.*, [1989] I.L.R. 1-2399 (C.A. Ont.); *Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 178 (C.S.C.-B.)

Le même point de vue l’emporte généralement aux États-Unis: voir *Couch on Insurance* (2^e éd. 1982), vol. 14, par. 51:45, et les sources qui y sont citées. Seul l’arrêt *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (Okla. 1972), est cité pour l’opinion contraire. Dans cette affaire, comme dans celle-ci, seule la fraude était alléguée. Le tribunal a conclu qu’[TRADUCTION] «[i]l n’est certainement pas conforme aux buts recherchés par une police d’assurance-responsabilité professionnelle de dire que, selon ses conditions, aucune protection n’est accordée à l’assuré lorsque des accusations de fraude et de malhonnêteté non fondées sont alléguées dans une poursuite contre lui» (p. 775). Le tribunal a conclu que puisque la clause de défense n’écartait pas explicitement l’obligation d’assurer une défense dans les poursuites non fondées en matière de fraude, l’obligation de défendre s’appliquait dans ces cas.

Je me permets de faire deux observations quant à l’arrêt *Conner*. Premièrement, j’estime que l’obligation de présenter une défense dans des poursuites pour fraude, qu’elles soient fondées ou non, est clairement exclue par la formulation de la clause de défense en l’espèce. Dans la mesure où l’arrêt *Conner* portait sur une clause semblable, en toute déférence, je ne pourrais souscrire à la conclusion de cet arrêt que la clause n’écartait pas cette obligation. Deuxièmement, l’adoption du point de vue retenu dans l’arrêt *Conner* donnerait lieu à des difficultés pratiques. L’assureur serait toujours obligé de défendre peu importe que les réclamations soient carrément en dehors de la portée de la police, sous réserve seulement de la possibilité de

questions of whether others in the insurance pool should be taxed with providing defences for matters outside the purview of the policy. Moreover, conflicts of interest may result. The insurer's interest in defending a claim is related to the possibility that it may ultimately be called upon to indemnify the insured under the policy. It is in the insurer's interest that if liability is found, it be on a basis other than one falling under the policy. Requiring the insurer to defend claims which cannot fall within the policy puts the insurer in the position of having to defend claims which in its interest should succeed. The respondent suggested that this potential conflict could be avoided if the insured was able to retain his own lawyer, with the cost to be borne by the insurer. However, this would not end the difficulty. An insurer would be understandably reluctant to sign a "blank cheque", and cover whatever costs are borne by whatever lawyer is retained, no matter how expensive. Yet the insurer could not challenge any of these expenses without raising precisely the same conflict. For this reason, the practice is for the insurer to defend only those claims which potentially fall under the policy, while calling upon the insured to obtain independent counsel with respect to those which clearly fall outside its terms.

I conclude that considerations related to insurance law and practice, as well as the authorities, overwhelmingly support the view that the duty to defend should, unless the contract of insurance indicates otherwise, be confined to the defence of claims which may be argued to fall under the policy. That said, the widest latitude should be given to the allegations in the pleadings in determining whether they raise a claim within the policy.

remboursement si la réclamation était finalement accueillie uniquement pour des motifs qui ne relèvent pas de la police. Cela soulève des questions de principe quant à savoir si d'autres assurés devraient se voir assujettis à défrayer des défenses contre des réclamations qui ne relèvent pas de la police. Des conflits d'intérêts pourraient en outre résulter. L'intérêt qu'a l'assureur à présenter une défense est lié à la possibilité qu'il puisse en fin de compte être obligé d'indemniser l'assuré en vertu de la police. Il est dans l'intérêt de l'assureur que si on conclut à l'existence de la responsabilité, ce soit pour un motif qui ne relève pas de la police. Obliger l'assureur à présenter une défense pour des réclamations qui ne peuvent relever de la police le place dans la situation où il a à s'opposer à des réclamations qui, dans son intérêt, devraient être accueillies. L'intimé a dit que cette possibilité de conflit pourrait être évitée si l'assuré pouvait retenir les services de son propre avocat dont les frais seraient assumés par l'assureur. Cela ne mettrait cependant pas fin au problème. Il serait compréhensible qu'un assureur hésite à donner «carte blanche» et à payer n'importe quels frais engagés par n'importe quel avocat, peu importe leur importance. L'assureur ne pourrait cependant contester aucune de ces dépenses sans précisément soulever le même conflit. Pour cette raison, l'assureur a l'habitude de ne présenter une défense que dans le cas des réclamations qui relèvent potentiellement de la police, tout en demandant à l'assuré de retenir les services de son propre avocat à l'égard des réclamations qui ne relèvent clairement pas des conditions de la police.

Je conclus que les considérations relatives au droit et à la pratique en matière d'assurance, ainsi que la doctrine et la jurisprudence, appuient en très grande majorité l'opinion que l'obligation de défendre ne devrait s'appliquer que lorsque l'on peut prétendre que les réclamations relèvent de la police, sous réserve de stipulations contraires dans le contrat d'assurance. Cela étant dit, il faut accorder la portée la plus large possible aux allégations contenues dans les actes de procédure pour déterminer si elles constituent une réclamation qui relève de la police.

Conclusion

I conclude that the policy by its wording confines the duty to defend to claims which potentially fall within the indemnity coverage of the policy. This conclusion is supported, in my view, by the decisions in which the question has been considered as well as by practical considerations arising from the relationship of the insurer to the insured and their respective obligations and interests.

I would allow the appeal and dismiss the respondent's application with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Borden & Elliot, Toronto.

Solicitor for the respondent: Gerald Swaye, Hamilton.

Conclusion

Je conclus que la police, par sa formulation, restreint l'obligation de présenter une défense aux réclamations qui relèvent potentiellement de l'obligation d'indemniser de la police. À mon avis, cette conclusion est appuyée par les décisions dans lesquelles la question a été examinée ainsi que par des considérations pratiques découlant des rapports entre l'assureur et l'assuré et de leurs obligations et intérêts respectifs.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter la requête de l'intimé avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes: Borden & Elliot, Toronto.

Procureur de l'intimé: Gerald Swaye, Hamilton.