

Les clauses d'assurance et la renonciation à la subrogation : la vision distincte des tribunaux québécois

Nicholas Krnjevic

Volume 74, Number 2, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1092513ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1092513ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté des sciences de l'administration, Université Laval

ISSN

1705-7299 (print)

2371-4913 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Krnjevic, N. (2006). Les clauses d'assurance et la renonciation à la subrogation : la vision distincte des tribunaux québécois. *Assurances et gestion des risques / Insurance and Risk Management*, 74(2), 231–274.
<https://doi.org/10.7202/1092513ar>

Article abstract

Commercial leases generally require that the tenant maintain the leased premises in good repair. In the event of loss caused by the tenant's negligence, the landlord would have the right to sue for the damages it has suffered resulting therefrom. However, a trilogy of cases decided by the Supreme Court of Canada in the mid-1970's held that if the lease stipulated that property-damage insurance was either to be taken out by the landlord, or paid for by the tenant, both the landlord and its subrogated insurer were barred from claiming for any losses that either were or should have been insured in the manner provided for in the lease. Subsequent appellate decisions have extended this principle such that the tenant's covenant to insure the leased premises immunizes the landlord from claims arising from the perils that were to be insured.

The principles set out in the Supreme Court of Canada's trilogy were adopted without reservation by the Quebec Court of Appeal in the mid-1980's. However, over the course of the past fifteen years, the Courts of this Province have shown an increased willingness to give these insuring clauses much more limited effect than have the Courts of Canada's Common-Law provinces.

This article analyzes the principles set out in the Supreme of Canada trilogy, considers the jurisprudential solutions adopted by the Courts of both Quebec and the Common Law provinces, and suggests that the broad interpretation adopted by the Common-Law Courts is a more faithful reflection of the Supreme Court's vision.

Assurances et gestion des risques, vol. 74(2), juillet 2006, 231-274
Insurance and Risk Management, vol. 74(2), July 2006, 231-274

Les clauses d'assurance et la renonciation à la subrogation : la vision distincte des tribunaux québécois

par Nicholas Krnjevic

RÉSUMÉ

En vertu des baux commerciaux, le locataire s'engage généralement à maintenir les lieux loués en bon état et à faire les réparations habituelles. En cas de sinistre causé par la faute du locataire, le locateur pourrait le poursuivre pour les dommages ainsi causés par sa négligence. Cependant, selon une trilogie rendue par la Cour suprême du Canada dans les années soixante-dix, lorsqu'un bail commercial prévoit une clause qui stipule que le locateur s'engage à souscrire une assurance de biens ou qui prévoit que le locataire participe au paiement des primes d'une telle assurance, ni le locateur ni son assureur subrogé n'ont le droit de poursuivre le locataire en dommages relativement à toute perte qui serait ou aurait dû être couverte par l'assurance prévue au bail. Subséquemment, des jugements rendus par des Cours d'appel au Canada ont étendu la portée du principe dégagé dans la Trilogie afin que les engagements contractuels du locataire d'assurer les lieux loués exonèrent le locateur de telles réclamations.

Les principes énoncés dans la Trilogie ont été adoptés sans réserve par les Cours d'appel du Québec dans les années quatre-vingts. Cependant, au cours des quinze dernières années, les tribunaux québécois ont de plus en plus donné aux dites clauses d'assurance une interprétation plus restrictive que celle donnée par les Cours d'appel des provinces de Common Law.

Cet article porte sur l'analyse des principes établis par la Trilogie et discute des principaux jugements rendus par les tribunaux des provinces de Common Law et ceux du Québec. L'auteur conclut que les jugements rendus par les Cours d'appel des provinces de Common Law reflètent de façon plus fidèle la vision de la Cour Suprême.

L'auteur :

L'auteur est associé dans le cabinet d'avocats Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.

Commercial leases generally require that the tenant maintain the leased premises in good repair. In the event of loss caused by the tenant's negligence, the landlord would have the right to sue for the damages it has suffered resulting therefrom. However, a trilogy of cases decided by the Supreme Court of Canada in the mid-1970's held that if the lease stipulated that property-damage insurance was either to be taken out by the landlord, or paid for by the tenant, both the landlord and its subrogated insurer were barred from claiming for any losses that either were or should have been insured in the manner provided for in the lease. Subsequent appellate decisions have extended this principle such that the tenant's covenant to insure the leased premises immunizes the landlord from claims arising from the perils that were to be insured.

The principles set out in the Supreme Court of Canada's trilogy were adopted without reservation by the Quebec Court of Appeal in the mid-1980's. However, over the course of the past fifteen years, the Courts of this Province have shown an increased willingness to give these insuring clauses much more limited effect than have the Courts of Canada's Common-Law provinces.

This article analyzes the principles set out in the Supreme of Canada trilogy, considers the jurisprudential solutions adopted by the Courts of both Quebec and the Common Law provinces, and suggests that the broad interpretation adopted by the Common-Law Courts is a more faithful reflection of the Supreme Court's vision.

I. INTRODUCTION

Les baux commerciaux répartissent les risques inhérents à l'utilisation des biens, et contiennent une multitude de clauses qui portent sur les questions de répartition desdits risques. Parmi les clauses qui ont pour effet de déplacer le fardeau de la responsabilité juridique en cas de sinistre causé par la négligence d'une des parties, les clauses traitant de l'obligation de souscrire et de maintenir une assurance sont les moins bien comprises et ont non seulement induit en erreur d'innombrables bailleurs et locataires, mais ont aussi semé la confusion parmi les tribunaux canadiens et québécois.

Selon une trilogie de la Cour Suprême du Canada, la subrogation d'un assureur à l'égard de son assuré ne saurait s'appliquer quand le locataire de l'assuré participe au paiement des primes d'assurance du locateur ou quand ce dernier s'engage expressément ou implicitement dans le bail à assurer les lieux loués. En conséquence, l'assureur, qui n'a pas plus de droit que son assuré lors d'un recours subrogatoire, ne peut pas poursuivre le locataire.

En pareilles circonstances, en comparaison avec les tribunaux des provinces de Common Law, les tribunaux québécois sont nettement plus réticents à conclure qu'il y a renonciation aux recours de droit commun. En effet, les jugements rendus par des Cours d'appel de provinces Common Law sont d'un intérêt particulier pour des praticiens québécois parce qu'ils appuient une interprétation desdites clauses qui est beaucoup plus large et libérale que celle qui a été entérinée par les jugements rendus par les tribunaux québécois.

Considérant que les droits subrogatoires de l'assureur varieraient selon la loi applicable au contrat de bail, nous examinerons les différences entre les solutions proposées par les tribunaux québécois et ceux des provinces de Common Law.

2. L'ORIGINE DU CHAOS : UNITED MOTOR SERVICE C. HUTSON INC. (1937) R.C.S. 294 (« HUTSON »)

Afin de bien comprendre le cheminement byzantin énoncé par le juge Laskin dans ladite trilogie, il faut prendre en considération le fait que son raisonnement était grandement influencé par son besoin de contourner le jugement qui fut rendu 40 ans auparavant dans la cause de Hutson et qui était le fondement de la position adoptée par les cours inférieures et la minorité de la Cour Suprême dans la Trilogie. Les clauses pertinentes se lisaient comme suit :

And the said Lessee covenants with the said Lessor to pay rent and to pay water and gas rates, electric lighting charges and accounts for power used for any purpose by the Lessee.

And the said Lessor covenants to pay all taxes in connection with the demised premises and all premiums of insurance upon the buildings erected thereon.

And the said Lessor may enter and view state of repair.

And that the said Lessee will repair, according to notice in writing, reasonable wear and tear and damage by fire, lightning and tempest, riot or public disorder or act on the part of any governmental authority only excepted; provided nevertheless that the Lessee shall not be required to make repairs to the roof, nor exterior or structural repairs.
(Nos soulèvements)

Le locataire s'était engagé aux réparations habituelles sauf la détérioration et l'usure normales ainsi que les dommages causés par le feu etc. La question qui a été soulevée était de savoir si le locataire bénéficiait de cette exception lorsqu'un incendie résultant de sa négligence causait des dommages. La Cour Suprême a décidé que l'exception concernant le feu dans l'alinéa ci-dessus n'incluait pas un incendie causé par la négligence du locataire. Plus particulièrement, après avoir analysé les clauses traitant de l'obligation du locataire de réparer, et sans référence à la portée de la clause traitant du paiement des primes d'assurance, le juge Kerwin a conclu « *qu'il faudrait un texte beaucoup plus précis pour décharger l'appelante de la responsabilité des dommages causés par sa négligence; ...* ».

3. LA TRILOGIE DE LA COUR SUPRÊME

3.1. Agnew-Surpass Shoe Stores c. Cummer Yonge Investments, (1976) 2 R.C.S. 221 (« Agnew-Surpass »)

Dans l'arrêt Agnew-Surpass la majorité de la Cour Suprême a conclu que si l'engagement du locateur d'assurer le bâtiment contre les risques d'incendie est pris pour le bénéfice du locataire, le locataire est privé de son recours contre ce dernier. La Cour Suprême a conclu que l'existence d'une telle relation est faite par renvoi aux risques contre lesquels le locateur est tenu d'assurer le bâtiment. Le renvoi à l'obligation expresse d'assurer le bâtiment contre tous les risques d'incendie était suffisant pour exonérer le locataire (voir T. Rousseau-Houle; Les récents développements dans le droit de la vente et du louage de choses au Québec : 1985 R.D.U.S. 310 à la p. 413).

Ce bail n'obligeait pas le locataire à faire les réparations entraînées par le sinistre couvert par les polices d'assurance du propriétaire. Un incendie s'est déclaré dans les locaux occupés par le locataire et a été causé par sa négligence. Par la suite, l'assureur a intenté au nom de l'intimée une action subrogatoire, et on y a soulevé la question de la responsabilité du locataire en regard de l'obligation assumée par l'intimée aux termes du bail de protéger le centre commercial par une assurance qui, entre autres choses, garantissait le locataire contre la responsabilité qui, autrement, lui aurait incombé en cas d'incendie provoqué par sa négligence. Le locateur a admis qu'en vertu des termes du bail, il avait assumé l'obligation de contracter une police d'assurance incendie, mais il a prétendu qu'il ne s'était pas engagé à obtenir une assurance au bénéfice du locataire.

Les dispositions pertinentes du bail étaient les suivantes :

« 8.(10) (1) Le locataire doit maintenir en bon état d'entretien l'intérieur des lieux loués et de leurs dépendances (y compris toute la glace polie installée sur les lieux loués) ainsi que les améliorations actuelles ou futures et il doit y effectuer les réparations et remplacements nécessaires sauf la détérioration et l'usure normales, les réparations aux quatre murs extérieurs, au toit, aux lanterneaux, aux fondations, aux planchers et à la charpente du bâtiment, les dommages au bâtiment causés par l'eau ou par des risques contre lesquels le locateur est obligé de s'assurer en vertu des présentes.

...

8 (14) Il est convenu que le locataire est, à compter de la date où il prend possession des lieux loués ci-dessous, responsable du paiement du loyer et des services mentionnés aux clauses 5, 6 et 7, et également des réparations par suite de tout dommage causé aux lieux loués ou à toute autre partie du terrain ou du bâtiment ou des autres bâtiments constituant le centre commercial, que ces dommages soient causés par le locataire, ses employés, préposés, mandataires, ouvriers ou invités ou qu'ils se produisent pendant que le locataire installe les lieux loués ou qu'il les garnis ou autrement.

...

9(2) Le locateur s'engage à assurer le centre commercial y compris ledit bâtiment, sauf les fondations dans chaque cas, contre tous les risques de pertes ou dommages causés par le feu, la foudre ou les intempéries ou par tout autre risque additionnel défini dans un contrat type d'assurance incendie complémentaire. Le locateur doit, autant que possible, faire en sorte que les biens soient assurés à la pleine valeur assurable.

(5) Sauf la détérioration et l'usure normales, le locateur doit effectuer les réparations aux quatre murs extérieurs, au toit, aux lanterneaux, aux fondations, aux planchers et à la charpente du bâtiment, aux trottoirs et aux aires de stationnement du centre commercial ainsi que les réparations nécessitées par des dommages au bâtiment, aux trottoirs et aux aires de stationnement du centre commercial, causés par l'eau ou par des risques contre lesquels le loca-

teur doit s'assurer, sans être responsable d'aucun préjudice causé directement ou indirectement aux personnes ou aux biens par omission de ce faire. »

Le locataire avait plaidé que les parties avaient convenu que le locateur se chargerait d'assurer les lieux loués contre l'incendie afin de protéger à la fois les intérêts du locateur et du locataire et que l'assurance couvrirait la perte par le feu, que celle-ci soit causée par la négligence du locataire ou autrement.

Ce point de vue a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario qui a décidé que pour exonérer de la responsabilité découlant de la négligence en même temps que de la responsabilité contractuelle, pareille clause doit expressément énoncer l'exonération de responsabilité en raison de la négligence. La Cour d'appel a décidé que « le concept ordinaire » d'assurance incendie ne comprend pas l'assurance obtenue par un locateur afin de se protéger contre la négligence de son locataire et a conclu que le bail ne déchargeait clairement pas le locataire de sa responsabilité pour un incendie causé par sa négligence.

Cette vision fut partagée par la minorité de la Cour Suprême (de Grandpré et Martland) qui insistait sur la question de savoir si les clauses d'assurances créaient une exception à la règle générale de responsabilité qui devrait être examinée non seulement à la lumière du principe général qu'une exception doit être interprétée restrictivement mais aussi à la lumière de la décision de *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King* (1952) A.C. 192. Dans cette affaire le Conseil Privé a énoncé que si la négligence n'est pas mentionnée expressément dans la clause, le tribunal doit examiner si les termes employés sont assez généraux, dans leur sens ordinaire, pour l'englober. S'il y a doute à cet égard, il faut le résoudre à l'encontre de la personne au bénéfice de qui la clause est faite et ce, conformément à l'article 1019 du Code civil du Bas Canada. De plus, si la catégorie des dommages peut avoir une autre cause que la négligence, le principe général est que la clause doit se restreindre dans son application aux pertes résultant de cette autre cause, à l'exclusion des pertes découlant de la négligence.

De plus, écrivant pour la minorité, le juge de Grandpré était aussi d'avis que l'affaire *Hutson* établissait « *de façon implicite le principe que l'engagement contracté par le propriétaire dans le bail de payer « toutes les primes d'assurance sur les bâtiments » n'a pas pour effet de conférer au locataire la qualité de co-assuré de façon à lui permettre de se décharger de la responsabilité d'un incendie causé par sa négligence.* » (p. 240 du jugement). Le juge de Grandpré a souligné que dans l'affaire *Hutson* l'action a été intentée par les

assureurs des propriétaires, qui n'avaient pas plus de droits que les propriétaires et qui ont tout de même obtenu un dédommagement complet.

Le juge de Grandpré a conclu qu'il était possible d'interpréter les clauses d'assurance comme visant la responsabilité contractuelle qu'avait le locataire de réparer les dommages résultant d'incendies qui n'étaient pas causés par sa négligence et rien de plus. Conséquemment il rejetait la prétention que lesdites clauses déchargeaient le locataire de sa responsabilité en cas de négligence :

« Une étude attentive du bail m'a convaincu que pareille clause n'existe pas. Au contraire, la règle générale de responsabilité est clairement énoncée au par. 14 de la cl. 8. (p. 241 du jugement)

...

Après avoir examiné le bail en son entier de même que les différentes clauses qu'on nous a particulièrement mentionnées, j'arrive sans hésitation à la conclusion que les termes utilisés par les parties au contrat de bail ne sont pas assez généraux pour décharger le locataire de sa responsabilité lorsque sa négligence est établie, comme en l'espèce. Ce qui suit tend à renforcer mon opinion :

(1) le risque d'incendie a été une question très importante pour les parties au contrat; dans les circonstances, il aurait été très facile pour elles de dire, si tel avait été leur but, que dans le cas d'un incendie causé par la négligence du locataire, le propriétaire n'aura pas de recours;

(2) les parties étaient également très préoccupées par la question de l'assurance, tellement que lorsqu'il s'est agi d'une autre catégorie d'assurance, c'est-à-dire celle décrite dans la seconde phrase du par. 22 de la cl. 8, on a spécifié que l'assurance de responsabilité civile à être souscrite par le locataire devrait « désigner le locateur à titre de bénéficiaire additionnel »; ici encore, il aurait été très facile lorsqu'on a traité de l'assurance des édifices (par. 2 de la cl. 9), si les parties avaient été d'accord sur cette question de dire textuellement que le locataire serait désigné comme bénéficiaire additionnel, ce que le paragraphe ne dit pas. (pp. 246-247 du jugement) »

Ce raisonnement fut écarté par la majorité de la Cour Suprême qui a déterminé que lues ensemble, les dispositions pertinentes du

bail l'amenaient à conclure que le locataire devait bénéficier de l'assurance incendie obtenue par le locateur contre la perte ou les dommages résultant de la négligence du locataire.

Suivant les propos énoncés par le juge Kerwin dans *Hutson*, le juge Pigeon, écrivant pour quatre membres de la majorité (Pigeon, Ritchie, Dickson et Beetz) de la Cour Suprême, a accepté qu'une clause qui exonérait le locataire pour « les dommages résultant du feu » n'était pas suffisamment précise pour écarter sa responsabilité pour sa négligence. Par contre, la majorité a conclu que le renvoi à la clause d'assurance exprimait clairement cette intention :

« En l'espèce, la question est essentiellement jusqu'à quel point le texte doit être précis. Il n'est pas nécessaire que la négligence y soit explicitement mentionnée. Il faut seulement que l'intention soit suffisamment exprimée... En l'espèce, la clause exonératoire ne suit pas le texte du Short Forms of Leases Act ou un texte équivalent comme dans l'arrêt Hutson. Ici, la non responsabilité du locataire est déterminée par renvoi à l'obligation du locateur d'assurer le bâtiment... Rien n'est plus clairement établi : au contraire d'une clause exonératoire, une police d'assurance incendie couvre la négligence de l'assuré lui-même aussi bien que celle de ses préposés ou des tiers. » (pp. 247-248 du jugement)

Écrivant pour trois membres de la majorité (Laskin, Judson et Spence), le juge en chef Laskin a rejeté la prétention de l'intimée que les obligations d'assurer incombant au locateur en vertu de la cl. 9 n'étaient pas stipulées au bénéfice du locataire :

L'essentiel du bail entre les parties (en plus des dispositions relatives à la durée et au loyer) est exprimé dans deux clauses, numérotées 8 et 9, lesquelles comprennent plusieurs paragraphes. Le préambule de la clause 8 se lit comme suit :

« Le locataire s'engage et convient avec le locateur ce qui suit : »

De la même façon, la cl. 9 commence par :

« Le locateur s'engage envers le locataire comme suit : »

J'insiste sur cela en raison de la prétention de l'intimée que certaines obligations reconnues comme incombant au locateur en vertu de la cl. 9, ne sont pas stipulées au bénéfice du locataire. Si j'en suis réduit à des détails techniques, que je préférerais éviter dans un bail conclu entre

des sociétés commerciales traitant à distance, je dis simplement que lorsqu'il y a un engagement du locateur envers le locataire, c'est plus qu'une simple promesse générale ou une déclaration d'intention mais bien une stipulation à l'avantage du locataire selon ses termes. Le critère d'appréciation est l'efficacité commerciale et non pas la forme des actes. » (pp. 225-226 du jugement) (nos soulignements)

De plus, le juge en chef a conclu que la décision de *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King* était non pertinente et le locateur s'appuyait à tort sur les principes régissant les clauses d'exonérations :

« (N)ous ne sommes pas en présence d'une clause exonératoire qui se fonde sur l'existence de quelque responsabilité que cette clause réduirait ou éliminerait. Il s'agit plutôt d'une série de clauses qui ab initio déterminent des responsabilités particulières. Si cela peut être considéré comme l'application des principes régissant les clauses exonératoires, alors toute question d'interprétation d'un écrit commercial qui donne ouverture à une contestation quant à l'étendue de la responsabilité, peut devenir une question relative à la démarcation de l'incrimination ou de l'exonération . » (pp. 232-233 du jugement)

Finalement, le juge Laskin a pris le soin de distinguer la cause de *Hutson* comme suit :

*« Il n'est dit nulle part dans les motifs de cette Cour, ni en fait dans ceux de la Cour d'appel de l'Ontario, le tribunal d'instance antérieur (voir [1936] O.R. 225), qu'il existait une relation entre l'engagement du locateur de payer toutes les primes d'assurance et la responsabilité du locataire pour un incendie résultant de sa négligence. Il n'y avait pas d'engagement par le locateur de s'assurer comme il y en a en l'espèce, et, de toute façon, je ne veux pas conjecturer d'après l'arrêt *Hutson* (tenant le locataire responsable) que la Cour doit avoir conclu que (1) l'engagement du locateur de payer les primes d'assurance équivalait à un engagement de s'assurer et (2) dans l'affirmative, l'engagement ne donnait pas au locataire le bénéfice de cette assurance. Il n'y a simplement aucune corrélation, aucune analogie même éloignée entre les maigres dispositions du bail *Hutson* et les engagements relatifs à l'assurance et aux réparations en l'espèce. »* (p. 233-234 du jugement)

Par contre, quatre membres de la majorité (Ritchie, Pigeon, Dickson et Beetz) étaient d'accord avec la minorité sur la question des dommages qui tombaient en dehors de l'étendue de l'assurance prévue dans le bail et ont permis au locateur de réclamer pour la perte de loyers car la clause d'assurance ne visait que « les dommages au bâtiment », et l'obligation du locateur était d'assurer le centre commercial « contre tous les risques de pertes ou dommages causés par le feu, la foudre ou les intempéries ou par tout autre risque additionnel défini dans un contrat type d'assurance incendie complémentaire ». Ce texte ne s'étendait pas à la perte des loyers qui n'est pas couverte par ces stipulations.

La majorité a conclu que le fait que la police d'assurance obtenue par le locateur couvrait les pertes de loyers n'était pas pertinent :

« Le locataire ne peut pas réclamer le bénéfice d'une assurance que le locateur a obtenue, au-delà de ce à quoi il s'est obligé par le bail, et son exonération de responsabilité ne peut pas le protéger au-delà de ce qui est effectivement exprimé dans le texte du bail. Il n'y a donc pas de distinction à faire entre la perte de loyers qui est couverte par l'assurance et celle qui ne l'est pas. » (p. 252 du jugement)

3.2. Ross Southward Tire c. Pyrotech Products, (1976) 2 R.C.S. 35, (« Ross Southward »)

Dans l'arrêt *Ross Southward*, la majorité de la Cour Suprême a conclu que l'engagement du locateur d'assurer l'immeuble n'avait pas besoin d'être explicite, et pouvait s'inférer du fait que le locateur obligeait le locataire à payer un montant de la prime de la police assurance incendie qui reflétait le pourcentage de la superficie occupée par ce dernier.

À l'instar de la situation qui prévalait dans l'affaire *Agnew-Surpass*, le locataire n'avait aucune obligation d'assurer le bâtiment. Le locataire ignorait la nature de la police d'assurance contre l'incendie obtenue par le propriétaire. Il s'agissait en fait d'une police commerciale générale et, suivant une clause du bail, seules les primes d'assurance contre l'incendie, les risques accessoires et les dommages à l'immeuble par effraction ont été facturées au locataire. Par contre, le bail contenait une stipulation qui obligeait le locataire à réparer toute perte à la suite d'un incendie causé par sa négligence.

Un incendie causé par la négligence des employés du locataire a complètement détruit le bâtiment qui a été reconstruit au coût d'environ 50 000 \$. Cette somme et les frais afférents, soit en tout

54 975,42 \$, ont été réclamés au locataire par la compagnie d'assurances subrogée dans les droits du propriétaire. La question était de savoir si le risque de perte par incendie, y compris celui causé par la négligence du locataire ou de ses préposés, avait été mis à la charge du propriétaire en vertu de la disposition du bail obligeant le locataire à payer les primes d'assurance.

Les clauses pertinentes se lisaient comme suit :

« 6. le locataire doit payer toutes les taxes immobilières y compris les taxes d'améliorations locales et les taxes scolaires, l'électricité, l'eau et les primes d'assurance sans délai à échéance. »

« ET ledit locataire s'engage à ...effectuer les réparations, sauf la détérioration et l'usure normales et les dommages résultant du feu, de la foudre et des intempéries; à entretenir les clôtures et à ne pas couper le bois; et ledit locateur pourra pénétrer sur les lieux pour vérifier l'état desdites réparations; et ledit locataire effectuera les réparations, lorsque requis par écrit, sauf la détérioration et l'usure normales et les dommages résultant du feu, de la foudre et des intempéries; »

La jurisprudence unanime (incluant Agnew-Surpass) reconnaissait que, suivant l'autorité de Hutson, l'exception concernant le feu dans l'alinéa ci-dessus n'incluait pas un incendie causé par la négligence du locataire.

Les cours inférieures ont conclu que l'engagement du locataire de payer les primes d'assurance n'obligeait pas le locateur à s'assurer et, même s'il le faisait, son assurance ne lui permettait pas de garantir le locataire contre sa responsabilité pour des dégradations causées par sa propre négligence. Ce raisonnement fut appuyé par la minorité de la Cour Suprême (les juges de Grandpré et Beetz) qui a réitéré que les stipulations du bail devaient être lues à la lumière des principes fixés par le Conseil Privé dans l'arrêt *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*. La minorité a conclu que le bail ne contenait aucune déclaration formelle et que le locataire, dans les circonstances, ne devait pas être tenu responsable des conséquences normales découlant de sa négligence :

« *Si l'intention des parties était de décharger le locataire de toute responsabilité en cas d'incendie, elles auraient pu la formuler facilement. Même en tenant compte de l'obligation du locataire de payer les primes d'assurance, le silence des parties ne constitue certainement pas ce texte*

précis sans lequel le locataire ne peut être déchargé des conséquences normales d'un incendie causé par sa négligence. » (p. 45 du jugement)

Cette vision formaliste fut écartée par la majorité qui, suivant l'affaire Agnew Surpass, a conclu que « *c'est en fonction du bail et non de la police d'assurance qu'il faut déterminer la modification des relations entre le propriétaire et le locataire quant à la responsabilité de ce dernier envers le propriétaire pour des dommages par le feu causés par sa négligence.* » (p. 40 du jugement)

Mettant l'emphasis sur l'importance d'interpréter les clauses du bail de façon pragmatique et d'une manière conforme à la réalité commerciale, le juge Laskin a conclu comme suit :

« L'avocat de l'appelant n'a pas fait valoir (en fait, il a déclaré que ce n'était pas nécessaire) que le propriétaire n'avait pas respecté la clause d'assurance et que l'engagement aurait dû couvrir le risque d'incendie causé par la négligence du locataire. Il a plutôt soutenu qu'en vertu de la clause du bail relative au paiement des primes d'assurance par le locataire, le risque de dommages causés par l'incendie est mis à la charge du propriétaire, du moins lorsque ce dernier présente la note d'assurance, et l'affaire est ensuite à débattre entre le propriétaire et son assureur. Je suis de cet avis. Si l'on interprète le bail et la clause en question, de façon raisonnable et dans la réalité commerciale, je ne vois pas quel autre sens on pourrait donner au contrat sans en retrancher des mots essentiels. Le juge de première instance a suggéré que l'intention du propriétaire était d'obtenir un montant fixe à titre de loyer pour son investissement et de mettre toutes les autres dépenses à la charge du locataire. Cela se pourrait si les autres dépenses n'étaient pas énumérées et si l'on considérait que le bail prive le locataire du bénéfice de ses versements obligatoires, mais tel n'est pas le cas.

L'avocat de l'intimé soutient qu'il n'y a dans le contrat aucune clause exculpatoire qui dégage le locataire de sa responsabilité pour négligence et que cela ne peut-être sous-entendu. Cette prétention est trop catégorique car elle ignore les effets de la clause concernant le paiement des primes d'assurance. Le locataire peut bien être responsable de toute négligence à d'autres égards mais, à mon avis, en ce qui concerne les pertes causées par le feu, il en est déchargé par son obligation de payer pour l'assurance incendie. » (p. 39-40 du jugement) (nos soulèvements)

Par contre, il faut noter qu'au lieu de conclure que l'obligation du locateur de s'assurer découlait implicitement de l'obligation du locataire de payer les primes d'assurance incendie, le juge Laskin a pris le soin de distinguer l'affaire *Ross Southward* de celle de *Agnew-Surpass* de la façon suivante :

*« Le locataire ne prétend pas s'abriter derrière l'engagement du propriétaire de payer les primes d'assurance mais, parce qu'il paie pour l'assurance il en réclame le bénéfice en vertu des termes de son bail. À cet égard, on peut dire que le locataire a modifié son obligation de réparation au-delà de l'exception courante pour l'incendie accidentel. Il a payé pour bénéficier envers son propriétaire, de ce que toute assurance incendie ordinaire procure au propriétaire, comme c'est d'ailleurs le cas pour la police obtenue en ce cas-ci. Selon moi, ce n'est donc pas la même chose si, comme dans l'affaire *Hutson*, c'est le propriétaire qui s'engage à payer les primes d'assurance ou si c'est le locataire qui s'y oblige. »* (pp. 40-41 du jugement) (nos soulignements)

3.3. T. Eaton c. Smith (1978) 2 R.C.S. 749, (« T. Eaton »)

L'arrêt *T. Eaton* a confirmé que l'obligation d'assurance n'opère pas un simple transfert du coût des primes d'assurance. En effet, à moins que le contexte dans lequel s'insère ce type de clauses n'indique clairement un objet différent, il faut considérer que le but et l'effet de l'obligation de l'assurance sont de transférer à celui qui y est tenu tous les risques normalement assurables de détérioration et de perte des biens. (voir : Janvier 1996 *J. EL MASRI Chronique* – L'obligation d'assurance du transporteur routier; Yvon Blais 1996 *REP*; 129)

Dans l'arrêt *T. Eaton*, le locataire, la compagnie *T. Eaton Limitée* (« *Eaton* »), avait loué des locaux contigus des deux locateurs (*Smith* et *Tuck*) et les utilisait à des fins commerciales comme magasin à rayons. Le propriétaire d'un immeuble s'était engagé par bail à assurer les lieux loués contre l'incendie. De plus, le bail stipulait que le locataire devait réparer les dommages résultant d'un incendie causé par sa négligence. Suite à la négligence d'un employé d'*Eaton*, les bâtiments ont été détruits par le feu. Les assureurs des locateurs ont payé les montants de la perte à ces derniers et, s'estimant subrogés dans leurs droits, ont intenté contre *Eaton* une action pour recouvrer les montants payés.

La clause du bail de Smith se lisait comme suit :

« 27. ET LE LOCATEUR convient avec le locataire que, pendant toute la durée du bail et toute prolongation de celui-ci, il verra en vertu des présentes à assurer les bâtiments se trouvant sur lesdits lieux contre l'incendie pour un montant qui ne sera pas inférieur à cent dix mille dollars (\$ 110,000). [Smith s'assura contre l'incendie pour un montant de \$ 120,000.] »

Dans le bail de Tuck se trouvait une clause comparable :

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

Les baux de Smith et Tuck contenaient trois clauses-type de réparations, c'est-à-dire l'engagement de faire des réparations, l'engagement de faire des réparations sur demande et l'engagement de remettre les lieux loués en état. Chacune de ces clauses était tempérée par la phrase *« sauf la détérioration et l'usure normales et les dommages résultant du feu, de la foudre, des intempéries, d'une émeute, d'une insurrection civile, de vices de structure, de la force majeure et des ennemis de la Reine »*.

La majorité de la Cour Suprême a reconnu que l'exception d'incendie dans les clauses de réparations n'exonérait pas le locataire de sa responsabilité pour l'incendie causé par sa propre négligence ou celle d'une personne dont il est responsable, et le juge Laskin a présenté le problème auquel Eaton faisait face comme suit :

« S'il peut échapper à cette responsabilité dans la présente affaire, ce ne peut être qu'en prenant pour acquis que l'engagement de s'assurer pris par le propriétaire joue au profit du locataire en écartant de lui le risque d'être tenu responsable d'un incendie dû à sa propre négligence et en faisant couvrir ce risque par l'assurance ». (p. 754 du jugement)

Le locataire plaidait que lorsque la clause d'assurance n'est pas générale mais consiste, comme en l'espèce, en une convention avec le locataire selon laquelle le propriétaire verra à assurer contre l'incendie les bâtiments qui se trouvent sur les lieux, elle doit couvrir la responsabilité pour les incendies dus à la négligence du locataire, car autrement, en tant que clause au bénéfice exprès de celui-ci, elle n'aurait pas de raison d'être.

Les cours inférieures ont rejeté la prétention du locataire et ont conclu que l'obligation de s'assurer ne mettait pas à la charge des propriétaires Smith et Tuck l'obligation de couvrir les locataires contre le risque de dommages résultant d'un incendie causé par la négligence de ce dernier, et que les assureurs pouvaient donc faire valoir leur réclamation.

Le juge de Grandpré (joint par Ritchie et Martland mais maintenant abandonné par son ancien allié le juge Beetz), maintenait son désaccord avec l'opinion du juge Laskin, et insistait afin que le problème soit résolu par les principes d'interprétation applicables aux clauses exculpatives. Vu l'absence de termes exprimant clairement l'effet exonérant de la clause d'assurance, la minorité a conclu que ladite clause ne pouvait décharger le locataire des conséquences normales d'un incendie causé par sa négligence :

« (I)l m'est impossible, avec égards, d'en conclure que la clause d'assurance citée au début de ces motifs serait sans signification si elle n'équivalait pas soit à une renonciation des propriétaires à leurs droits de recouvrer des dommages en cas d'incendie causé par la négligence, soit à un engagement de leur part de s'assurer en faveur de toutes les parties au bail contre les incendies de cette nature. Que ce soit d'un point de vue ou de l'autre, pareil résultat constituerait une exception aux principes généraux de la responsabilité et ne peut être admis que s'il est clair que telle était l'intention des parties contractantes et qu'aucune autre interprétation de l'ensemble des contrats n'est possible. (p. 762-763 du jugement)

...

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

a) un mécanisme de financement pour maintenir l'option d'achat du locataire sur les lieux loués, et

b) l'assurance pour chaque locateur de pouvoir reconstruire le bâtiment et permettre la reprise ou la continuation du bail dans l'éventualité d'un incendie.

En ce sens et à cette fin, la clause d'assurance joue au bénéfice du locataire, mais elle ne va pas plus loin. » (p. 764 du jugement)

La vision formaliste du juge de Grandpré fut encore rejetée par la majorité de la Cour Suprême qui a décidé que l'obligation d'assurer du propriétaire était une stipulation en faveur du locataire en vue de le protéger contre le risque de dommages causés par sa négligence. L'obligation du locataire de réparer les dommages résultant d'un incendie causé par sa négligence n'annulait pas cette stipulation.

Premièrement, le juge Laskin a réitéré que les locateurs s'appuyaient à tort sur les principes régissant les clauses d'exonération :

« À strictement parler, je ne pense pas qu'il soit correct d'apprécier cette question en se référant à des affaires dites de « clause exonératoire », comme l'affaire Canada Steamship Lines Ltd. c. Le Roi. Il ne s'agit pas d'un cas où l'on a à se demander s'il existe quelque disposition déchargeant l'une des parties contractantes de sa responsabilité envers l'autre, pour une négligence que cette dernière aurait commise. Mais il s'agit plutôt d'un cas où l'on s'est engagé, dans une clause indépendante, à couvrir par une police d'assurance le risque de dommages causés par un incendie dû à la négligence. » (p. 756 du jugement) (nos soulignements)

Deuxièmement, fidèle à l'opinion émise dans l'affaire Agnew-Surpass, la majorité a insisté sur le fait que l'obligation d'assurer était une stipulation à l'avantage du locataire selon ses termes et ne pouvait être traitée comme plus qu'une simple promesse générale ou une déclaration d'intention :

« Tout en reconnaissant les différences qui existaient dans l'affaire Cummer-Yonge entre les engagements respectivement pris par le locateur et le locataire en matière de réparations et d'assurance, l'appelante fait valoir que, lorsque la clause d'assurance n'est pas générale mais consiste, comme en l'espèce, en une convention avec le locataire selon laquelle le propriétaire verra à assurer contre l'incendie les bâtiments qui se trouvent sur les lieux, elle doit couvrir la responsabilité pour les incendies dus à la négligence du locataire, car autrement, en tant que clause au bénéfice exprès de celui-ci, elle n'aurait pas de raison d'être. » (p. 754 du jugement)

...

En (Ross Southward) le locataire pouvait se prévaloir de son paiement des primes d'assurance pour une police qui prévoyait l'indemnisation de dommages causés par un

incendie, y compris un incendie imputable à la négligence, que ce soit celle du locataire ou de quelque autre personne. Les procureurs ont demandé à cette Cour d'appliquer le principe en l'espèce à l'égard de l'engagement de s'assurer pris par les deux propriétaires au profit du locataire. L'engagement (de s'assurer) était inutile, a-t-on prétendu, s'il n'était pris qu'au profit des deux propriétaires.

Je pense que cette prétention doit l'emporter à moins qu'une autre explication de l'engagement des propriétaires ne vienne la combattre. » (p. 755 du jugement)

En terminant, la majorité a noté que sa conclusion était conforme avec la jurisprudence américaine, qui a analysé le problème de la façon suivante :

« La question est traitée de la façon suivante dans le Corpus Juris Secundum 51C (1968), à la p. 1003 :

Quand l'engagement exige que le locateur s'assure contre les dommages causés par l'incendie ou la tempête, on l'a interprété comme protégeant les deux parties, spécialement lorsqu'il prévoit que le locateur peut affecter dans toute la mesure nécessaire le produit de l'assurance à la reconstruction en cas d'incendie ou de tempête, et le locataire peut se prévaloir de l'engagement même si l'incendie a été causé par sa négligence ou celle de ses employés. On a considéré que l'obligation du locateur de s'assurer en vertu d'un tel engagement est une obligation contractuelle qui sert en partie de cause à l'obligation du locataire de payer le loyer stipulé dans le bail.... » (p. 758 du jugement)

4. LA JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE

Comme l'on verra, les tribunaux québécois qui ont incorporé en droit civil les principes énoncés dans *Agnew-Surpass*, *Ross Southward* et *T. Eaton* (collectivement « la Trilogie ») n'ont pas remarqué la distinction faite par le juge *Laskin* entre l'obligation du locateur de s'assurer et l'obligation du locataire de participer au paiement des primes de la police d'assurance incendie. Par contre, comme question de fait, cette distinction a subséquentement donné lieu à des jugements que l'on peut difficilement réconcilier non seulement avec leurs prédécesseurs québécois mais aussi avec la Trilogie et les jugements de *Common Law* qui l'ont suivie.

4.1. L'obligation du locataire de participer au paiement des primes de la police d'assurance incendie

Les principes énoncés dans la Trilogie ont reçu une réception tiède quant ils ont été présentés au juge Letarte dans l'affaire de Lewis Shoes c. S.B.I. Holding Inc. et al. (le 5 mars, 1982; C.S.Q : NO : 200-05-005000-778; infirmée par la Cour d'Appel le 24 juillet, 1984; C.A.Q. 200-09-000247-82 (J.E.84-616), Beauregard, Nichols, Moisan ad hoc). Se fiant sur les termes de l'article 10.03 du bail intervenu entre les parties qui lui imposaient de participer dans la proportion de son occupation aux primes d'assurance incendie souscrites par le propriétaire, le locataire plaidait que le locateur avait renoncé à exercer contre lui tout recours résultant d'un incendie dont il serait tenu responsable par suite de sa négligence. La clause 10.03 se lisait comme suit :

« The Tenant shall pay to the Landlord as additional rental hereunder his share of the annual aggregate of the premiums for fire, rental, boiler and similar other insurance upon the Shopping Centre or any part thereof at anytime or times during the term hereof in the proportion that the area of the leased premises bears to the cross leasable area. »

Le juge Letarte, après avoir révisé la cause de Hutson et la Trilogie, a conclu *« qu'il appartiendra donc au Tribunal de tenir compte de toutes les dispositions du bail " lues ensemble " (AGNEW-SURPASS, p. 231) et de les interpréter... " de façon raisonnable et dans la réalité commerciale... sans en retrancher des mots essentiels " (PYROTECH, p. 39) »* (p. 27 du jugement).

En conformité avec ces principes, le juge Letarte a procédé à une analyse des clauses du bail et a conclu que le locateur n'avait pas renoncé au recours de droit commun qui lui était ouvert contre son locataire si les dommages résultaient de sa négligence ou de celle de ses préposés :

« On voit donc clairement que l'obligation du locataire de conserver les lieux en bonne condition et de les remettre à la fin du bail ne comprend pas l'exclusion que l'on retrouve dans certaines clauses et qui est relative aux dommages causés par certains sinistres, feu, inondation, etc. Il ne bénéficie pas de cette exception.

D'autre part, non seulement en aucun endroit du contrat le propriétaire ne s'engage à s'assurer mais il exige du locataire que celui-ci le fasse à ses propres frais, qu'il en

fournisse la preuve à demande, et que, quant à l'incendie, il fournisse et installe l'équipement nécessaire requis généralement par les assureurs pour combattre l'élément destructeur. C'est sans doute la une obligation additionnelle qu'il impose à son locataire pour éviter que l'assureur de ce dernier puisse s'autoriser du bris d'une pareille condition pour refuser l'indemnité.

Si par ailleurs le locataire désire faire certaines réparations il doit, le cas échéant, démontrer que les contracteurs qu'il utilise sont aussi assurés.

Par ailleurs, les assurances imposées au locataire doivent aussi couvrir ses biens personnels, mesure sans doute destinée à assurer sa solvabilité en cas de sinistre. Enfin, l'assurance du locataire doit faire du propriétaire un co-assuré, (« and additional insured as its interest may appear ») ce qui aurait pour effet d'exclure le recours du locataire qui subirait des dommages par suite de la négligence du propriétaire. La réciproque ne semble pas au Tribunal résulter d'une interprétation « raisonnable et dans la réalité commerciale » des clauses de ce contrat « lues ensemble ».

En tout respect pour l'opinion contraire, la participation du locataire dans la proportion de son occupation et de l'accroissement des risques qu'imposeraient ses réparations n'apparaît au Tribunal qu'un loyer additionnel destiné, dans une planification financière normale, à assurer un équilibre rationnel des bénéfices envisagés. Or, suivant les termes de l'article 18.04 du bail, l'on ne saurait ajouter aux terme qui y sont inclus et qui représentent l'entente intégrale entre les parties. » (pp. 31-32 du jugement)

Deux ans plus tard, cette vision étroite des principes énoncés dans la Trilogie fut écartée par la Cour d'appel. Écrivant pour la Cour, le juge Nichols a conclu que l'engagement du locateur d'assurer l'immeuble n'avait pas besoin d'être explicite. Au contraire, selon le juge Nichols, « *il était évident* » que si ce dernier faisait payer au locataire sa part proportionnelle de la prime d'assurance incendie, il assumait en contrepartie l'obligation de protéger le locataire par une assurance. De plus, le juge Nichols a noté que la clause qui défendait au locataire de faire quoi que ce soit qui pouvait affecter les primes d'assurances du locateur, et qui lui défendait en particulier de garder dans les lieux des matières dangereuses, inflammables ou explosives, serait inutile si le propriétaire ne devait pas assurer l'immeuble contre le risque d'incendie. Le juge Nichols a conclu comme suit :

« Lues ensemble, les clauses du présent bail m'amènent à conclure que le propriétaire s'est implicitement engagé à assurer l'immeuble contre le risque d'incendie et le locataire s'est engagé à lui rembourser, sous forme de loyer additionnel et au pro rata de l'espace qu'il occupe, les primes et surprimes de cette assurance.

Le présent bail rejoint donc celui qu'on retrouve dans l'affaire Eaton où le propriétaire s'était engagé à assurer l'immeuble contre le risque d'incendie. Que l'engagement soit exprès ou implicite, le résultat à mon sens doit être le même. Il faut en inférer que par son engagement le propriétaire a voulu protéger le locataire par une assurance. (pp. 6-7 du jugement)

...

En définitive, les parties ont voulu que le locataire assume le coût de la protection contre le risque d'incendie et cette protection lui profite indirectement parce que le locateur, en assumant l'obligation de s'assurer, fait bénéficier le locataire de cette protection. C'est de cette façon que je comprends l'arrêt Eaton.

Sans que cela ne soit dit en termes exprès, je considère que ce genre de protection indirecte a le même effet qu'une renonciation aux recours de droit commun. » (p. 9 du jugement)

Avec respect, les propos du juge Nichols ne sont pas tout à fait compatibles avec les propos du juge Laskin. Dans l'affaire Ross Southward, le juge Laskin a pris le soin de reconnaître que *« ce n'est donc pas la même chose si, comme dans l'affaire Hutson, c'est le propriétaire qui s'engage à payer les primes d'assurance ou si c'est le locataire qui s'y oblige »* et il a insisté sur le fait que le fondement de ce jugement était de permettre au locataire de recevoir le bénéfice de la police pour lequel il a payé. Par contre, le juge Nichols a simplement conclu que l'obligation du locataire de participer à la prime confirmait de façon implicite l'obligation du locateur de s'assurer. Comme nous le verrons, ce faisant, le juge Nichols a omis de reconnaître l'importance qu'a mis le juge Laskin sur les termes particuliers choisis par le locateur qui s'engage à s'assurer.

Tout comme le juge Laskin, le juge Nichols a insisté sur le fait que les clauses de responsabilité étaient assujetties aux clauses d'assurance. Conséquemment, il a rejeté l'argument du locateur basé

sur la clause 6.03 du bail, qui obligeait le locataire à réparer les lieux loués et à les remettre en bon état d'entretien et ce, sans exception en cas d'incendie :

« Ce n'est donc pas sous l'empire de la clause 6.03 que la question doit être considérée. Cette clause est assujettie à la clause d'assurance au même titre que la clause dite de " réparation " l'était dans l'affaire Eaton. Le juge Laskin a fait jouer la clause d'assurance au détriment de la clause de " réparation " en disant de la première qu'elle est " a supervening covenant ". (p. 756)

Il en va de même ici. La clause qui oblige de remettre les lieux en bon état d'entretien, assortie ou non d'une exception en cas d'incendie, est assujettie à la clause qui fait supporter les primes au locataire et oblige le locateur à s'assurer.

Il convient en terminant de faire remarquer que M. le juge Beetz qui appuyait la forte dissidence du juge De Grandpré dans l'affaire Pyrotech s'était rangé du côté de la majorité dans l'affaire Eaton. » (p. 9 du jugement)

Commentant sur le jugement rendu par la Cour d'Appel dans la cause de Lewis Shoes, Mme la professeure Rousseau-Houle (telle qu'elle était alors) adoptait sans qualification l'opinion du juge Laskin à l'effet que les clauses d'assurance créaient une exception à la règle générale de responsabilité qui ne devrait pas être interprétée restrictivement à la lumière des principes régissant les clauses d'exonération :

« Sans doute, une clause exculpatoire par laquelle un locataire peut-être déchargé des conséquences normales découlant de sa responsabilité statutaire doit être interprétée restrictivement. À cet égard, la reconnaissance par nos tribunaux de l'effet exonératoire des clauses par lesquelles le propriétaire s'engage à assurer ou le locataire à payer les primes d'assurance pourrait apparaître comme une question d'espèce limitée aux circonstances de chaque cause. Au contraire, nous croyons qu'il se dégage de la jurisprudence un principe général à savoir que le locataire, qui en vertu des clauses de son bail paie pour l'assurance ou pour la garantie que le propriétaire s'assurera, doit réclamer le bénéfice de cette assurance. Ce principe apparaît non seulement équitable mais conforme à la réalité commerciale. »

(T. Rousseau-Houle; supra; p. 415) (notre emphase)

La vision large énoncée par le juge Laskin fut adoptée par une série de jugements québécois qui ont considéré l'effet des clauses d'assurances semblables. Dans la cause de Jormel Corporation c. Les Industries Saulnier (C.S.M. 500-05-001600-764; le 29 septembre, 1982; Marquis J.C.S.; confirmée par la Cour d'Appel le 2 mars, 1987; C.A.M 500-09-001416-825; L'Heureux-Dubé, Beaugard et Tyndale) (« Jormel ») la clause 7 d'un bail commercial prévoyait que le locataire était responsable pour toutes les réparations « *however so caused, whether by fire, lightning, tempest or damage of any kind, to the entire exoneration of the landlord.* »

Citant le juge Laskin, le juge Marquis avait conclu que cette clause était assujettie à la clause 10 du bail qui obligeait le locataire à assumer la prime de la police d'assurance incendie qui couvrait le bâtiment. Selon le juge Marquis, cette dernière clause représentait la façon dont les parties au contrat avaient décidé de répartir les risques et dépenses dudit immeuble :

« Or, qu'en est-il des obligations contenues au bail à ce sujet ? D'une part, la clause 7 prévoit que le locataire sera responsable de toutes les réparations, y compris celles rendues nécessaires par suite d'un incendie. D'autre part, la clause 10 l'oblige à payer les primes d'une assurance incendie dont le locateur sera bénéficiaire. Cette seconde obligation ne peut avoir de sens que s'il s'agit de la façon, choisie par les parties, d'exécuter, au moins partiellement, l'obligation envisagée par la clause 7, c'est-à-dire de prévoir une indemnisation au cas de réparations requises suite à un incendie... Si l'obligation de payer les primes d'assurances est ajoutée à celle d'effectuer les réparations et n'en constitue pas l'exécution, cela veut dire que le locataire s'oblige deux fois à l'égard du propriétaire : ainsi, dans le cas de l'incendie, il devra réparer la bâtisse à ses frais et en plus payer une assurance qui verserait au locateur une indemnité équivalente à ces réparations. Cette interprétation des clauses du bail, lues ensemble, n'est pas raisonnable ni conforme à la réalité commerciale.

En l'espèce, il y a lieu de retenir que l'obligation faite au locataire d'assumer le paiement des primes d'assurance incendie a pour effet d'imposer au locateur l'obligation de réparer; cette obligation de payer telles primes constitue, pour le locataire, le mode prévu par les parties d'exécuter, au cas d'incendie, prévu à la clause 7 du bail. » (pp. 11-12 du jugement)

La Cour d'Appel a confirmé ce jugement, en émettant les commentaires suivants :

« La clause du bail permettant à l'appelante de recouvrer de l'intimée les primes d'une police d'assurance incendie que l'appelante pouvait acheter empêchait l'appelante de prétendre que la police d'assurance qu'elle avait achetée n'était que pour son propre bénéfice et non pour celui de l'intimée. » (p. 2 du jugement)

Certains jugements ont apporté des précisions aux principes énoncés dans la *Lewis Shoes*. Par exemple, dans l'affaire de *La Corporation Moderne de Montréal c. Cabaret La Chaumière Inc.* et al (C.A.M. 500-09-001426-857; le 5 mai 1988; Beauregard, LeBel et Chevalier (ad hoc)) (« La Chaumière ») la Cour d'Appel a énoncé des limites au type de clause sur lequel le locataire pouvait se fier pour plaider que le locateur avait une obligation implicite de s'assurer contre le risque d'incendie. Plus particulièrement, la Cour a rejeté la prétention du locataire (qui était assujéti à une obligation de réparer les lieux) à l'effet qu'une clause d'assurance qui obligeait ce dernier « à rembourser au bailleur toute surprime d'assurance que la Compagnie qui assure les lieux loués pourrait exiger en conséquence du genre d'affaires ou de travaux dans lesdits lieux » créait une renonciation.

Vu l'obligation de réparer, la Cour d'appel a conclu que ladite clause d'assurance, « en l'absence d'autres clauses stipulant que le locataire contribue directement au paiement, non pas à la surprime, mais à la prime de base d'une police d'assurance, ne suggèrent nullement que l'assurance obtenue par le locateur doit profiter aux locataires. » (p.3 du jugement)

Par contre, dans la cause de *St-Maurice, cie. D'assurances c. Importation Sava International Ltée* (rendue le 3 mars 1989 mais qui ne fut pas rapportée avant 1993 : voir (1993) R.R.A. 730) (« Sava ») la Cour d'Appel a pris le soin de limiter l'étendue de l'affaire *La Chaumière* et a confirmé qu'il fallait interpréter les clauses d'assurance d'une façon large. Les clauses pertinentes du bail se lisaient comme suit :

12. De se conformer à tous les règlements concernant le feu, la police, la santé et généralement à toute loi en force et de ne rien faire qui serait en contravention les conditions des polices d'assurance ou qui pourrait augmenter le taux de ces dites assurances sur la propriété ou son contenu et de payer toute augmentation de primes d'assurance contre le feu sur ledit immeuble, qui pourrait être exigée

des assureurs, en raison du genre d'affaires exercées durant la durée du présent bail, et des infractions que pourrait commettre le Locataire concernant ces dites assurances. Le bailleur n'étant tenu de payer que les primes d'assurance au taux minimum d'un immeuble commercial.

« 16. Au cas où l'immeuble dont fait partie les lieux loués ou au cas où les lieux loués eux-mêmes seraient détruits par le feu ou autre cas fortuit ... (mais) ... où tels événements ne rendraient pas l'occupation des lieux raisonnablement impossible, le bailleur devra effectuer les réparations avec diligence et le loyer devra alors être dû et payable comme auparavant. » (nos soulignements)

Vu l'absence d'une référence explicite à une obligation du locateur de s'assurer ou à une obligation du locataire de contribuer aux primes de base d'une police d'assurance incendie, le locateur a plaidé que la Cour devrait suivre La Chaumière. Cette prétention fut rejetée. Le juge Toth, écrivant pour la Cour, a conclu que la dernière phrase de la Clause 12 (ci-haut en gras) était « *une indication on ne peut plus claire* » que le locateur s'engageait à assurer l'immeuble. En terminant, le juge Toth a conclu comme suit :

« Si on considère que dans notre affaire le bail était pour la totalité d'un immeuble commercial et qu'il contenait un pacte de préférence en faveur du locataire ainsi que (la clause 16) la raison d'être de l'obligation assumée par le propriétaire d'assurer l'immeuble devient non équivoque » (p. 6 du jugement).

La vision large énoncée par le juge Laskin fut de nouveau adoptée par la Cour d'Appel dans l'affaire de Parent c. Lamerain (C.A.M. 500-09-000717-868; le 25 février 1993; Tyndale, Rousseau-Houle et Fish J.C.A.) dans laquelle il était prévu au bail que « *toutefois les parties conviennent d'effectuer entre elles un partage équitable des frais d'électricité ainsi que d'assurance-incendie, sur production de factures.* »

À partir de la preuve testimoniale et de la preuve indirecte administrées devant lui, le juge de première instance avait conclu que durant les négociations menant à la conclusion du bail, le locateur a pris l'engagement d'assurer la bâtisse contre les risques de feu et que la clause précitée a été incluse au bail pour constater cet engagement du propriétaire et celui du locataire de contribuer au paiement des primes. La Cour d'Appel a confirmé le jugement de première instance,

qui avait estimé que le locateur avait renoncé en l'espèce à son recours de droit commun contre le locataire pour toute perte résultant d'un incendie.

Il faut noter, par contre, qu'au milieu de la dernière décennie certaines tribunaux de premières instances ont commencé à exprimer des réserves sur le bien-fondé des principes énoncés dans *Ross Southward* et qui fut repris dans l'affaire *Lewis Shoes*.

En effet, dans l'affaire de *Cie. d'Assurance Guardian du Canada c. 149667 Canada Inc.* (C.S.M. 500-05-016304-915; le 5 mai 1994, J.E.84-890; Grenier J.C.S) Mme la juge Grenier a appliqué les principes énoncés dans l'affaire *Ross Southward* pour rejeter l'action du locateur, mais a pris le soin d'exprimer son désaccord vigoureux avec le raisonnement du juge Laskin :

« Avec respect, le tribunal ne partage pas le point de vue exprimé par le juge Laskin dans cet arrêt. Le locataire qui partage le coût des charges communes, telles les taxes et les primes d'assurance, ne fait que payer son loyer. Le locateur et le locataire s'entendent à l'avance afin d'éviter que la fluctuation de ces coûts n'entraîne une renégociation constante des termes du bail. Comment conclure, en l'absence d'une clause explicite, que ce genre de stipulation exonère le locataire de sa responsabilité civile en cas d'incendie? La solution retenue semble puiser son inspiration dans l'équité et emprunte à des objectifs qui sont difficilement conciliables avec les principes de la responsabilité civile. Ceci étant dit et compte tenu de la jurisprudence postérieure développée par notre Cour d'appel et qui abonde dans le même sens, le tribunal doit se rallier à cette position. » (p. 15 du jugement)

Le mois suivant, dans l'affaire de *Chaussures Bruno Scola (1985) Inc. c. Zurich Compagnie d'Assurance*, (C.S.M. 500-05-016771-907, le 29 juin 1994, Lagacé J.C.S), le juge Lagacé a refusé d'appliquer les principes adoptés dans la cause de *Ross Southward* a un bail qui prévoyait comme suit :

« the Tenant shall pay its portion (1/3) of any and all insurance premiums under any and all policies of insurance (including, but without limitation, policies covering all risks, fire, general liability, rental income) purchased by the Landlord with respect to the Property.

...

Notwithstanding the foregoing of (sic) any damage or injury by fire or other cause to the building or leased premises ...is due to the fault or neglect of tenant...without prejudice to any other rights of subrogation of Landlord's insurer, Tenant shall be liable for all costs and damages, and the damages may be repaired by Landlord at Tenant's expense and in no event shall there be apportionment or abatement of rent. »

Se basant sur la Trilogie et la cause de Lewis Shoes, le locataire plaidait que le fait de l'obliger à assumer une partie des primes d'assurance pour couvrir les dommages causés par l'incendie constituait une renonciation implicite du locateur à son recours.

Le juge Lagacé a écarté cet argument comme suit :

« Mais alors, si tel est le cas, pourquoi obliger le locataire, (clause 4.09), à souscrire à ses frais une police d'assurance responsabilité générale de \$2,000,000 pour les lieux loués, et prévoyant une renonciation à subrogation contre le propriétaire ? Une telle exigence démontre bien que le locateur ne s'engageait pas d'assurer son bâtiment au profit du locataire.... Par ailleurs, la défense passe presque sous silence la clause 5.01 où le bailleur exprime son intention de tenir le locataire responsable des dommages à la bâtisse, en cas d'incendie, et d'obtenir de plus des réparations auprès de lui, sans préjudice à tout droit subrogatoire que pourrait avoir l'assureur du propriétaire. » (p. 17 du jugement)

Avec respect pour l'opinion contraire, nous ne pensons pas que le fait que le locataire aille l'obligation de souscrire à ses frais une police d'assurance responsabilité générale avançait la position du locateur. Premièrement, cette thèse a été implicitement rejetée en Lewis Shoes. Deuxièmement, comme la Cour d'Appel d'Ontario et celle de la Colombie-Britannique ont conclu dans les affaires Madison Developments Ltd. v. Plan Electric Co. (1997) CanLII 1277 (On.C.A.) (« Madison »), Active Fire Protection 2000 Ltd v. B.W.K. Construction Co. (2005) CanLII 24226 (« Active Fire ») et North Newton Warehouses Ltd. v. Alliance Woodcraft Manufacturing Inc. (2005) BCCA 309 (« North Newton ») le but de cette assurance est de répondre aux réclamations présentées par des tiers, et aux réclamations du locateur qui ne tombent pas à l'intérieur de l'engagement de s'assurer pris par ce dernier.

De plus, le fait que le locataire avait l'obligation de réparer les dommages causés par sa négligence n'était pas déterminante car les locataires dans la Trilogie avaient des obligations de réparations semblables qui furent assujetties aux clauses d'assurance.

En somme, avec respect, nous pensons que l'unique élément qui pouvait justifier le refus de suivre la Trilogie était la référence explicite à la préservation des droits subrogatoires des assureurs du locateur.

Le raisonnement du juge Lagacé fut adopté par le Juge Jolin dans l'affaire de Ecclesiastical Insurance Office c. C.G.U. (C.S.M. : 500-05-063593-014; le 14 mai 2001; Jolin, J.C.S.). Les clauses pertinentes en cette cause se lisaient comme suit :

2.02.01 Definition of Terms

The following words and phrases whenever used in the present lease shall, unless there be something in the context inconsistent therewith, have the following meanings, to wit :

(a) Operating expenses shall mean all expenses actually incurred by the Landlord in connexion with the operation, administration, ownership, repair and maintenance of the Property. By way of example and without restricting the generality of the foregoing, the term « Operating Expenses » shall include :

1) all taxes normally payable ...

2) the costs of all insurance of the building against fire and all other risks as are normally covered under so-called « extended coverage endorsement »; boiler insurance, rental income insurance, public liability insurance and insurance against such other insurable risks relating to the property, the operation thereof, or the revenues therefrom as the Landlord may, from time to time, deem to be appropriate, the whole in such amounts as the Landlord may, from time to time reasonably require;

2.02.02 Contribution to operating expenses

In addition to the minimum annual rental payable by the Tenant pursuant to the provisions of paragraph 2.01 hereof, and as additional rental payable by the Tenant to the Landlord hereunder, the Tenant shall pay to the Land-

lord his proportionate share of all operating expenses, except as herein otherwise provided, the said additional rental shall be due and payable upon submission of invoices in respect thereof by the Landlord to the Tenant.

...

6.03.01 Damage or Destruction

In and whenever during the term of this Lease the Premises shall be destroyed or damaged by fire, lightning or tempest or any other Insured risk, or otherwise, then, and in every such event the following provisions shall apply

...

d) Notwithstanding anything herein contained if any such damage or destruction results from the fault or negligence of the TENANT or a person or persons for whom the TENANT is in law responsible, without prejudice to any other rights or remedies of the LANDLORD, the TENANT shall be liable for all costs and damages and the damages may be repaired by the LANDLORD at the cost and expense of the TENANT. In no such event shall there be any abatement of rentals payable hereunder.

Se fiant sur la cause de Lewis Shoes, le locataire plaidait qu'en lui faisant assumer une partie des coûts de la prime, le locataire était, lui aussi, couvert par l'assurance que le propriétaire s'est engagé à contracter.

Cet argument fut rejetée comme suit :

« Le Tribunal est d'avis que même si le paiement des primes permet de présupposer que le locateur s'engage à contracter une assurance couvrant les lieux loués et renonce implicitement à tout recours contre son locataire, une telle présomption peut être repoussée par les termes exprès du bail (...) Dans une affaire où cette question avait été soulevée, M. le juge Lagacé, abonde dans le même sens en soulignant qu'une clause de cette nature (6.03.01 d) neutralise l'argument voulant que le locateur aurait renoncé à ses droits contre son locataire. » (pp. 6-7 du jugement)

Avec égards, pour les motifs énoncés dans la section suivante, nous sommes d'avis que la Cour a donné une portée trop large à la clause 6.03.01 d.

4.2. L'obligation du locateur d'assurer le bien loué

Initialement, la vision large énoncée par le juge Laskin fut adoptée par une série de jugements québécois qui ont considéré l'effet des clauses d'assurances obligeant le locateur de s'assurer. Dans la cause de Château Cie. D'Assurance v. Janin Construction (C.S.Q. 200-05-002828-817; le 22 octobre 1985; Laflamme J.C.S.) la clause d'assurance prévoyait ce qui suit :

« En ce qui concerne l'assurance incendie, le locateur continuera d'en être responsable sauf que le locataire devra rembourser au locateur les primes d'assurance que ce dernier paiera pour toute la période du présent bail. »

La preuve a établi que le locataire avait payé la prime d'assurance.

Citant la Trilogie et Lewis Shoes, le juge Laflamme a conclu comme suit :

« Il importe peu que l'on argumente que le texte précité relatif à l'assurance soit facultatif ou mandatoire pour le locateur par l'expression " le locateur continuera d'en être responsable ". Le fait qu'il y eut accomplissement de cette obligation et que la prime en a été payée par la défendresse locataire...

" Prendre la responsabilité de " signifie s'engager à; la locataire avait droit de s'attendre à ce que le locateur s'exécute, ce qui fut fait. L'engagement du propriétaire ne laisse aucun doute sur son obligation d'assurer au bénéfice du locataire l'immeuble occupé par ce dernier » (p. 4 du jugement).

Tout comme le juge Nichols, le juge Laflamme faisait face à une situation où le locataire avait satisfait son obligation de participer au paiement des primes; conséquemment, le juge Laflamme n'a pas donné grande importance aux mots choisis par le locateur quand il a conclu que ce dernier avait aussi une obligation de s'assurer.

Dans la cause de Groupe Desjardins Assurances Générales et Zurich du Canada Cie. D'Assurance c. Martel (C.S.Q. : 200-05-00678-859; le 10 octobre, 1986; Lafrenière J.C.S.) la clause d'assurance se lisait comme suit :

« Les deux parties devront se fournir une preuve d'assurabilité pour les lieux loués. C'est-à-dire une police d'assurance incendie et une police d'assurance de responsabilité civile. »

Citant la Trilogie et l'affaire Lewis Shoes, le juge Lafrenière a rejeté l'action subrogatoire des assureurs du locateur vu « *qu'il appert de cette clause le locateur a voulu assurer " les lieux loués " contre les risques d'incendie et il s'y est engagé explicitement* ».

Certains jugements ont apporté des précisions aux principes énoncés dans la Trilogie. Par exemple, dans *Salaison Rive-Sud c. Kordatzakis* (1987) R.R.A. 679 (C.S.) il a été décidé que l'obligation du locateur d'obtenir une assurance incendie ne libérait pas le locataire de sa responsabilité pour une perte qui n'était pas causée par un feu.

De façon similaire, dans la cause de *Cadillac Fairview c. Zurich Insurance Co.* (C.A.Q. 200-09-000527-876; le 4 juillet 1990; Rothman, Gendreau et Chevalier) la Cour d'Appel a conclu que la renonciation implicite ne s'appliquait pas aux dommages qui tombaient à l'extérieur de l'étendue de l'assurance prévue dans le bail et a permis au locateur de réclamer pour la perte de loyers car la clause d'assurance ne visait que les dommages au bâtiment.

De plus, dans l'affaire de *Chubb c. Bombardier Inc.* (C.S. : 500-05-013977-895; le 26 novembre, 1992; Tremblay J.C.S.) le juge Tremblay a conclu qu'un locateur pouvait aussi invoquer le bénéfice des principes énoncés dans la Trilogie et a décidé qu'une clause d'assurance qui obligeait le locataire à s'assurer « *fait conclure que le propriétaire voulait obtenir la même protection de l'assurance que le locataire et que le locataire renonçait implicitement à son recours contre le propriétaire.* »

Par contre, nonobstant le fait que le juge Laskin avait clairement distinguer entre le fondement juridique qui était à la base des jugements rendus dans les affaires de *Ross Southward* et *Eaton*, certains tribunaux québécois étaient réticents à conclure qu'un engagement à s'assurer, en l'absence de la participation par le locataire au paiement des primes, ne libérait pas le locataire de sa responsabilité pour une perte qui était causée par sa négligence. Dans l'affaire *Cie. D'Assurance Commercial Union du Canada c. Les Produits Bois Bishop* (1988) R.R.A. 4, le juge Savoie était confronté à une clause du bail qui prévoyait que « *le (locateur) prend à sa charge l'assurance-incendie des (lieux loués)* ».

Le juge a rejeté pour les motifs suivants la requête en irrecevabilité qui fut présentée par le locataire qui avait négligemment causé l'incendie qui était à la base de la poursuite :

« Dans la présente affaire, il est difficile de voir dans la clause 9 une renonciation claire et explicite lorsque la clause 8 du même bail, intitulée « Remise à la fin du bail », est ainsi rédigée :

À la fin du présent bail, « le locataire » s'engage à remettre « les lieux loués » dans le même état qu'à la date de signature des présentes, sauf l'usure normale.

ainsi que la clause 10, intitulée « Assurance-responsabilité publique », et qui déclare :

Le « locataire » s'engage à prendre une assurance-responsabilité publique d'un montant minimum d'un million de dollars (\$1,000,000.00) pour « les lieux loués », et s'engage de plus à en fournir une preuve par écrit au « locateur ».

Rend encore moins sure la renonciation que voudrait voir la défenderesse la clause 12 intitulée « Réparations » et qui dit :

Pendant toute la durée du bail, le « locataire » devra, en tout temps et à ses frais et dépens, réparer et entretenir les « lieux loués, ainsi que les améliorations existantes ou “ a faire ”. Il devra en outre les maintenir en bon état comme un propriétaire consciencieux le ferait tout en tenant compte de la détérioration due à l'usure normale. Le « locataire » s'engage à veiller à cet entretien, à effectuer ces réparations et ces remplacements, et lorsque cela sera nécessaire, ou que le « locateur » le lui demandera, Le « locataire » fera effectuer à ses frais toutes les réparations nécessaires du type locative.

Si la clause d'exonération peut valoir pour un incendie accidentel et dans lequel le locataire n'a aucune responsabilité, elle ne saurait avoir le même effet lorsque l'incendie découle d'une faute commise par le locataire ou ses préposés, d'autant plus que les contrats d'assurance n'affectent en rien la responsabilité des parties, selon l'article 2494 du Code civil.

....

Contrairement à l'affaire Cie T. Eaton Ltée et à l'affaire Lewis Shoe Store Inc. (6) citées par la requérante, le bail ne fait pas apparaître, à première vue, que le locataire s'est engagé à rembourser au propriétaire, sous forme de loyer additionnel et au prorata de l'espace qu'il occupe, les primes et surprimes d'assurance, comme dans ces affaires. » (pp. 41-42 du jugement)

Avec respect, ce résultat est difficilement réconcilié avec la Trilogie, qui a énoncé que la clause d'assurance en question avait précisément l'effet que la Cour voulait éviter.

De plus, dans l'affaire Dubois c. Capitale (La), Cie d'assurances générales (J.E. 89-2) (C.A.) la Cour d'appel a conclu que les principes énoncés dans la Trilogie n'étaient pas applicable dans le contexte d'une vente immobilière. Plus particulièrement, le propriétaire (Laroque) avait contracté avec un entrepreneur (Dubois) afin que ce dernier lui construise une maison. La clause d'assurance dans le contrat de construction se lisait comme suit : « *le propriétaire assurera son immeuble et sa responsabilité dès le début de la construction de la maison* ».

Suite à la négligence d'un employé de l'entrepreneur, le bâtiment a été détruit par le feu. L'assureur de Laroque a payé le montant de la perte à ce dernier et, s'estimant subrogé dans ses droits, a intenté contre Dubois une action pour recouvrer le montant payé.

Se basant sur la Trilogie, l'entrepreneur a plaidé que les parties avaient convenu que le propriétaire se chargerait d'assurer les lieux contre l'incendie afin de protéger à la fois les intérêts du propriétaire locateur et de l'entrepreneur. Ce point de vue a été rejeté par la Cour d'appel de façon limpide :

« It is further argued that the undertaking by Laroque contained in the contract of sale to insure the works under construction against loss constituted a renunciation of any claim for loss against the builder. This argument must fail. The argument arises from an analysis of cases (the Trilogy) where leases required tenants to pay insurance premiums either directly or as a part of the rental price, for insurance secured by the owner.

...

Daniel Laroque is identified as being the "propriétaire". It nowhere appears that any of the required insurance would be extended automatically to the builder so as to render it a co-assured in the sense of the cases cited where the owner of a building secured insurance for himself at the cost of his tenants. In the present case Laroque insured himself, for his own interest, and paid all premiums required himself, as a cost separate from the cost of construction set out in the sale contract. » (pp. 5-6 du jugement)

Avec respect, cet argument a été écarté par le jugement rendu dans l'affaire Eaton, qui, à la majorité, a insisté sur le fait que l'obligation d'assurer était une stipulation à l'avantage du locataire selon ses termes et ne pouvait être traitée comme plus qu'une simple pro-

messe générale ou une déclaration d'intention. En effet, comme le disait le juge Laskin, « autrement, en tant que clause au bénéfice exprès de celui-ci, elle n'aurait pas de raison d'être. »

De plus, la Cour d'Appel ne semble pas avoir été référé à la cause de Agnew-Surpass, où le juge Pigeon a écrit (en *obiter*) à la p. 251 :

« Lorsqu'on assure un bâtiment en construction pour le compte du propriétaire et de l'entrepreneur conjointement, il est certain qu'on ne s'attend pas que ce dernier soit tenu responsable des pertes causées par la négligence de ses ouvriers. »

Cet *obiter* a été cité avec approbation par la Cour Suprême dans la cause de Commonwealth Construction Company Limited c. Imperial Oil [1978] 1 R.C.S. 317 où la Cour a refusé de permettre l'assureur « all-risk » du propriétaire de se subroger contre les sous-traitant :

« Dans le contexte des contrats de construction, les différents corps de métier ont, avant la survenance du sinistre, une relation telle avec l'ensemble des travaux que leur responsabilité virtuelle constitue ainsi un intérêt assurable dans l'ensemble. Dans le cas d'une assurance à risques communs, si les différents intérêts portent sur la totalité de la propriété, même sous des angles différents, il n'est pas douteux que les assurés doivent être considérés comme un seul et qu'aucune subrogation n'est possible. »

Une vision encore plus étroite de la Trilogie fut adoptée dans l'affaire de Commerce & Industry Insurance Co. of Canada c. Alexis Nihon (Québec) inc. [1999] R.R.A. 566 (C.S.); confirmé par [2002] R.R.A. 777 (C.A.) (« Alexis Nihon »).

Le bail d'Air Canada contenait une clause d'assurance à l'article 9, dont les extraits pertinents se lisait comme suit :

« TENANT'S INSURANCE

Article 9 (a) The TENANT shall take out and keep in force during the TERM :

(i) Comprehensive general public liability insurance all on an occurrence basis with respect to the business carried on in or from the LEASED PREMISES and the TENANT'S use and occupancy of the LEASED PREMISES and of any other part of the PROPERTY, with coverage for any occurrence or claim of not less than Two Million Dollars

(\$2,000,000.00) or such other amount as the LANDLORD may require upon not less than one (1) month's notice at any time during the TERM, which insurance shall include the LANDLORD as an additional named insured and shall protect the LANDLORD in respect of claims by the TENANT as if the LANDLORD were separately insured;

(ii) insurance in respect of fire and such other perils as are from time to time in the usual extended coverage endorsement covering TENANT'S LEASEHOLD IMPROVEMENTS, trade fixtures, and the furniture and equipment in the LEASED PREMISES for not less than 100% of the full replacement cost thereof, and which insurance shall include the LANDLORD as an additional named insured as the LANDLORD'S interest may appear; and

(iii) Insurance against such other perils and in such amounts as the LANDLORD may from time require upon not less than thirty (30) days' written notice.

All insurance required to be maintained by the TENANT shall be on terms and with insurers satisfactory to the LANDLORD. Each policy shall contain a waiver by the insurer of any rights of subrogation or indemnity or any other claim over to which the insurer might otherwise be entitled against the LANDLORD or the agents or employees of the LANDLORD [...]

The TENANT shall promptly and fully comply with such programs of fire prevention as may be established or required by the LANDLORD or any insurance company or companies with which the BUILDING is insured or the Fire Underwriters Association and shall maintain and install in the LEASED PREMISES such fire prevention and detection equipment as may be recommended by such company, companies or association.

Limitations of Landlord's Liability :

9 (b) Save as set out in Article 8, there shall be no abatement from or reduction of the RENT due hereunder nor shall TENANT be entitled to damages, costs, losses or disbursements from LANDLORD regardless of the cause or reason therefor on account of fire, or other casualty. Neither shall there be any abatement or reduction of RENT, or recovery by TENANT from LANDLORD on account of partial or total failure of, damage caused by, lessening of

supply of, or stoppage of, heat, air-conditioning, electric light, power, water, plumbing, sewerage, elevators, escalators or any other service, nor on account of any damage or annoyance occasioned by water, snow, or ice being upon or coming through the roof, skylight, trapdoors, windows, or otherwise, or by any defect or break in any pipes, tanks, fixtures, or otherwise whereby steam, water, snow, smoke or gas, leak, issue or flow into the LEASED PREMISES, nor on account of any damage or annoyance occasioned by the condition or arrangements of any electric or other wiring, nor on account of any damage or annoyance arising from any acts, omissions, or negligence of co-tenants or other occupants of the BUILDING or of owners or occupants of adjacent or continuous property, nor on account of the making of grosses reparations, alterations, repairs, improvements, or structural changes to the BUILDING, or any thing or service therein or thereon or continuous thereto provided the same shall be made with reasonable expedition.

Without restricting the foregoing, LANDLORD shall not be liable for any other damage to or loss, theft, or destruction of property, or death of, or injury to, persons at any time in or on THE LEASED PREMISES or in or about the BUILDING, however occurring, except as caused by negligence of Landlord, its officers, agents, employees, servants. »

(Nos soulignés)

Le locateur (Alexis Nihon) fut poursuivi par le locataire pour les dommages causés à ce dernier suite à un incendie qui s'est propagé en raison des fautes commises non seulement par les pompiers mais aussi par les agents du locateur. En défense à l'action, le locateur a plaide que la stipulation dans le bail à l'effet : (a) que le locataire a l'obligation de s'assurer, et (b) que le contrat d'assurance doit prévoir que l'assureur renonce à tout droit d'action contre le locateur, entraînait implicitement une renonciation de la part du locataire à tout recours contre le locateur.

Le juge de première instance a écarté l'argument baser sur l'obligation de s'assurer comme suit :

« Il est utile de rappeler les principes établis par la Cour suprême dans l'arrêt T. Eaton Co. c. Smith^(L281). Dans cette affaire, le locataire (Eaton) avait loué deux espaces commerciaux contigus de deux locateurs distincts (Smith et Tuck). Suite à la négligence d'Eaton, les lieux loués ont été

détruits par le feu. Après avoir indemnisé Smith et Tuck, les assureurs de ces derniers ont poursuivi Eaton. Les baux ne contenaient aucune disposition explicite relative à l'attribution du risque concernant le feu provoqué par la négligence de l'une ou l'autre des parties. La Cour a néanmoins constaté que les locataires (Smith et Tuck) s'étaient engagés envers le locataire (Eaton) à assurer les lieux loués contre les dommages causés par le feu. La question de la responsabilité des parties concernant des dommages causés par le feu résultant de la négligence de l'une ou de l'autre partie n'étant pas mentionnée ailleurs dans le bail, la Cour a décidé que l'obligation d'assurance en question bénéficiait au locataire (Eaton) et que les intimées (compagnies d'assurances subrogées dans les droits de Tuck et Smith) n'avaient aucun recours contre Eaton.

L'arrêt Eaton a été appliqué par la Cour d'appel du Québec dans la décision Lewis Shoes Store Inc. c. S.B.I. Holding Inc.⁽¹²⁹⁾ Dans cette affaire, les voisins commerciaux (dans un centre d'achats) de Lewis Shoes ont été indemnisés par leurs assureurs suite à un feu causé par la faute de Lewis Shoes. Les assureurs, subrogés dans les droits de ces voisins commerciaux, ont poursuivi Lewis Shoes. La Cour d'appel note que le bail en l'espèce comportait la clause suivante :

« 10.03 The tenant shall pay to the Landlord as Additional Rental hereunder a proportionate share of the annual aggregate of the premiums for fire, [...] liability and similar other insurance upon the - Shopping Centre [...], such proportionate share being the proportion that the Area of the Leased Premises bears to the Gross Leasable Area in the Shopping Centre. »

La Cour a interprété cette clause comme une dénonciation de « l'intention des parties de prévoir une protection devant bénéficier aux deux, locateur et locataire. [...] En définitive, les parties ont voulu que le locataire assume le coût de la protection contre le risque d'incendie et cette protection lui profite indirectement parce que le locateur, en assumant l'obligation de s'assurer, fait bénéficier le locataire de cette protection. C'est de cette façon que je comprends l'arrêt Eaton⁽¹³⁰⁾. Puisque l'assurance bénéficiait autant aux locataires qu'aux locataires, les assureurs ne pouvaient pas poursuivre Lewis Shoes – un locataire.

En l'espèce, nous avons déjà vu que les parties ont expressément prévu la répartition du risque relatif au feu lorsqu'il est causé par la négligence du locateur. Ceci, en soi, permet de distinguer les arrêts Eaton et Lewis Shoes. De plus, l'obligation de la part d'Air Canada de nommer Alexis Nihon « co-assuré » opère seulement dans la mesure où « the LANDLORD'S interest may appear » (pp. 591-592 du jugement) (soulignements de la Cour)

Cette conclusion fut confirmée par la Cour d'Appel pour les motifs suivants :

« En l'espèce, nous ne retrouvons pas de clauses similaires à celles étudiées dans Eaton et Lewis Shoes. Au contraire, nous avons une clause explicite qui autorise le locataire à poursuivre le bailleur en cas de négligence de ce dernier.

La volonté clairement exprimée des parties doit prévaloir sur toute autre partie de l'article qui contiendrait une renonciation implicite de poursuite au bénéfice du bailleur.

Enfin, Alexis Nihon prétend que le premier alinéa de l'article 9(b) concerne le risque d'incendie et que le second a trait à tous les autres risques. Cette interprétation ne saurait être retenue. Le premier alinéa de l'article n'est pas exclusif au risque « incendie » on account of fire or other casualty. » (Soulignements de la Cour) (pp. 34-35 du jugement)

Avec égard, le caractère plus explicite de la clause dans le présent cas ne peut permettre d'écarter (ou de distinguer ainsi) la décision rendue dans l'affaire Eaton. Il est utile de rappeler que dans l'affaire Eaton la « répartition du risque relatif au feu » se retrouvait bel et bien au bail aux clauses de réparations et la Cour suprême a expressément noté que l'engagement de faire des réparations rendait le locataire responsable pour les pertes d'incendie causés par sa propre négligence :

« (En Ross Southward) cette Cour a décidé que cette obligation d'assurance avait pour effet de protéger le locataire contre le risque de dommages causés par un incendie du à sa propre négligence et ce, nonobstant les clauses de réparations qui, en elles-mêmes, auraient rendu le locataire responsable des dommages causés par pareil incendie. » (p. 755 du jugement)

et

« Il est bien établi en droit que l'exception d'incendie dans une clause de réparations n'exonère pas le locataire de sa responsabilité pour l'incendie cause par sa propre négligence ou celle d'une personne dont il est responsable. S'il peut échapper à cette responsabilité dans la présente affaire, ce ne peut être qu'en prenant pour acquis que l'engagement de s'assurer pris par le propriétaire joue au profit du locataire en écartant de lui le risque d'être tenu responsable d'un incendie dû à sa propre négligence et en faisant couvrir ce risque par l'assurance. Si le propriétaire s'était assuré sans s'engager à le faire dans le bail, le locataire serait indiscutablement tenu responsable d'un incendie résultant de sa négligence; et si le propriétaire avait été indemnisé par son assureur, ce dernier aurait également eu le droit indiscutable de se retourner contre le locataire par une action subrogatoire. »... (p. 754 du jugement)

En effet, l'argument accueilli par la Cour d'Appel dans *Alexis Nihon* fut rejeté par la Cour d'appel d'Ontario dans l'affaire de *Economical Mutual Insurance Co. v. 1072871 Ontario Ltd.* (1999) A.C.W.S.J. LEXIS 48309, qui a confirmé le raisonnement suivant du juge de première instance :

« *Counsel for the plaintiff further seeks to distinguish the T. Eaton case on the basis that para. 8(1) of the lease before me contains a provision requiring the tenant to keep the Landlord indemnified with respect to any damage to the premises occasioned by the negligence of the tenant, its officers, agents, etc. whereas there is no such provision in the leases in the T. Eaton case. Counsel submits that this provision is clearly for the benefit of the landlord and evinces an intention that the tenant was to indemnify the Landlord for damage to the premises caused by fire due to the tenant's negligence. I do not accept this submission. In my view, para. 8(2) does not impose upon the tenant any greater liability for fire caused by its negligence than exists in the absence of such a provision. In T. Eaton, the leases contain no provision similar to para. 8(2) and the Tenant's covenant to repair was in similar terms to that in the lease before me. Laskin C.J.C. makes the following statement at page 428 :*

It is settled law that the exception of fire in a repairing covenant does not exculpate a Tenant from liability for a fire caused by its negligence

or that of a person for whose negligence it is vicariously liable. If it can escape this liability in the present case, it can only be on the basis that the landlord's covenant to insure is a covenant that runs to the benefit of the Tenant, lifting from it the risk of liability for fire arising from its negligence and bringing that risk under insurance coverage.

Had the landlord insured without giving a covenant to that effect in the lease, the Tenant's risk of liability for fire resulting from negligence would be unquestionable; and if the landlord collected from his insurer, the latter would have an equally unquestionable right of recovery from the Tenant in a subrogated action.

This clearly indicates that even in the absence of a specific provision requiring the tenant to indemnify for damage caused by its negligence, there is no doubt as to the liability of the tenant for a fire caused by its negligence. I therefore cannot see how the presence of a provision such as para. 8(2) changes the effect of the landlords obligation to insure. I note that para. 8(2) does not make specific reference to damage caused by fire, nor does it purport to override the operation of the para. 8(1). In my view the practical effect of the T. Eaton case is that the presence in a lease of a covenant on the part of the landlord to insure for fire, unless a clear intention to the contrary is expressed, will result in the tenant being protected from liability for negligently caused fires. I do not regard para. 8(2) as expressing such a contrary intention. . » (p. 6 du jugement) (notre emphase)

De plus, avec respect, le raisonnement de la Cour d'Appel dans Alexis Nihon fait abstraction de l'engagement explicite du locataire d'obtenir une assurance incendie sur les lieux loués. Comme disait le juge Laskin dans Eaton :

« ..lorsque la clause d'assurance n'est pas générale mais consiste, comme en l'espèce, en une convention avec le locataire selon laquelle le propriétaire verra à assurer contre l'incendie les bâtiments qui se trouvent sur les lieux, elle doit couvrir la responsabilité pour les incendies dus à la négligence du locataire, car autrement, en tant que clause au bénéfice exprès de celui-ci, elle n'aurait pas de raison d'être. » (p. 754 du jugement) (notre emphase)

Ledit raisonnement du juge Laskin a été suivi par les Cours d'Appel des provinces de « common-law ». Par exemple, dans l'affaire de *St. Lawrence Cement c. Wakeham & Sons Ltd. et al.* (1995) 26 O.R. (3rd) 321 (C.A.) la Cour a cité le juge Laskin avec approbation et a conclu comme suit :

« Similarly in the case at bar, why would the appellant seek and receive a commitment from the respondent that the respondent was to be responsible for the insurance on the barge and cargo if it were not for the benefit of the appellant? It was of no concern of the appellant whether the respondent took out insurance for its own benefit. There was no need for an agreement that the respondent was to be responsible for the insurance if it were only for the benefit of the respondent. » (p. 8 du jugement) (notre emphase)

De plus, dans l'affaire *Madison, Carthy J.A.* a interprété la Trilogie comme suit :

« The law is now clear that in a landlord-tenant relationship, where the landlord covenants to obtain insurance against the damage to the premises by fire, the landlord cannot sue the tenant for a loss by fire caused by the tenant's negligence. A contractual undertaking by the one party to secure property insurance operates in effect as an assumption by that party of the risk of loss or damage caused by the peril to be insured against. This is so notwithstanding a covenant by the tenant to repair which, without the landlord's covenant to insure, would obligate the tenant to indemnify for such a loss. This is a matter of contractual law not insurance law, but, of course, the insurer can be in no better position than the landlord on a subrogated claim. The rationale for this conclusion is that the covenant to insure is a contractual benefit accorded to the tenant, which, on its face, covers fires with or without negligence by any person. There would be no benefit to the tenant from the covenant if it did not apply to a fire caused by the tenant's negligence. » (p. 4 du jugement) (notre emphase)

Finalement, avec respect, l'analyse de la Cour ne prend pas en considération l'énoncé du juge Nichols en *Lewis Shoes* que la Cour Suprême avait conclu que les clauses de réparations sont subordonnées aux clauses d'assurance.

« Ce n'est donc pas sous l'empire de la clause 6.03 que la question doit être considérée. Cette clause est assujettie à la clause d'assurance au même titre que la clause dite de "réparation" l'était dans l'affaire Eaton. Le juge Laskin a fait jouer la clause d'assurance au détriment de la clause de "réparation" en disant de la première qu'elle est "a super-vening covenant" (p. 756) (notre emphase)

Il en va de même ici. La clause qui oblige de remettre les lieux en bon état d'entretien, assortie ou non d'une exception en cas d'incendie, est assujettie à la clause qui fait supporter les primes au locataire et oblige le locateur à s'assurer. » (p. 9 du jugement)

Comme le précisait le tribunal dans l'affaire Jormel, les clauses d'assurances sont la façon choisie par les parties d'exécuter l'obligation envisagée à la clause de réparations. Si le locateur demeure responsable envers les locataires des dommages en cas d'incendie impliquant sa négligence, il a donc pris soin de se protéger d'un recours en responsabilité et de poursuite de la part de l'assureur du locataire en obligeant ce dernier à contracter de l'assurance incendie sur ses biens qui contiendra une renonciation à la subrogation de la part de l'assureur.

Cette interprétation prévaut dans les autres juridictions canadiennes tel que l'illustre le jugement de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *Atlantic Shopping Centres Ltd. vs. CNR* (1985) 187 A.P.R. 9 (« Atlantic ») le jugement de la Cour d'appel d'Alberta dans l'affaire *Northwestern Metal & Salvage Ltd. vs. Allstar Roofing Ltd.* (1994), A.J. No. 432 (« Northwestern »), le jugement de la Cour d'Appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire de *Orange Julius Canada Ltd. c. Surrey* (2000) BCCA 467 (« Orange Julius ») et le jugement de la Cour d'Appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire de *North Newton*.

En effet, afin qu'on donne plein effet à toutes les clauses contractuelles pertinentes et plus particulièrement aux clauses obligeant les locataires à souscrire une assurance de biens, lesdites Cours d'Appel ont conclu que la disposition qui oblige le locataire à réparer tout dommage causer par sa négligence rendait celui-ci responsable pour un risque autre que le feu contre lequel le locateur était obligée d'assurer les biens

Dans l'affaire *Atlantic*, le locataire CN s'est engagé comme suit :

« 5 b) A réparer les dommages causés aux lieux loués par la faute ou par la négligence du preneur, de ses employés, préposés ou mandataires. »

L'alinéa 7 1) du bail commercial prévoyait la disposition suivante :

« 7. La bailleresse [Atlantic] et le preneur a bail [le CN] conviennent de ce qui suit :

1) Si les lieux loués sont détruits ou endommagés, en tout ou partie, par le feu ou par tout autre risque pendant la durée du bail, la bailleresse s'engage à remettre en état les lieux loués ou à réparer les dommages qu'ils auront subis dans un délai raisonnable et à ses frais. Le loyer exigible en vertu du présent bail sera réduit en proportion du temps pendant lequel le preneur n'aura pas eu accès aux lieux loués et en proportion de la partie des locaux dont il aura été privé. »

Finalement, la clause 10 du bail se lisait comme suit :

« 10. LA PRENEUSE [Atlantic] et le bailleur [le CN] conviennent de ce qui suit :

1) La preneuse s'engage à assurer tout bâtiment mentionné à la clause 8, que ce soit pendant ou après la construction d'un tel bâtiment, de même que les bâtiments précédemment érigés sur les lieux loués, pour un montant égal à leur pleine valeur assurable contre les pertes ou dommages causés par le feu ou par tout autre risque. »

Atlantic soutenait qu'on trouve à l'alinéa 5 b) du bail commercial la disposition qui oblige le CN à réparer tout dommage cause par sa négligence ou par celle de ses employés, de ses préposés ou de ses mandataires. CN, par contre, s'est fié sur la Trilogie.

Le juge de première instance a rejeté la prétention d'Atlantic, concluant que « *if I accept Atlantic's contention that the building lease and the letter of undertaking impose a liability on CN then the insurance clause is meaningless* » et a décidé que la clause 5 rendait le locataire responsable pour un risque autre que le feu contre lequel Atlantic était obligée d'assurer les biens.

La Cour d'Appel a confirmé ce jugement :

« *Je suis d'avis que les lettres rendent le CN responsable de tous les dommages contre lesquels Atlantic n'est pas obligée d'assurer les biens en vertu du bail emphytéotique, notamment ceux qui sont causés par « le feu ou par tout autre risque ». Par exemple, si les groupes provoquaient une vibration ou si le toit se mettait à fuir en raison de l'installation du condenseur, le CN pourrait être respon-*

sable à moins qu'il ne soit prouvé que l'incident était un risque autre que le feu contre lequel Atlantic était obligée d'assurer les biens. » (p. 11 du jugement)

De façon similaire, dans *Northwestern*, la Cour d'Appel d'Alberta a conclu comme suit :

« One of the clauses says that the tenant will contribute a certain sum per year toward the premiums on the fire insurance, and the other clause, among other things, says that any damage to the building will be the responsibility of the tenant. Read in isolation, the two clauses just mentioned seem to conflict to a considerable degree. ...Since the principles involved are undoubted, the question is applying them to the particular drafting here, and obviously the first task is to see what to do about the apparent clash between the two clauses. The first principle of interpretation is that, if possible, the words of a lease or contract should all be read together and reconciled. While there may be more than one way to reconcile these two clauses, it seems to me that the best way to do so is as follows.

The covenant about damages is of course broader than fire, let alone fire insurance. The clause respecting insurance is narrower. This being a lease between two business people, doubtless their focus with respect to liability was on losses coming out of the pocket of one of them, not losses to be borne out of the pocket of a non-party insurance company. Therefore, it seems to me that the best way to reconcile the two clauses is to say that the clause about insurance deals with those losses which are or can reasonably be covered by insurance such as fire insurance. The sentence about damages should be read as speaking about those losses not covered or readily coverable by fire insurance. » (p. 2 du jugement) (notre emphase)

Finalement, dans l'affaire de *Orange Julius*, dans laquelle on retrouvait des clauses très similaires à celles qui fut analysé en *Alexis Nihon*, la Cour d'Appel a cité avec approbation les propos suivants du juge de première instance :

« The indemnity and waiver clauses are incorporated in the leases solely for the owner's benefit. They provide relief from liability; they do not create liability. Their purpose would appear to be to meet a concern that the owner could incur liabilities, to the tenants and others, that the

insurance covenants do not adequately address. The clauses serve to pass the risk of such to the tenants save for any liability attributable to the owner's negligence. At least, on that basis, they cannot be said to be meaningless if the insurance covenants are interpreted to include an obligation to insure against losses caused by the owner's negligence as I consider they must. » (p. 9 du jugement) (notre emphase)

5. CONCLUSION

En somme, nous souhaitons qu'à l'avenir les tribunaux québécois s'inspireront d'avantage des jugements rendus par les Cours d'appel de provinces Common Law qui, nous soumettons respectueusement, appuient une interprétation desdites clauses qui reflète de façon plus fidèle les principes énoncées par la Cour Suprême dans la Trilogie parce qu'ils donnent plein effet à toutes les clauses contractuelles pertinentes et plus particulièrement aux clauses obligeant les locataires à souscrire une assurance de biens.

En effet, comme disait le juge Laskin en *Agnew-Surpass* :

« ..lorsqu'il y a un engagement du locateur envers le locataire, c'est plus qu'une simple promesse générale ou une déclaration d'intention mais bien une stipulation à l'avantage du locataire selon ses termes. Le critère d'appréciation est l'efficacité commerciale et non pas la forme des actes. » (p. 226 du jugement) (notre emphase)