

T-2332-74

T-2332-74

Intermunicipal Realty & Development Corporation (Plaintiff)

v.

Gore Mutual Insurance Company, c/o Canadian Marine Underwriters Ltd. and Canadian Marine Underwriters Ltd. (Defendants)

Trial Division, Collier J.—Toronto, May 1 and 2; Ottawa, May 15, 1980.

Maritime law — Contracts — Plaintiff obtained policies of insurance for a ship from defendant underwriters, without having mentioned that the ship would continue to be managed by the previous owner/manager whose management had resulted in the financial difficulties which led to the cancellation of a previous policy, and which necessitated sale of the ship to the plaintiff — Also, plaintiff positively asserted that a certain company would be managing the vessel — Action by plaintiff for indemnity on the policies for damages sustained — Defendants allege false misrepresentations — Trial of certain issues before trial of action itself — Whether policies were void ab initio — Whether plaintiff entitled to return of premiums, and if so, whether defendants are entitled to deduct broker commission and investigation costs.

Plaintiff purchased a vessel from previous corporate owner which had failed to pay an insurance premium instalment, resulting in a cancellation of insurance, and which, as a result of bad management, later went into bankruptcy. The individual who had previously managed the ship on a day-to-day basis continued to do so. A representative of the plaintiff began negotiations with an insurance broker to obtain insurance for the vessel. At that time, it was asserted that there was no connection between the old and new ownership. The previous poor management, failure to pay the premium and resulting cancellation of policy were referred to, and it was affirmed that March Shipping Limited would manage the vessel. At no time was the name of the previous manager mentioned. On this basis, the broker arranged coverage with the defendants. Subsequently, the vessel sustained damages, and a claim was made under the policies. The defendant underwriters investigated the claim and took the view that a material false representation had been made by the plaintiff during the negotiations for the policies. The underwriters asserted that the representation was fraudulent and the policy void *ab initio*. Plaintiff brought this action for indemnity on the policies. Counsel for plaintiff agreed that a material misrepresentation as to the ship's management had been made by the broker to the underwriters. However, they contended that the representation was innocent. The parties agreed to the trial of the following issues prior to the trial of the action: whether the policies of insurance were void *ab initio*; whether the plaintiff made representations at the time of applying for insurance such as to have forfeited its right to the return of premiums; if the plaintiff is entitled to a return of premiums, whether the defendants are entitled to deduct the

Intermunicipal Realty & Development Corporation (Demanderesse)

a c.

Gore Mutual Insurance Company, c/o Canadian Marine Underwriters Ltd. et Canadian Marine Underwriters Ltd. (Défenderesses)b Division de première instance, le juge Collier— Toronto, 1^{er} et 2 mai; Ottawa, 15 mai 1980.

Droit maritime — Contrats — La demanderesse a obtenu des assureurs maritimes défendeurs des polices d'assurance couvrant un navire sans mentionner que le navire continuait d'être géré par le propriétaire et gestionnaire antérieur, dont la gestion avait été la cause des difficultés financières qui conduisirent à la résiliation de la police antérieure puis à la vente du navire à la demanderesse — En outre la demanderesse a formellement affirmé qu'une certaine compagnie serait responsable de la direction du navire — Action en indemnisation, pour avaries subies, fondée sur les polices, engagée par la demanderesse — Déclarations dolosives alléguées par les défenderesses — Instruction de certains points litigieux avant instruction de l'action elle-même — Il échet d'examiner si les polices sont nulles ab initio, si la demanderesse a droit au remboursement des primes et, dans l'affirmative, si les défenderesses sont en droit de déduire la commission versée aux courtiers et les frais d'enquêtes.

La demanderesse a acheté un navire dont l'ancien propriétaire, une compagnie, avait fait défaut de payer un versement de la prime d'assurance, avec pour résultat que l'assurance fut résiliée, et par suite d'une mauvaise gestion, avait fait faillite par après. L'individu qui avait été responsable de la direction quotidienne du navire continua de l'exercer. Un mandataire de la demanderesse entreprit des négociations avec un courtier d'assurance pour faire assurer le navire. A cette époque, il fut déclaré qu'il n'y avait aucun lien entre les nouveaux et les anciens propriétaires. La mauvaise gestion précédente, le défaut de payer la prime et la résiliation consécutive de la police furent mentionnés, et il fut affirmé que la March Shipping Limited assurerait la gestion du navire. A aucun moment le nom du précédent gestionnaire ne fut prononcé. Sur cette base, le courtier obtint une assurance des défenderesses. Par après le navire subit des avaries et une réclamation fut faite sur le fondement des polices. Les assureurs maritimes défendeurs firent enquête et furent d'avis qu'une déclaration inexacte de nature à influencer sur l'opinion du risque avait été faite au cours de la négociation des polices. Les assureurs ont prétendu que les déclarations étaient dolosives et les polices nulles *ab initio*. La demanderesse engagea une action, en indemnisation, sur le fondement des polices. Les avocats de la demanderesse ont reconnu qu'une déclaration inexacte de nature à influencer sur le risque, relative à la direction du navire, avait été faite par le courtier aux assureurs. Toutefois ils faisaient valoir qu'elle n'avait pas été faite de mauvaise foi. Les parties ont alors convenu que les points litigieux suivants seraient instruits avant l'action elle-même: les contrats d'assurance étaient-ils nuls *ab initio*? la demanderesse avait-elle fait des déclarations lors des

brokerage commission and the costs of the investigation of the claim.

Held, the claims are dismissed. Misrepresentation includes not only positive statements, but, particularly in contracts *uberrimae fidei*, concealment or non-disclosure. If a positive statement, or a non-disclosure, influenced the underwriter when the risk was undertaken, then the policy can be treated by the underwriter as void *ab initio*. Here, there was a positive statement to the underwriters that March Shipping Limited would be the vessel's managers. There was, to the underwriters, non-disclosure or concealment that, in fact, the previous owner was going to manage the vessel. The material misrepresentation was fraudulent. It was wilfully made to deceive an underwriter, in order to induce him to take on the risk. The quality of proof required where fraud is alleged remains the ordinary civil standard of balance of probabilities. The defendants met the heavy onus required of them. The underwriters were entitled to treat the contract as void *ab initio*. In cases of fraud, in respect of a contract of marine insurance, the premium need not be returned. If the premium was to be returned, a deduction for the investigating expenses paid by the underwriters would be made. The expenses would never have been incurred, but for the action of the insured in inducing the underwriters to accept the risk. The commission paid to the broker is not deductible. That was a matter arranged between the underwriters and the broker.

Hanes v. Wawanese Mutual Insurance Co. [1963] S.C.R. 154, applied. *Venner v. Sun Life Insurance Co.* (1888-90) 17 S.C.R. 394, applied. *Bater v. Bater* [1950] 2 All E.R. 458, referred to. *Hornal v. Neuberger Products, Ltd.* [1956] 3 All E.R. 970, referred to. *Feise v. Parkinson* (1811-13) 4 Taunt. 640, referred to. *Nuel v. Smith* (1840) 7 L.T. 46, 8 L.T. 93, referred to. *Anderson v. Thornton* (1852-53) 8 Exch. 425, referred to. *Rivaz v. Gerussi* (1880-81) 6 Q.B.D. 222 (C.A.), referred to. *Spence v. Crawford* [1939] 3 All E.R. 271, referred to. *Clarkson v. Canada Accident Ass'ce Co.* [1932] 3 D.L.R. 188, referred to. *Whittingham v. Thornburgh* [1690] 2 Vern. 206, followed. *De Costa v. Scandaret* [1723] 2 P. Wms. 170, followed. *Wilson v. Duckett* [1762] 3 Burr. 1361, followed.

ACTION.

COUNSEL:

David Marler and Jonathan H. Marler for plaintiff.

A. J. Stone, Q.C. and K. A. Connidis for defendants.

SOLICITORS:

Magwood, Pocock, Rogers, O'Callaghan, Toronto, for plaintiff.

McTaggart, Potts, Stone, Winters & Her-ridge, Toronto, for defendants.

propositions d'assurance qui faisaient qu'elle était déchu de son droit au remboursement des primes? si elle avait droit au remboursement des primes les défenderesses avaient-elles droit, elles, d'en déduire la commission versée aux courtiers et les dépenses de l'enquête relative à la réclamation?

Arrêt: les réclamations doivent être rejetées. On entend par fausse déclaration non seulement les affirmations mais aussi, particulièrement dans ce type de contrat dit «de bonne foi» (*uberrimae fidei*) les omissions et les réticences. Si une déclaration, ou une réticence, ont influencé l'opinion de l'assureur lorsqu'il décida de couvrir le risque, il peut considérer la police comme nulle *ab initio*. Ici il y a eu une déclaration, faite aux assureurs, que la March Shipping Limited assumerait la gérance du navire. On a omis de dire, ou caché, aux assureurs que ce serait en fait le propriétaire antérieur qui serait responsable de la gestion du navire. Cette fausse déclaration importante était dolosive. Elle a été sciemment faite pour tromper l'assureur et l'amener à garantir le risque. La rigueur de la preuve nécessaire en cas d'allégation de dol demeure la norme civile ordinaire de la prépondérance de preuves. Les défenderesses se sont acquittées de la lourde charge qui leur incombait. Les assureurs avaient droit de considérer les contrats comme nuls *ab initio*. Lorsqu'il y a dol dans les affaires de contrat d'assurance maritime, la prime n'a pas à être remboursée. Si la prime devait être remboursée, les dépenses pour fins d'enquêtes engagées par les assureurs maritimes auraient pu être déduites. Les dépenses n'auraient jamais été faites, n'avait été le fait de l'assuré, lorsqu'il incita les assureurs à accepter le risque. La commission versée aux courtiers n'est pas déductible. C'était là une affaire entre les assureurs et le courtier.

Arrêts appliqués: *Hanes c. Wawanese Mutual Insurance Co.* [1963] R.C.S. 154; *Venner c. Sun Life Insurance Co.* (1888-90) 17 R.C.S. 394. Arrêts mentionnés: *Bater c. Bater* [1950] 2 All E.R. 458; *Hornal c. Neuberger Products, Ltd.* [1956] 3 All E.R. 970; *Feise c. Parkinson* (1811-13) 4 Taunt. 640; *Nuel c. Smith* (1840) 7 L.T. 46, 8 L.T. 93; *Anderson c. Thornton* (1852-53) 8 Exch. 425; *Rivaz c. Gerussi* (1880-81) 6 Q.B.D. 222 (C.A.); *Spence c. Crawford* [1939] 3 All E.R. 271; *Clarkson c. Canada Accident Ass'ce Co.* [1932] 3 D.L.R. 188. Arrêts suivis: *Whittingham c. Thornburgh* [1690] 2 Vern. 206; *De Costa c. Scandaret* [1723] 2 P. Wms. 170; *Wilson c. Duckett* [1762] 3 Burr. 1361.

ACTION.

AVOCATS:

David Marler et Jonathan H. Marler pour la demanderesse.

A. J. Stone, c.r. et K. A. Connidis pour les défenderesses.

PROCUREURS:

Magwood, Pocock, Rogers, O'Callaghan, Toronto, pour la demanderesse.

McTaggart, Potts, Stone, Winters & Her-ridge, Toronto, pour les défenderesses.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

COLLIER J.: The plaintiff was the owner of a vessel, the *Lachine Trader*. She had formerly been named the *Vigor*.

Effective March 16, 1973, the defendant underwriters issued two marine insurance policies, running for one year, insuring the vessel against certain risks, including hull and machinery damage. The premium paid by the plaintiff, in quarterly instalments, was \$52,400.

In September 1973, while on a voyage, the vessel sustained damage to her boilers. A claim, under the policies, was made. The underwriters carried out some investigation of the claim. During the course of that investigation, they took the view a material untrue representation had, during the negotiations for the policies, been made by the plaintiff. The underwriters asserted the representation was fraudulent, and the policy void *ab initio*.

The plaintiff brought this action, for indemnity and other relief, based on the two policies. The defendants pleaded a number of defences, including the misrepresentation one outlined above. The pleadings raise the issue as to whether, if the defendants are correct, the premiums paid by the plaintiff, or some portions of them, should be returned.

A consent order was obtained that, prior to the trial of the action itself, the trial of certain issues be heard.

Those issues are as follows:

(a) whether or not the policies of insurance referred to in paragraph 2 of the Plaintiff's amended Statement of Claim were void *ab initio* or voidable and had been voided as alleged in paragraphs 3 to 8 of the Defendants' further amended Statement of Defence.

(b) If (a) is determined in the affirmative, whether or not the Plaintiff made representations to the Defendants, at the time of applying for the said policies of insurance, such as to have thereby forfeited its right to the return of the premiums paid for the said policies.

(c) if (a) is determined in the affirmative, and (b) in the negative, whether or not the Defendants are entitled to deduct from the return of the said premiums, the brokerage commission and expenses referred to in paragraphs 29 and 30 of the Defendants' further amended Statement of Defence,

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE COLLIER: La demanderesse était propriétaire d'un navire, le *Lachine Trader*, antérieurement baptisé le *Vigor*.

Les assureurs maritimes défendeurs ont accordé deux polices d'assurance maritime, d'un an, avec prise d'effet le 16 mars 1973, garantissant ce navire contre certains risques, y compris les avaries à la coque et aux machines. La prime que paya la demanderesse, par versements trimestriels, était de \$52,400.

En septembre 1973, au cours d'un voyage, les chaudières du bâtiment furent endommagées. Il y eut réclamation sur le fondement des polices. Les assureurs firent enquête. Au cours de cette enquête ils estimèrent que la demanderesse avait fait une fausse déclaration importante, de nature à influencer sur l'opinion du risque, lors de la négociation des polices. Ils considérèrent que la déclaration était dolosive et la police nulle *ab initio*.

La demanderesse engagea la présente action en indemnisation, ainsi qu'un autre recours, en se fondant sur les deux polices. Les défenderesses firent valoir plusieurs défenses dont celle de fausse déclaration, précitée. Les écritures soulèvent la question, advenant que les défenderesses aient raison, du remboursement, en tout ou en partie, des primes qu'a payées la demanderesse.

De l'agrément de toutes les parties, il fut obtenue une ordonnance disposant qu'avant l'instruction de l'action elle-même, seraient instruits certains points litigieux.

Voici ces points litigieux:

[TRADUCTION] a) Les contrats d'assurance, auxquels on se réfère au paragraphe 2 de la déclaration modifiée de la demanderesse, étaient-ils oui ou non nuls *ab initio* ou annulables, et effectivement annulés, comme allégué dans les alinéas 3 à 8 de la défense, modifiée une seconde fois?

b) Dans l'affirmative, la demanderesse a-t-elle oui ou non fait des déclarations aux défenderesses lors des propositions d'assurance qui feraient qu'elle serait déchu de son droit au remboursement des primes payées pour ces polices?

c) Dans la négative, les défenderesses sont-elles en droit de déduire du remboursement desdites primes la commission versée aux courtiers et les dépenses auxquelles on se réfère aux alinéas 29 et 30 de leur défense, modifiée une seconde fois, et qui sont réclamées au paragraphe 34 de leur demande

and claimed in paragraph 34 of the Defendants' Counterclaim.

(d) all matters of interest and costs.

Paragraphs 3 to 8 of the further amended defence set out the underwriters' allegations as to the representations said to have been made; their alleged falsity; and the decision to treat the policies as voidable.

The trial of the issues came on before me.

I directed the general onus, in respect of the issues, was, in the circumstances, on the underwriters; they should lead evidence first. That was done.

I go to the facts.

The vessel, when known as the *Vigor*, had been owned by William Ziff & Son, Ltd. One Bernard Ziff was a shareholder, and president of that Company. He, in fact, managed the vessel on a day-to-day basis. Insurance coverage had been obtained on the *Vigor* effective October 22, 1971 to October 22, 1972. The *Vigor* operation was quite unsuccessful. Because of financial problems, payment of a premium instalment on the policy was not made. The underwriters cancelled the policy. The owner Company, at some stage, went into bankruptcy.

The witness Saul Josephson was, from June 30, 1971 to June 11, 1973, the secretary and a director of the plaintiff Company. He was, as well, an officer of another company, Harrel-Gapin Enterprises Ltd. He had interests in still other companies. He was chief executive officer of Quebec Steel Products Ltd. He was, and is, an experienced business man. He is now 63 years old.

He has been a friend of Bernard Ziff since boyhood. Ziff is also a business man. From approximately 1955 to 1961, Ziff was employed by one of the Josephson companies. Their personal and business relationship has continued throughout the years.

At some stage during the *Vigor* operation, Josephson, or one of his companies, guaranteed the indebtedness of Ziff, or of the Company which owned the *Vigor*, to Affiliated Factors, Corp. The latter had apparently financed the purchase of the

reconventionnelle?

d) Tout ce qui regarde l'intérêt et les dépens.

^a Les alinéas 3 à 8 de la défense, modifiée une seconde fois, contiennent les allégations des assureurs relatives aux déclarations qui auraient été faites, celle de leur inexactitude et la décision de considérer les polices comme annulables.

^b C'est moi qui ai été saisi de ces points litigieux.

^c J'ai alors dit que généralement la charge de la preuve à l'égard de ces points incomberait dans les circonstances aux assureurs; ils seraient les premiers à administrer leur preuve. Ce qui fut fait.

J'en viens maintenant aux faits.

^d Le navire, alors qu'il se nommait le *Vigor*, avait appartenu à William Ziff & Son, Ltd. Un certain Bernard Ziff était actionnaire et président de cette compagnie. C'est lui qui en fait géra le navire au jour le jour. Une assurance couvrant le *Vigor* avait été obtenue; elle fut en vigueur du 22 octobre 1971 au 22 octobre 1972. L'exploitation du *Vigor* fut ^e des plus désastreuses. A cause des problèmes financiers le paiement d'un versement de la prime ne fut pas effectué. Les assureurs résilièrent la police. La compagnie propriétaire finit par faire faillite.

^f Le témoin Saul Josephson fut, du 30 juin 1971 au 11 juin 1973, administrateur et secrétaire de la compagnie demanderesse. Il était aussi l'un des dirigeants d'une autre compagnie: la Harrel-Gapin ^g Enterprises Ltd. Il avait encore des participations dans d'autres compagnies. Il était Président-directeur général de la Quebec Steel Products Ltd. Il était, et est toujours, un homme d'affaires expérimenté. Il a maintenant 63 ans.

^h Bernard Ziff est un ami d'enfance. Ziff est aussi un homme d'affaires. De 1955 à 1961 environ, Ziff a travaillé pour l'une des compagnies de Josephson. Leurs relations d'affaires, et d'amitié, se sont ⁱ poursuivies au cours des ans.

^j A un certain moment, à l'époque du *Vigor*, Josephson, ou l'une de ses compagnies, se portèrent garant des dettes de Ziff, ou de la compagnie propriétaire du *Vigor*, envers Affiliated Factors, Corp. Cette dernière compagnie aurait fourni les

Vigor, or its operations. Josephson, or one of his companies, had been required to pay a substantial sum on this guarantee.

Josephson was requested by his friend Ziff to provide assistance in respect of the financial problems the *Vigor* operation had created. Josephson agreed to purchase the vessel. It was decided to put her out on charters. Because the *Vigor* financial disaster was known, he decided to change the name of the vessel. Because of his personal time commitments in respect of his other companies, Josephson was unable, nor did he intend, to have anything to do with the day-to-day management of the *Lachine Trader*. That was to be done by Ziff. Ziff, and the new owner (in effect, Josephson), were to share equally in the profits of the new venture.

Josephson wanted to obtain insurance coverage on the vessel. Ziff had given him advice as to the type of coverage that should be sought.

I turn now to the evidence of Marc Lachance.

Lachance, in March of 1973, was employed by Reed Shaw Osler Limited, Montreal. Reed Shaw Osler Limited were insurance brokers. Lachance was a careful, credible witness. He had made notes, at the time, of the matters I am about to relate. He had been able to refresh his memory from the Company file. That file contained a number of telexes, sent and received by him, which became exhibits at the trial of these issues.

Lachance said he received a telephone call from Josephson on March 13 or 14, 1973. He felt it was probably March 14. Josephson explained he had just purchased the *Lachine Trader*; that it was presently uninsured. He indicated the obtaining of insurance was a matter of some urgency. Lachance discussed the request with his superior, Peter Shelton. Shelton told him what information would be needed: a description of the vessel; the intended use or operation; the loss experiences, if any; and the ownership of the vessel.

Lachance, on the same day, met Josephson at his office at 45 St. Joseph Street, Lachine, Quebec. Josephson told Lachance about the pur-

crédits nécessaires à l'achat du *Vigor*, ou à son exploitation. Josephson, ou l'une de ses compagnies, eurent alors à verser une somme substantielle comme caution.

^a Ziff, son ami, lui demanda de l'aider pour régler les problèmes financiers causés par le *Vigor*. Il accepta d'acheter le bâtiment. Il fut décidé de le fréter. Le désastre financier du *Vigor* était connu, ^b aussi décida-t-il de lui changer son nom. A cause du temps qu'il devait consacrer à ses autres compagnies, Josephson était incapable de, ni n'entendait, s'occuper lui-même de la gestion au jour le jour du nouveau *Lachine Trader*. C'est Ziff qui ^c s'en chargerait. Ziff et le nouveau propriétaire (soit Josephson) partageraient en parts égales les profits de la nouvelle entreprise.

^d Josephson voulait assurer le bâtiment. Ziff le conseilla sur le genre de couverture à demander.

J'en viens maintenant au témoignage de Marc ^e Lachance.

Lachance, en mars 1973, travaillait pour la Reed Shaw Osler Limited de Montréal. La Reed Shaw Osler Limited était courtier en assurances. ^f Lachance s'est révélé un témoin soigneux et digne de foi. Il avait pris des notes, à l'époque, de ce que je vais maintenant relater. Il avait rafraîchi sa mémoire grâce au dossier de la compagnie. Ce dossier contenait plusieurs télex, qu'il avait ^g envoyés ou reçus, produits comme pièces en l'instance.

Il dit qu'il a reçu un coup de téléphone de Josephson le 13 ou le 14 mars 1973, probablement ^h le 14. Josephson lui expliqua qu'il venait d'acheter le *Lachine Trader*, lequel n'était pas encore assuré. L'obtention d'une assurance, laissait-il voir, presait en quelque sorte. Lachance en parla avec son supérieur, Peter Shelton. Shelton lui dit quelles ⁱ informations devraient être fournies: une description du navire; ce qu'on voulait en faire, ou le type d'exploitation; les avaries passées, le cas échéant, et le nom de son propriétaire.

^j Le même jour Lachance rencontra Josephson à son bureau du 45 rue St-Joseph à Lachine, au Québec. Josephson lui parla de l'achat du bâti-

chase of the vessel. He said something to the effect he had been a guarantor on a loan the previous owners had on the vessel. He told Lachance there was no remaining connection between the new owners and the old. He referred to the bad management of the previous owners, the failure to pay the premium, and the cancellation of the previous insurance policy on the *Vigor*. He said the previous brokers could not provide coverage for the new owners. He gave Lachance copies of the previous insurance policy on the *Vigor*, as well as some letters and memoranda from the *Vigor's* former insurance brokers. Josephson said he was endeavouring to enter into a contract, or had entered into a contract, with March Shipping Limited to manage or operate the *Lachine Trader*. The name Bernard Ziff was not mentioned.

Lachance telexed brokers in London describing the risk, so that interested underwriters might be canvassed. This was on March 15, 1973. The telex set out Harrel-Gapin Enterprises Ltd. as the new owner. The *Lachine Trader* was described as ex-*Vigor*. The former owners, William Ziff & Sons Ltd., were referred to. So was the cancellation of the previous policy for non-payment of premium.

London brokers replied by telex (Ex. 6) requesting information as to:

"CLAIMS RECORD OF NEW OWNERSHIP/MANAGEMENT", AND "ALSO PLEASE CONFIRM THAT NEW OWNERSHIP HAS NO CONNECTION WITH PREVIOUS NON-PAYING OWNERSHIP".

Lachance telephoned Josephson immediately. He advised him, almost word for word, what the telex contained. He was told by Josephson the new ownership had no claims record; there was no connection between the old and new ownership. Josephson also added the vessel was being managed, or was to be managed, by March Shipping Limited.

Lachance, on the same day, sent a telex to London. It is, in part, as follows (Ex. 7):

1) NEW OWNERS HAVE NEVER OWNED VESSEL, SHIP WILL BE MANAGED BY MARCH SHIPPING MTL., NO EXPERIENCE AVAILABLE THAT WE KNOW ...

2) ...

3) NEW OWNERS HAVE NO MORE CONNECTION, VESSEL BOUGHT ...

ment. Il lui aurait dit avoir été caution d'un prêt fourni aux anciens propriétaires du navire. Et aussi, qu'il n'y avait plus aucun lien entre les nouveaux propriétaires et les anciens. Il parla de la mauvaise gestion des anciens propriétaires, du défaut de payer la prime et de la résiliation de la police d'assurance antérieure couvrant le *Vigor*. Les anciens courtiers ne pouvaient fournir d'assurance aux nouveaux propriétaires. Il remit à Lachance des copies des polices d'assurance qui avaient couvert le *Vigor* ainsi que des lettres et mémorandums des anciens courtiers d'assurances. Il cherchait à conclure un contrat, ou l'avait déjà fait, avec la March Shipping Limited pour la gestion, voire l'exploitation, du *Lachine Trader*. Le nom de Bernard Ziff ne fut pas mentionné.

Lachance envoya un télex à des courtiers à Londres décrivant le risque pour qu'on approche les assureurs maritimes intéressés. C'était le 15 mars 1973. Le télex donne la Harrel-Gapin Enterprises Ltd. comme nouveau propriétaire. Le *Lachine Trader* est décrit comme l'ancien *Vigor*. Les anciens propriétaires, William Ziff & Sons Ltd. sont mentionnés, ainsi que la résiliation de la police précédente pour non-paiement de prime.

Les courtiers londoniens, en guise de réponse, demandèrent par télex (pièce 6) de plus amples informations concernant:

[TRADUCTION] «LE DOSSIER DES RÉCLAMATIONS DU NOUVEL ARMEMENT», ET «VEUILLEZ AUSSI CONFIRMER NOUVEL ARMEMENT AUCUN LIEN AVEC ARMEMENT ANTÉRIEUR EN DÉFAUT DE PAYER».

Lachance téléphona immédiatement à Josephson. Il lui rapporta mot pour mot le contenu du télex. Josephson lui dit que le nouvel armement n'avait jamais fait de réclamations, il n'y avait aucun lien entre le vieil et le nouvel armement. Josephson ajouta aussi que le bâtiment était géré, ou le serait, par la March Shipping Limited.

Le même jour Lachance envoya un télex à Londres. En voici un extrait (pièce 7):

[TRADUCTION] 1) NOUVEL ARMEMENT JAMAIS ÉTÉ PROPRIÉTAIRE D'UN BÂTIMENT, NAVIRE SERA GÉRÉ PAR MARCH SHIPPING MTL., AUCUNE RÉCLAMATION CONNUE ...

2) ...

3) NOUVEL ARMEMENT AUCUN AUTRE LIEN AVEC BÂTIMENT ACHETÉ ...

Lachance testified that, at no time during that telephone conversation, was the name Bernard Ziff given to him. Nor the name March Chartering Limited.

Lachance, on the same day, tried to place the risk with the defendants. He spoke with Peter Smith of Canadian Marine Underwriters Ltd. in Toronto. He told him March Shipping Limited were, or were going to be, the managers of the vessel.

On March 16, Lachance received a telex from the London brokers. That telex said in part (Ex. 8):

THIS RISK HAS BEEN TRIED BY SEVERAL OTHER BROKERS PAST FEW WEEKS. MOST CLUBS DOUBTFUL THIS UNCONNECTED PREVIOUS OWNERS.

The London brokers said they had been unable to obtain any firm quotations in the London market.

As a result of Lachance's telephone conversation with Peter Smith, coverage, on a limited basis, was obtained for the week-end. Lachance delivered a hand written cover note (Ex. 10) to Josephson on March 16.

By March 19, full coverage had been arranged with the defendants. On that day, Lachance went to Josephson's office. He gave him a letter from Shelton, dated March 16, 1973, setting out a quotation for full insurance coverage. He also delivered a letter of his own setting out a quotation (Ex. 12). On March 20, Lachance advised Mr. Smith the vessel would be in the name of the present plaintiff, rather than Harrel-Gapin Enterprises Ltd.

A few days later, probably March 22, 1973, Lachance again went to Josephson's office. By this time, proper cover notes had been prepared. He took those with him, as well as an invoice for the first quarterly instalment of premium. The total premium charged was \$52,400. The first payment required was \$3,100. A cheque dated March 22, 1973, from a company called Union Pipe and Machinery Limited, was given. It was for \$3,600. The extra \$500 had to do with a separate matter.

Lachance a dit dans son témoignage qu'en aucun moment au cours de sa conversation téléphonique ne fut mentionné le nom de Bernard Ziff. Pas plus que celui de March Chartering Limited.

Toujours le même jour, Lachance soumit le risque aux défenderesses. Il eut une conversation avec un certain Peter Smith de la Canadian Marine Underwriters Ltd. de Toronto. Il lui dit que la March Shipping Limited gérait, ou gèrerait, le bâtiment.

Le 16 mars Lachance reçut un télex de ses courtiers londoniens. Ce télex disait notamment (pièce 8):

[TRADUCTION] PLUSIEURS AUTRES COURTIERES ONT ESSAYÉ DE PLACER CE RISQUE CES DERNIÈRES SEMAINES. LA PLUPART DES CLUBS DOUTENT QU'IL N'Y AIT AUCUN LIEN AVEC PRÉCÉDENTS PROPRIÉTAIRES.

Les courtiers londoniens dirent qu'ils avaient été incapables d'obtenir une tarification ferme sur le marché londonien.

Par suite d'un coup de fil que donna Lachance à Peter Smith, une garantie d'assurance, limitée, fut obtenue pour le week-end. Lachance remit une note de couverture manuscrite (pièce 10) à Josephson le 16 mars.

Le 19 mars il y avait couverture tous risques; elle avait été arrangée avec les défenderesses. Ce jour-là Lachance se rendit au bureau de Josephson. Il lui remit une lettre de Shelton, du 16 mars 1973, établissant une tarification pour une couverture tous risques. Il lui remit aussi une lettre écrite par lui qui fixait cette tarification (pièce 12). Le 20 mars Lachance notifia M. Smith que le bâtiment serait au nom de l'actuelle demanderesse plutôt qu'à celui de la Harrel-Gapin Enterprises Ltd.

Quelques jours plus tard, probablement le 22 mars 1973, Lachance se rendit à nouveau au bureau de Josephson. Des notes de couverture régulières avaient alors été rédigées. Il les apporta ainsi qu'un compte pour le premier versement trimestriel de la prime. La prime totale s'élevait à \$52,400. Le premier versement demandé était de \$3,100. Un chèque, daté du 22 mars 1973, qu'avait tiré une compagnie appelée Union Pipe and Machinery Limited, fut remis. Il était de \$3,600. Les

The cheque was signed, on behalf of the Company, by Josephson and Bernard Ziff.

At that meeting Josephson introduced Lachance to Ziff. He told him Ziff would be assisting him (Josephson) in insurance matters; he, Josephson, was unfamiliar with that field; Ziff, as the previous owner, had experience. According to Lachance, nothing was said about Ziff being the vessel's manager, or of his being in charge of its day-to-day operations.

Finally, Lachance testified that the name March Chartering Limited was never mentioned at any of these meetings. The only name given to him was, as previously stated, March Shipping Limited.

Lachance was not cross-examined. Nor were any of the matters, subsequently testified to by Josephson, put to him.

Peter Smith, in 1973 a senior Vice-President of Canadian Marine Underwriters Ltd., gave evidence. He confirmed the telephone call of March 15 from Lachance. He said Lachance gave him details of the risk, the names Josephson & Harrel-Gapin Enterprises Ltd., plus the name of the vessel, and her former name. He asked who would be managing the vessel. He was told March Shipping Limited; that it was new ownership and new management. He said if the name Ziff had been given to him, he would not have accepted the risk. This was because of Ziff's reputation in the marine and insurance industry.

Josephson testified. The previous dealings between him and Ziff, which I have already set out, were given in that testimony.

Josephson said he had several meetings with Lachance. He said he had explained to him, before the insurance was effected, that Ziff was going to be in charge of the day-to-day operation or the management of the *Lachine Trader*. He told Lachance that he, Josephson, had made a contract with March Chartering Limited in respect to the working of the vessel. He said he introduced Lachance to Ziff as the man who would be involved with the daily operation of the vessel; that all he, Josephson, would be handling, were the financial matters.

\$500 en trop concernaient une autre affaire. Le chèque fut signé, au nom de la compagnie, par Josephson et Bernard Ziff.

C'est à cette rencontre que Josephson présenta Ziff à Lachance. Il lui dit que Ziff l'aiderait lui, Josephson, en matière d'assurance; lui, Josephson, n'était pas familier avec ce domaine; Ziff, en tant qu'ancien propriétaire, avait de l'expérience. D'après Lachance il ne fut nullement dit que Ziff avait été responsable de l'exploitation du bâtiment ou encore de sa direction quotidienne.

Enfin, selon Lachance, le nom de la March Chartering Limited ne fut jamais mentionné au cours de ces rencontres. Le seul nom qui lui fut fourni fut, comme dit précédemment, celui de la March Shipping Limited.

Lachance n'a pas été contre-interrogé. Aucun éclaircissement non plus ne lui fut demandé sur le témoignage de Josephson.

Peter Smith, qui était en 1973 un des principaux vice-présidents de la Canadian Marine Underwriters Ltd., a aussi témoigné. Il a confirmé que Lachance lui a téléphoné le 15 mars. Lachance lui détailla le risque et mentionna les noms de Josephson, de la Harrel-Gapin Enterprises Ltd. et ceux du bâtiment, l'actuel et l'ancien. Il demanda qui serait responsable du navire. On lui dit la March Shipping Limited, un nouveau propriétaire et une nouvelle direction. Si le nom de Ziff lui avait été mentionné, il n'aurait pas accepté le risque vu la réputation de ce dernier dans les milieux maritimes et dans ceux de l'assurance.

Josephson a témoigné. Les rapports antérieurs entre lui et Ziff, dont j'ai parlé précédemment, furent décrits dans ce témoignage.

Josephson aurait rencontré plusieurs fois Lachance. Il lui aurait expliqué, avant que l'assurance ne prenne effet, que Ziff serait responsable de l'exploitation et de la direction quotidienne du *Lachine Trader*. Il lui aurait dit que lui, Josephson, aurait contracté avec la March Chartering Limited pour l'exploitation du bâtiment. Il aurait présenté Ziff à Lachance comme le responsable, au jour le jour, du bâtiment; lui, Josephson, s'occupait des questions financières.

That concludes my review of the essential evidence.

Counsel for the plaintiff agreed there had been an untrue representation made to the underwriters; that by mistake, they had been advised by Lachance, of Reed Shaw Osler Limited, that March Shipping Limited would be the ship's managers; whereas Josephson had specifically told the brokers that Ziff would be the manager; and that March Charterers Limited would be obtaining charter work for the vessel. It was agreed the representation as to the ship's managers was a material one; the underwriters were, in the circumstances, entitled to treat the policies as void *ab initio*. But, it was contended, the representation was innocent, not fraudulent.

The issue then becomes: if the misrepresentation was innocent, should the whole of the premium of \$52,400 be returned to the plaintiff? The underwriters argued that if the misrepresentations were indeed innocent, they are entitled to deduct from the premium the commission paid to the brokers, and certain expenses incurred by them in the investigation of the claim asserted, by the plaintiff, under the policies. The commission paid by the underwriters to the brokers was \$7,860. The expenses referred to were \$13,457.71. The defendants say the net amount payable to the plaintiff is, therefore, \$31,082.29.

But the defendant underwriters contend the representation was fraudulent, not innocent. Throughout the whole transaction, there was, it was said, a wilful intent by the plaintiff, through Josephson, to deceive. The defendants say that if there was fraud on the part of the plaintiff, then they, as the underwriters, are entitled to keep the whole of the premium paid.

I turn now to the representation made as to the management of the *Lachine Trader*.

It was agreed Reed Shaw Osler Limited and Lachance were the agents of the plaintiff, not the agents of the underwriters. Any representation made by the brokers binds the plaintiff. It was also agreed, as I have earlier said, any representation as to the management of a vessel is a material one.

Voilà qui termine mon résumé de l'essentiel de la preuve administrée.

Les avocats de la demanderesse ont reconnu qu'une déclaration inexacte avait été faite aux assureurs; par erreur Lachance, de la Reed Shaw Osler Limited, leur avait dit que la direction du bâtiment serait assurée par la March Shipping Limited alors que Josephson avait expressément dit aux courtiers que ce serait Ziff qui l'assurerait et que la March Charterers Limited l'affrèterait. Il était admis que la déclaration relative à la direction du navire influençait l'opinion du risque; les assureurs étaient dans les circonstances en droit de traiter les polices comme nulles *ab initio*. Mais, faisait-on valoir, la déclaration n'avait pas été faite de mauvaise foi, elle n'était pas dolosive.

Le litige est donc le suivant: si la déclaration n'a pas été faite de mauvaise foi, le demandeur a-t-il droit au remboursement de l'ensemble de la prime de \$52,400? Les assureurs soutiennent que, si les déclarations n'ont pas été faites de mauvaise foi, ils ont le droit de déduire de la prime la commission payée aux courtiers, ainsi que certaines dépenses engagées par eux pour enquêter sur la réclamation que présenta la demanderesse, sur le fondement des polices. La commission que les assureurs versèrent aux courtiers s'élevait à \$7,860; les dépenses en question, à \$13,457.71. Les défenderesses disent donc que le montant net payable à la demanderesse est de \$31,082.29.

Mais les assureurs, les défenderesses, soutiennent que la déclaration était frauduleuse et non de bonne foi. Tant que durèrent les pourparlers en vue du contrat, il y a eu, disent-ils, de la part de la demanderesse, par l'action de Josephson, l'intention dolosive de tromper. S'il y a eu dol de la part de la demanderesse alors, en tant qu'assureurs, ils sont en droit de conserver l'ensemble de la prime payée.

J'examine maintenant la déclaration relative à la gestion du *Lachine Trader*.

On a reconnu que la Reed Shaw Osler Limited et Lachance étaient mandataires de la demanderesse, non des assureurs. Toute déclaration qu'auraient faite les courtiers lie la demanderesse. On a aussi reconnu, comme je l'ai dit précédemment, que toute déclaration relative à la direction du navire influe sur l'opinion du risque.

Misrepresentation includes not only positive statements, but, particularly in contracts *uberrimae fidei*, concealment or non-disclosure.¹ If a positive statement, or a non-disclosure, influenced the underwriter when the risk was undertaken, then the policy can be treated by the underwriter as void *ab initio*.

Here, there was a positive statement to the underwriters that March Shipping Limited would be the vessel's managers. There was, to the underwriters, non-disclosure or concealment that, in fact, Ziff was going to manage the *Lachine Trader*.

The question is whether that misrepresentation was innocent, in the sense of a mistake or misunderstanding, or whether there was a wilful intention on the part of Josephson and the plaintiff to deceive. Josephson was the directing mind and will of the owner Company.

I find the material misrepresentation was fraudulent. It was wilfully made to deceive an underwriter, in order to induce him to take on the risk.

I accept the evidence given by Lachance. He was a careful and honest witness. His memory and account of what was said is corroborated by the telex messages sent and received. He had no reason to fabricate, on key matters, either the telex messages or his testimony. Nor is there any reason to hold he misunderstood what Josephson told him.

Josephson had a long association with Ziff. He knew Ziff's history in respect of ownership and operation of other vessels, including the *Lachine Trader*. Josephson had never owned a vessel himself. But he had past knowledge, from his own activities, of chartering vessels. He was an experienced business man. He knew of the desirability, if not the necessity, of insurance coverage in respect of business matters. That applied as well to vessels. In 1972, while he had a financial interest, as guarantor, in the *Vigor*, he had made inquiries

¹ See Arnould, *The Law of Marine Insurance and Average*, vol. II (1961), (British Shipping Laws, vol. 10—Stevens & Sons Ltd.) para. 591, for the use of the term non-disclosure, rather than concealment.

On entend par fausse déclaration non seulement les affirmations mais aussi, particulièrement dans ce type de contrat dit «de bonne foi» (*uberrimae fidei*) les omissions et les réticences¹. Si une déclaration, ou une réticence, ont influencé l'opinion de l'assureur lorsqu'il décida de couvrir le risque, alors il peut considérer la police comme nulle *ab initio*.

Ici il y a une déclaration, faite aux assureurs, que la March Shipping Limited assumerait la gérance du navire. On a omis de dire, ou caché, aux assureurs que ce serait en fait Ziff qui serait responsable de la gestion du *Lachine Trader*.

Il faut donc se demander si la déclaration inexacte a été faite de bonne foi, en ce sens qu'il s'agirait d'une erreur ou d'un malentendu, ou s'il y a eu intention, de la part de Josephson et de la demanderesse, de tromper. Josephson était le cerveau et la volonté derrière la compagnie propriétaire.

Je juge que cette fausse déclaration importante était dolosive. Elle a été sciemment faite pour tromper l'assureur et l'amener à garantir le risque.

J'accepte le témoignage de Lachance. Ce fut un témoin soigneux et honnête. Son souvenir et son récit de ce qui a été dit est corroboré par les télex échangés. Il n'avait aucune raison de fabriquer, pour l'essentiel, les télex ou de broder dans son témoignage. Il n'y a pas non plus aucune raison de penser qu'il a mal compris ce que Josephson lui disait.

Josephson connaît Ziff depuis longtemps. Il savait les mésaventures de ce dernier en tant que propriétaire et gestionnaire de navires dont le *Lachine Trader*. Il n'avait jamais été lui-même propriétaire d'un navire mais il savait ce que c'était, pour l'avoir fait, que d'en affréter. C'était un homme d'affaires expérimenté. Il connaissait l'importance, voire l'obligation, de l'assurance en affaires. Cela s'appliquait aussi en matière maritime. En 1972, alors qu'il était financièrement intéressé, comme caution, dans l'exploitation du

¹ Voir Arnould, *The Law of Marine Insurance and Average*, vol. II (1961), (British Shipping Laws, vol. 10—Stevens & Sons Ltd.) para. 591 au sujet de l'emploi du terme réticence (*non-disclosure*) plutôt que de celui d'omission (*concealment*).

about the insurance then in force (see Ex. 3). When the vessel was purchased, he wanted coverage for it.

He knew the name *Vigor* was a liability. The name had to be changed. I can understand that. But there was disclosure to the brokers of the previous names of the vessel.

Josephson, as a business man, must have recognized that Ziff's name, in connection with this new enterprise, could lead to problems. There had been a bankruptcy of the Ziff Company, the previous owner. There had been cancellation of the previous policy for non-payment of premium. I find that Josephson did not, for those reasons, disclose to Lachance that Ziff was going to be the ship's manager. I accept Lachance's evidence that March Shipping Limited was designated as managing the vessel. I find, as well, there was no mention of March Chartering Limited until after the question of possible misrepresentation arose in the fall of 1973.

All this was done knowingly, in my view, with the intention of inducing coverage from an underwriter.

In coming to this conclusion I have kept in mind the quality of proof required where fraud is alleged. The standard is not the criminal one. The ordinary civil standard of balance of probabilities remains. But there are degrees of probability or proof within that standard.

In *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*,² the Supreme Court of Canada approved the view expressed by Denning L.J. in *Bater v. Bater*.³

The Denning view was also adopted by other members of the Court of Appeal in a later case, where fraud was in issue: *Hornal v. Neuberger Products, Ltd.*⁴

² [1963] S.C.R. 154 at 161. Cartwright J. dissented on the facts, but agreed with the majority as to the quality of proof.

³ [1950] 2 All E.R. 458 at 459.

⁴ [1956] 3 All E.R. 970.

Vigor, il avait fait faire une enquête au sujet de l'assurance qui le couvrait alors (voir pièce 3). Lorsqu'il a acheté le bâtiment, il a voulu qu'il soit assuré.

^a Il savait que le nom du bâtiment n'attirerait pas le crédit. Il fallait le changer. Je comprends cela. Mais on a révélé aux courtiers les noms antérieurs du bâtiment.

^b Josephson, en tant qu'homme d'affaires, doit avoir reconnu que le nom de Ziff, relié à la nouvelle entreprise, causerait des ennuis. La compagnie de Ziff, l'ancien propriétaire, avait fait faillite. Il y avait eu résiliation de la précédente police pour non-paiement de la prime. Je juge que Josephson n'a pas, pour ces raisons, révélé à Lachance que ce serait Ziff qui aurait la gérance du navire. J'accepte le témoignage de Lachance ^c selon lequel c'est la March Shipping Limited qui fut désignée comme responsable de la direction du bâtiment. Je juge aussi qu'aucune mention ne fut faite de la March Chartering Limited avant que ne soit soulevée la question d'une éventuelle déclaration inexacte, à l'automne de 1973. ^e

Tout cela s'est fait sciemment à mon avis avec l'intention d'obtenir la garantie d'un assureur.

^f En concluant ainsi j'ai à l'esprit la rigueur de preuve nécessaire en cas d'allégation de dol. Il ne s'agit pas de la norme du pénal. La norme civile ordinaire de la prépondérance de preuves demeure. ^g Mais cette norme prévoit différents degrés de prépondérance, ou de preuves.

Dans son arrêt *Hanes c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*,² la Cour suprême du Canada ^h approuva les vues de lord juge Denning dans *Bater c. Bater*.³

Ce point de vue de lord Denning, les autres membres de la Cour d'appel l'adoptèrent aussi dans un arrêt ultérieur où la question du dol était en cause: arrêt *Hornal c. Neuberger Products, Ltd.*⁴

² [1963] R.C.S. 154, à la p. 161. Le juge Cartwright était dissident quant aux faits mais d'accord avec la majorité quant à la rigueur de la preuve.

³ [1950] 2 All E.R. 458 à la p. 459.

⁴ [1956] 3 All E.R. 970.

To endeavour to pin the badge of fraud on the plaintiff here, is to make a serious allegation:

The more serious the allegation, the higher degree of probability that is required; but it need not, in a civil case, reach the very high standard required by the criminal law.⁵

The defendants have, in my view, met the heavy onus required of them.

The next question is essentially one of law. May the underwriters, on the facts I have found, keep the premium? The underwriters, on those facts, were entitled, as they did, to treat the contracts as void *ab initio*. The risk, therefore, was never run.

Even if the misrepresentation had been innocent, the effect on the contracts would have been the same. The underwriters would have been entitled to treat the contracts as void *ab initio*. The risk would never have attached. But the law, in that situation, seems reasonably clear. The underwriters could not retain the premium. The insured, or representor, would be entitled to refund. In this case, a question was raised as to whether the full premium should be returned, or whether the commission and investigation expenses could be deducted. In view of the conclusion I have reached, I do not have to decide, as to innocent misrepresentation, whether those deductions should be permitted.

Counsel for the defendants took the view, as I have stated earlier, the premium is not, where there has been fraud, returnable. Counsel for the plaintiff did not really argue against that contention. The main thrust of his submission was that there had been innocent misrepresentation only; the full premium must, in the circumstances here, be returned.

The earliest cases, dealing with return of premium where there had been fraud by the insured, were in favour of the insured representor.⁶ The premium had to be returned. Those were Chancery cases. But, in both decisions, the premiums were directed to be applied to the underwriters' costs of

⁵ Spencer Bower and Turner, *The Law of Actionable Misrepresentation*, (3rd ed.), Butterworths, 1974, para. 187, pp. 210-211.

⁶ *Whittingham v. Thornburgh* [1690] 2 Vern. 206; *De Costa v. Scandaret* [1723] 2 P. Wms. 170.

Chercher ici à accoler à la demanderesse l'étiquette du dol, c'est faire une allégation sérieuse:

[TRADUCTION] Plus l'allégation est sérieuse, plus il faut un haut degré de probabilité, mais il n'est pas nécessaire dans une affaire civile d'aller jusqu'à la norme, fort élevée, qu'exige le droit pénal.⁵

Ici les défenderesses se sont, à mon avis, acquittées de la lourde charge qui leur incombait.

b La question suivante en est une de droit essentiellement. Les assureurs peuvent-ils, vu les faits que je viens de constater, conserver la prime? D'après ceux-ci ils avaient droit, ce qu'ils ont fait, de considérer les contrats comme nuls *ab initio*. Le c risque donc n'a jamais été couru.

Même si la déclaration inexacte avait été faite de bonne foi, l'effet sur les contrats aurait été le même. Les assureurs auraient été en droit de a considérer les contrats comme nuls *ab initio*. Aucun risque n'aurait jamais été couru. Mais le droit en ce cas semble assez clair. Les assureurs n'auraient pu conserver la prime. L'assuré, l'auteur de la déclaration, aurait eu droit d'être remboursé. En l'espèce on s'est demandé si la prime e entière aurait dû être remboursée ou si la commission et les frais d'enquête auraient pu être déduits. Vu la conclusion à laquelle je suis arrivé, je n'ai pas à décider, dans le cas d'une déclaration inexacte f faite de bonne foi, si ces déductions devraient être autorisées.

Les avocats des défenderesses ont pris comme position, comme je l'ai dit précédemment, que la g prime n'est pas, en cas de dol, remboursable. L'avocat de la demanderesse n'a pas réellement soutenu le contraire. Il a surtout fait valoir qu'il y avait eu déclaration inexacte de bonne foi et que dans les circonstances de l'espèce toute la prime h devait être remboursée.

Les premières espèces où il fut question du remboursement de la prime alors qu'il y avait eu dol de la part de l'assuré furent décidées en faveur de l'assuré auteur de la déclaration.⁶ La prime devait être remboursée. Il s'agissait d'affaires devant la Chancellerie. Mais dans les deux déci-

⁵ Spencer Bower et Turner, *The Law of Actionable Misrepresentation*, (3^e éd.), Butterworths, 1974, par. 187, aux pp. 210-211.

⁶ *Whittingham c. Thornburgh* [1690] 2 Vern. 206; *De Costa c. Scandaret* [1723] 2 P. Wms. 170.

the actions.

The return of premium principle was adopted into the common law by Lord Mansfield in *Wilson v. Ducket*.⁷

But a subsequent series of common law decisions established an opposite principle, where there was fraud by the insured in respect of contracts of insurance.⁸ In some of those cases, the statement made is technically, on the facts, *obiter*. A rationale of the different result in the case of innocent misrepresentation on the one hand, and fraud on the other, is attempted in Marshall, *Marine Insurance*, (5th ed.), 1865, at pp. 522-525. It is there argued that the non-return of the premium, in the case of fraud, is a penalty or forfeiture given to the aggrieved party.

I do not find that rationale convincing or equitable. The civil courts should not be in the position of meting out, by that method, penalties or forfeitures. That is more the function of the criminal courts.

In a contract case,⁹ not involving insurance, Lord Wright said, in respect of fraud and restitution:

A case of innocent misrepresentation may be regarded rather as one of misfortune than as one of moral obliquity. There is no deceit or intention to defraud. The court will be less ready to pull a transaction to pieces where the defendant is innocent, whereas in the case of fraud the court will exercise its jurisdiction to the full in order, if possible, to prevent the defendant from enjoying the benefit of his fraud at the expense of the innocent plaintiff. Restoration, however, is essential to the idea of restitution. To take the simplest case, if a plaintiff who has been defrauded seeks to have the contract annulled and his money or property restored to him, it would be inequitable if he did not also restore what he had got under the contract from the defendant. Though the defendant has been fraudulent, he must not be robbed, nor must the plaintiff be unjustly enriched, as he would be if he both got back what he had parted with and kept what he had received in return. The purpose of the relief is not punishment, but compensation. The rule is stated as requiring the restoration of both parties to the *status quo ante*, but it is generally the defendant who complains that restitution is impossible. The plaintiff who seeks to set aside the contract will

⁷ [1762] 3 Burr. 1361.

⁸ *Tyler v. Horne* (1785), *Chapman v. Fraser* (1793) Marshall, *Marine Insurance*, (5th ed.), 1865, p. 525. *Feise v. Parkinson* (1811-13) 4 Taunt. 640. *Nuel v. Smith* (1840) 7 L.T. 46, 8 L.T. 93. *Anderson v. Thornton* (1852-53) 8 Exch. 425. *Rivaz v. Gerussi* (1880-81) 6 Q.B.D. 222 (C.A.).

⁹ *Spence v. Crawford* [1939] 3 All E.R. 271 at pp. 288-289.

sions on a ordonné de déduire des primes les frais de justice des assureurs.

Le principe du remboursement de la prime fut reçu en *common law* par lord Mansfield dans l'affaire *Wilson c. Ducket*.⁷

Mais une jurisprudence subséquente de *common law* établit le principe opposé, lorsqu'il y a fraude de l'assuré, en matière de contrat d'assurance.⁸ Dans certaines de ces espèces ce qui est dit, techniquement, d'après les faits, est *obiter*. On a tenté d'expliquer ce résultat, différent selon qu'il s'agit d'une déclaration inexacte de bonne foi, d'une part, ou dolosive d'autre part, dans Marshall, *Marine Insurance*, (5^e éd.), 1865, aux pp. 522 à 525. On soutient que le non-remboursement de la prime en cas de dol constitue une peine privée en faveur de la partie qui en est victime.

Je ne trouve pas cette raison convaincante ni équitable. La juridiction civile ne devrait pas être à même d'imposer, de cette manière, des peines ou des déchéances. C'est là la fonction de la juridiction pénale.

Dans une affaire de contrat,⁹ qui n'en était pas une d'assurance, lord Wright a dit, en parlant du dol et de la restitution:

[TRADUCTION] Un cas de déclaration inexacte de bonne foi apparaîtra plutôt comme une infortune que comme une turpitude morale. Il n'y a ni tromperie ni intention dolosive. La Cour hésitera à mettre en pièces une convention lorsque le défendeur est de bonne foi, mais dans le cas de dol, elle exercera tous les pouvoirs qui lui sont attribués pour, si possible, l'empêcher de profiter de sa fraude aux dépens du demandeur de bonne foi. La remise en l'état toutefois est l'essence de l'idée de restitution. Pour prendre un cas des plus simples: si un demandeur victime d'un dol veut faire annuler le contrat et se faire rendre son argent ou son bien, il serait inique de ne pas exiger qu'il rende à son tour ce qu'il a reçu du défendeur en vertu du contrat. Quoique le défendeur soit responsable d'un dol, il ne doit pas être spolié et le demandeur ne doit pas s'enrichir injustement, comme ce serait le cas s'il recevait à la fois ce qu'il a donné et conservait ce qu'il a reçu en échange. La règle dit que les deux parties doivent être remises en leur état antérieur mais c'est généralement le défendeur qui prétend que la restitution est impossible. Le demandeur qui cherche à faire annuler le contrat se montre habituellement raisonnable quant au degré

⁷ [1762] 3 Burr. 1361.

⁸ *Tyler c. Horne* (1785), *Chapman c. Fraser* (1793) Marshall, *Marine Insurance*, (5^e éd.), 1865, p. 525. *Feise c. Parkinson* (1811-13) 4 Taunt. 640. *Nuel c. Smith* (1840) 7 L.T. 46; 8 L.T. 93. *Anderson c. Thornton* (1852-53) 8 Exch. 425. *Rivaz c. Gerussi* (1880-81) 6 Q.B.D. 222 (C.A.).

⁹ *Spence c. Crawford* [1939] 3 All E.R. 271 aux pp. 288 et 289.

generally be reasonable in the standard of restitution which he requires. However, the court can go a long way in ordering restitution if the substantial identity of the subject-matter of the contract remains.

In *Spencer Bower and Turner*, previously cited, some of Lord Wright's language was used in setting out a similar proposition:¹⁰

The object to be achieved by rescission is the restoration of both parties as nearly as may be to the position which each occupied before the transaction. This object is expressed in the Latin *restitutio in integrum*, a phrase more particularly used by the courts, however, in referring to the restoration to his original position of the *defendant-representor*. Though he has been at fault, and even fraudulent, yet he must not be robbed, nor must the plaintiff-representee be unjustly enriched, as he would be if he received back all that he had parted with and also kept what he had received in return. The cases therefore emphasise the restoration of the defendant-representor to his pre-contract position, less often expressly insisting upon the right of the plaintiff-representee so to be restored. But the plaintiff does not need the protection of the doctrine; for he himself asks for restoration *in integrum*, as regards his own position, as of the essence of his claim to rescission. In praying for rescission he will generally be found to be reasonable as to the standard of the restitution he asks; for if his prayer is unreasonable it will be unlikely to succeed. But whatever order he may ask in his own behalf, he must at least be prepared to restore the defendant-representor to his original position, as a condition of the rescission which he claims. And in the next chapter it will be seen that if it turns out that he is unable to comply with this condition, his inability to do so will amount to a good defence to an action for rescission.

Be all that as it may, the Supreme Court of Canada and the Ontario Court of Appeal have, in a way, endorsed the no return principle in cases of fraud: *Venner v. Sun Life Insurance Co.*¹¹ and *Clarkson v. Canada Accident Ass'ce Co.*¹² The *Venner* case was decided under the *Civil Code*. The remarks at page 401 are technically *obiter*, in that the insurance contract itself provided the premium would not be returnable in the case of fraud. The decision can probably be distinguished on many grounds. In the *Clarkson* case, the *Feise* and *Anderson v. Thornton* decisions were referred to. But in *Clarkson* the point was again *obiter*, because the misrepresentation was innocent.

Nevertheless, I propose to follow the traditional view: that in cases of fraud, in respect of a contract of marine insurance, the premium need not be returned. The cases discussed have stood for a very long time. Their authority and rationale have not

de restitution qu'il demande. Les tribunaux peuvent d'ailleurs aller fort loin dans la remise en état qu'ils ordonnent si l'intégrité de la substance qui fait l'objet du contrat demeure.

a Dans *Spencer Bower et Turner*, précités, on s'est servi des termes de lord Wright pour énoncer une proposition semblable¹⁰:

[TRADUCTION] La fin que l'on recherche par la rescision c'est la remise des parties, autant que faire se peut, en l'état qu'elles occupaient avant la convention. Cette fin, l'adage latin *restitutio in integrum* l'exprime fort bien; toutefois les tribunaux l'invoquent surtout en parlant de la remise en son état antérieur du *défendeur auteur de la déclaration*. Quoiqu'il soit en faute, et même responsable d'un dol, il ne doit pas être spolié et le demandeur, à qui la déclaration a été faite, s'enrichir injustement, comme ce serait le cas s'il recevait ce dont il s'est départi tout en conservant ce qu'il a reçu en échange. La jurisprudence donc insiste sur la remise en son état antérieur du *défendeur auteur de la déclaration*. Elle insiste beaucoup moins sur le droit du demandeur, à qui la déclaration a été faite, d'être ainsi remis en état. Mais le demandeur n'a pas besoin de la protection de la doctrine car c'est lui-même qui demande la restitution *in integrum* de par sa position, de par l'essence de sa demande de rescision. En demandant la rescision, habituellement, on le trouvera raisonnable dans le degré de restitution demandé. Car s'il est déraisonnable, il a peu de chance d'avoir gain de cause. Mais, quelle que soit sa demande, il doit au moins se déclarer prêt à replacer le *défendeur auteur de la déclaration* en son état antérieur comme condition de sa demande en rescision. Dans le chapitre suivant on verra que s'il se révèle incapable de remplir cette condition, son incapacité à le faire équivaut à une bonne défense à une action en rescision.

f Quoi qu'il en soit, la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel d'Ontario ont, d'une certaine façon, fait leur le principe du non-remboursement en cas de dol: arrêts *Venner c. Sun Life Insurance Co.*¹¹ et *Clarkson c. Canada Accident Ass'ce Co.*¹² L'arrêt *Venner* fut décidé d'après le *Code civil*. Les remarques en page 401 sont techniquement *obiter* en ce que le contrat d'assurance lui-même stipulait que la prime ne serait pas remboursable en cas de dol. L'arrêt peut probablement faire l'objet de plusieurs distinguos. Dans l'arrêt *Clarkson*, on se réfère aux affaires *Feise* et *Anderson c. Thornton*. Mais dans *Clarkson* aussi il s'agit d'un *obiter*, la déclaration inexacte ayant été faite de bonne foi.

i Néanmoins je me propose de suivre la doctrine traditionnelle: lorsqu'il y a dol dans les affaires de contrat d'assurance maritime, la prime n'a pas à être remboursée. La jurisprudence étudiée est fort ancienne. Son autorité et les motifs qui la sous-ten-

¹⁰ Para. 258 at pp. 280-281.

¹¹ (1888-90) 17 S.C.R. 394.

¹² [1932] 3 D.L.R. 188.

¹⁰ Par. 258 aux pp. 280 et 281.

¹¹ (1888-90) 17 R.C.S. 394.

¹² [1932] 3 D.L.R. 188.

heretofore been questioned. The marine industry, and the marine insurance field, have, for many years, accepted the principle. The doctrine is implicit in the Marine Insurance Acts.¹³ If the law is to be declared incorrect or changed, then that should be done, in my view, by a higher court.¹⁴

If I had felt I could direct the premium be returned, I would, however, have made a deduction for the investigating expenses paid by the underwriters. Those were expenses incurred to see whether the claims advanced by the plaintiff were, in whole or in part, proper matters for indemnity. The underwriters had the right, if they chose, to make their own investigation (see lines 96 to 109 of Ex. 1). Even if no such right had been expressed in the policy, it would be a matter of reasonable prudence to investigate the particular claims, costs of repairs and other matters, and not merely leave the insured to effect repairs, then await a claim for indemnity. The underwriters' investigation is a well-known practice in the insurance industry.

The expenses, here, are expenses which would never have been incurred, but for the action of the insured in inducing the underwriters to accept the risk. In my view they would be properly recoverable.

The same conclusion does not, to my mind, apply to the commission paid to the broker. It is not deductible. That was a matter arranged between the underwriters and the broker. The insured was not a party to that contract. The insured had no say in how little or how much the commission should be.

To summarize the result on the issues tried, the answers are as follows:

- (a) Yes
- (b) Yes
- (c) Answer not required

¹³ See, for example: *Marine Insurance Act*, 1906, 6 Edw. 7, c. 41, s. 84(1). *The Marine Insurance Act*, R.S.O. 1970, c. 260, s. 85(1), and s. 85(3)(a). *Marine Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 231, s. 86(1) and s. 86(1)(a).

¹⁴ Having now set out that whole dissertation, I suspect I, at some point, lured myself into succumbing to one of the temptations of the Bench as described by Megarry V.C.: the temptation of law. See Megarry V.C., *Temptations of the Bench* (1978) 12 U.B.C. Law Rev. 145, at 152-154.

dent n'ont pas jusqu'ici été mis en cause. Les milieux maritimes et ceux de l'assurance maritime acceptent ce principe depuis bien des années déjà. La doctrine sous-tend les lois sur l'assurance maritime.¹³ S'il faut dire que la loi est incorrecte, ou qu'il faille la changer, c'est à une juridiction supérieure, à mon avis, que cela incombe.¹⁴

Toutefois, si j'avais cru pouvoir ordonner le remboursement de la prime, j'aurais permis de déduire les dépenses pour fins d'enquête engagées par les assureurs maritimes. Il s'agissait là de dépenses engagées pour voir si les réclamations que présentait la demanderesse justifiaient, en tout ou en partie, une indemnisation. Les assureurs avaient le droit, le cas échéant, de faire enquête (cf. lignes 96 à 109 de la pièce 1). Même si aucun droit semblable n'avait été stipulé dans la police, il aurait été raisonnable et prudent de vérifier les réclamations, le coût des réparations, etc., plutôt que de laisser l'assuré faire les réparations et attendre la demande d'indemnisation. Les enquêtes des assureurs sont une pratique bien connue de ces milieux.

Les dépenses ici sont celles qui n'auraient jamais été faites, n'avait été le fait de l'assuré, lorsqu'il incita les assureurs à accepter le risque. A mon avis elles peuvent à bon droit être recouvrées.

La même conclusion ne s'applique pas, je pense, à la commission versée aux courtiers. Elle n'est pas déductible. C'était là une affaire entre les assureurs et le courtier. L'assuré n'était pas partie à ce contrat. L'assuré n'a eu rien à dire quant à son importance.

Voici le résumé des réponses aux questions litigieuses soumises:

- a) oui
- b) oui
- c) aucune réponse nécessaire

¹³ Voir par exemple la *Marine Insurance Act*, 1906, 6 Edw. 7, c. 41, art. 84(1). *The Marine Insurance Act*, S.R.O. 1970, c. 260, art. 85(1) et art. 85(3)(a). *La Marine Insurance Act*, S.R.C.-B. 1960, c. 231, art. 86(1) et art. 86(1)a).

¹⁴ Ayant fait cette longue digression je crois que j'ai, en quelque part, succombé à l'une des tentations qui, comme le dit V.C. Megarry, guettent la magistrature: la tentation du droit. Voir Megarry, V.C., *Temptations of the Bench* (1978) 12 U.B.C. Law Rev. 145, aux pp. 152 à 154.

(d) The defendants are entitled to the costs of this hearing.

I request counsel to prepare a formal judgment giving effect to these reasons and the outcome of the issues. It may be that agreement can be reached, as well, on the outcome of the action itself, including costs. If counsel cannot agree on the formal judgment, then application should be made, through the registry, for a hearing.

d) les défenderesses ont droit aux dépens de l'instance.

Les avocats prépareront un jugement formel donnant effet aux présents motifs et aux réponses aux questions litigieuses. Il se peut qu'on tombe d'accord aussi sur le résultat qu'aurait l'action, y compris sur l'allocation des dépens. Si les avocats ne peuvent s'entendre quant au jugement formel, on pourra alors, par requête au greffe, demander une audience.