

**Gordon Garland** *Appellant*

v.

**Enbridge Gas Distribution Inc.,  
previously known as Consumers' Gas  
Company Limited** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney  
General for Saskatchewan, Toronto  
Hydro-Electric System Limited, Law  
Foundation of Ontario and Union Gas  
Limited** *Intervenors*

**INDEXED AS: GARLAND v. CONSUMERS' GAS CO.**

**Neutral citation: 2004 SCC 25.**

File No.: 29052.

2003: October 9; 2004: April 22.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel,  
Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Restitution — Unjust enrichment — Late payment  
penalty — Customers of regulated gas utility claiming  
restitution for unjust enrichment arising from late pay-  
ment penalties levied by utility in excess of interest limit  
prescribed by s. 347 of Criminal Code — Whether cus-  
tomers have claim for unjust enrichment — Defences that  
can be mounted by utility to resist claim — Whether other  
ancillary orders necessary.*

The respondent gas utility, whose rates and payment policies are governed by the Ontario Energy Board (“OEB”), bills its customers on a monthly basis, and each bill includes a due date for the payment of current charges. Customers who do not pay by the due date incur a late payment penalty (“LPP”) calculated at five percent of the unpaid charges for that month. The LPP is a one-time penalty, and does not compound or increase over time. The appellant and his wife paid approximately \$75 in LPP charges between 1983 and 1995. The appellant

**Gordon Garland** *Appelant*

c.

**Enbridge Gas Distribution Inc., auparavant  
connue sous le nom de Consumers' Gas  
Company Limited** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de la Saskatchewan,  
Toronto Hydro-Electric System Limited,  
Fondation du droit de l'Ontario et Union  
Gas Limited** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : GARLAND c. CONSUMERS' GAS CO.**

**Référence neutre : 2004 CSC 25.**

N<sup>o</sup> du greffe : 29052.

2003 : 9 octobre; 2004 : 22 avril.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache,  
Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

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

*Restitution — Enrichissement sans cause — Pénalité  
pour paiement en retard — Action en restitution pour  
enrichissement sans cause intentée par les clients d'une  
entreprise de distribution de gaz réglementée à la suite  
de l'infliction, par cette dernière, de pénalités pour paie-  
ment en retard représentant un taux d'intérêt supérieur  
à la limite prescrite par l'art. 347 du Code criminel —  
L'action pour enrichissement sans cause des clients est-  
elle fondée? — Moyens de défense que l'entreprise peut  
opposer à l'action — D'autres ordonnances accessoires  
sont-elles requises?*

L'entreprise de distribution de gaz intimée, dont les tarifs et les politiques de paiement sont régis par la Commission de l'énergie de l'Ontario (« CEO »), envoie chaque mois à ses clients une facture qui fixe une date d'échéance pour le paiement du montant dû. Les clients qui n'ont pas acquitté leur facture à la date d'échéance se voient infliger une pénalité pour paiement en retard (« PPR ») qui correspond à 5 pour 100 du montant en souffrance pour le mois en question. Cette pénalité est calculée une seule fois; elle ne comporte aucun intérêt

commenced a class action seeking restitution for unjust enrichment of LPP charges received by the respondent in violation of s. 347 of the *Criminal Code*. He also sought a preservation order. In a previous appeal to this Court, it was held that charging the LPPs amounted to charging a criminal rate of interest under s. 347 and the matter was remitted back to the trial court for further consideration. As the case raised no factual dispute, the parties brought cross-motions for summary judgment. The motions judge granted the respondent's motion for summary judgment, finding that the action was a collateral attack on the OEB's orders. The Court of Appeal disagreed, but dismissed the appellant's appeal on the grounds that his unjust enrichment claim could not be made out.

*Held:* The appeal should be allowed. The respondent is ordered to repay LPPs collected from the appellant in excess of the interest limit stipulated in s. 347 of the *Code* after the action was commenced in 1994 in an amount to be determined by the trial judge.

The test for unjust enrichment has three elements: (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of juristic reason for the enrichment. The proper approach to the juristic reason analysis is in two parts. The plaintiff must show that no juristic reason from an established category exists to deny recovery. The established categories include a contract, a disposition of law, a donative intent, and other valid common law, equitable or statutory obligations. If there is no juristic reason from an established category, then the plaintiff has made out a *prima facie* case. The *prima facie* case is rebuttable, however, where the defendant can show that there is another reason to deny recovery. Courts should have regard at this point to two factors: the reasonable expectations of the parties and public policy considerations.

Here, the appellant has a claim for restitution. The respondent received the monies represented by the LPPs and had that money available for use in the carrying on of its business. The transfer of those funds constitutes a benefit to the respondent. The parties are agreed that the second prong of the test has been satisfied. With respect to the third prong, the only possible juristic reason from an established category that could justify the enrichment

composé et n'augmente pas avec le temps. Entre 1983 et 1995, l'appelant et son épouse ont versé une somme approximative de 75 \$ à titre de PPR. L'appelant a intenté un recours collectif en vue d'obtenir la restitution pour enrichissement sans cause des PPR perçues par l'intimée en contravention de l'art. 347 du *Code criminel*. Il a également sollicité une ordonnance de conservation. Dans le cadre d'un pourvoi antérieur, notre Cour a conclu que les PPR constituaient des intérêts à un taux criminel au sens de l'art. 347 et a renvoyé l'affaire devant le tribunal de première instance pour qu'il en poursuive l'examen. En l'absence de contestation des faits, les parties ont déposé des motions incidentes en vue d'obtenir un jugement sommaire. Le juge qui a examiné les motions a accueilli celle de l'intimée visant à obtenir un jugement sommaire, concluant que l'action représentait une contestation indirecte de l'ordonnance de la CEO. La Cour d'appel n'était pas du même avis, mais elle a rejeté l'appel pour le motif que l'appelant n'avait pas établi le bien-fondé de son action pour enrichissement sans cause.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli. Il est ordonné à l'intimée de rembourser à l'appelant, selon le montant fixé par le juge de première instance, les sommes qu'il a versées, après l'introduction de l'instance en 1994, pour acquitter les PPR qui représentaient un taux d'intérêt supérieur à la limite prescrite par l'art. 347 du *Code*.

Le critère applicable en matière d'enrichissement sans cause comporte trois volets : (1) l'enrichissement du défendeur, (2) l'appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement. Il convient de scinder en deux étapes l'analyse du motif juridique. Le demandeur doit démontrer qu'aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie ne justifie de refuser le recouvrement. Parmi les catégories établies, il y a le contrat, la disposition légale, l'intention libérale et les autres obligations valides imposées par la common law, l'equity ou la loi. S'il n'existe aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie, le demandeur a alors établi une preuve *prima facie*. La preuve *prima facie* est cependant réfutable si le défendeur parvient à démontrer qu'il existe un autre motif de refuser le recouvrement. Les tribunaux doivent ici tenir compte de deux facteurs : les attentes raisonnables des parties et les considérations d'intérêt public.

En l'espèce, l'appelant a droit à la restitution. L'intimée a reçu les sommes d'argent représentées par les PPR et elle pouvait utiliser cet argent pour exploiter son entreprise. Le transfert de ces fonds confère un avantage à l'intimée. Les parties conviennent que le deuxième volet du critère est respecté. Quant au troisième volet, le seul motif juridique appartenant à une catégorie établie qui pourrait justifier l'enrichissement, en l'espèce,

in this case is the existence of the OEB orders creating the LPPs under the “disposition of law” category. The OEB orders, however, do not constitute a juristic reason for the enrichment because they are inoperative to the extent of their conflict with s. 347 of the *Criminal Code*. The appellant has thus made out a *prima facie* case for unjust enrichment.

The respondent’s reliance on the orders is relevant when determining the reasonable expectations of the parties at the rebuttal stage of the juristic reason analysis even though it would not provide a defence if the respondent was charged under s. 347 of the *Code*. However, the overriding public policy consideration in this case is the fact that the LPPs were collected in contravention of the *Criminal Code*. As a matter of public policy, criminals should not be permitted to keep the proceeds of their crime. In weighing these considerations, the respondent’s reliance on the inoperative OEB orders from 1981-1994, prior to the commencement of this action, provides a juristic reason for the enrichment. After the action was commenced and the respondent was put on notice that there was a serious possibility its LPPs violated the *Criminal Code*, it was no longer reasonable to rely on the OEB rate orders to authorize the LPPs. Given that conclusion, it is only necessary to consider the respondent’s defences for the period after 1994.

The respondent cannot avail itself of any defence. The change of position defence is not available to a defendant who is a wrongdoer. Since the respondent in this case was enriched by its own criminal misconduct, it should not be permitted to avail itself of the defence. Section 18 (now s. 25) of the *Ontario Energy Board Act* should be read down so as to exclude protection from civil liability damage arising out of *Criminal Code* violations. As a result, the defence does not apply in this case and it is not necessary to consider the constitutionality of the section.

This action does not constitute an impermissible collateral attack on the OEB’s orders. The OEB does not have exclusive jurisdiction over this dispute, which is a private law matter under the competence of civil courts, nor does it have jurisdiction to order the remedy sought by the appellant. Moreover, the specific object of the action is not to invalidate or render inoperative the OEB’s orders, but rather to recover money that was illegally

est l’existence des ordonnances de la CEO établissant la PPR, qui relèvent de la catégorie des « dispositions légales ». Toutefois, les ordonnances de la CEO ne constituent pas un motif juridique justifiant l’enrichissement étant donné qu’elles sont inopérantes dans la mesure où elles sont incompatibles avec l’art. 347 du *Code criminel*. L’appelant a donc établi une preuve *prima facie* de l’enrichissement sans cause.

À l’étape de l’analyse du motif juridique consistant à réfuter la preuve *prima facie*, le fait que l’intimée se soit fondée sur les ordonnances est pertinent pour déterminer les attentes raisonnables des parties, mais l’intimée ne pourrait pas pour autant invoquer ce fait comme moyen de défense si elle était accusée en vertu de l’art. 347 du *Code*. Toutefois, la considération d’intérêt public dominante en l’espèce est le fait que les PPR ont été perçues en contravention du *Code criminel*. Pour des raisons d’intérêt public, un criminel ne doit pas être autorisé à conserver le produit de son crime. L’examen de ces considérations permet de conclure que le fait qu’à partir de 1981 jusqu’en 1994, avant l’introduction de la présente action, l’intimée se soit fondée sur les ordonnances inopérantes de la CEO est un motif juridique qui justifie l’enrichissement. Après que l’action eut été intentée et qu’elle eut été informée de la possibilité sérieuse que les PPR contreviennent au *Code criminel*, l’intimée ne pouvait plus raisonnablement se fonder sur les ordonnances tarifaires de la CEO pour justifier les PPR. Compte tenu de cette conclusion, il n’est nécessaire d’examiner les moyens de défense qu’à l’égard de la période postérieure à 1994.

L’intimée ne peut invoquer aucun moyen de défense. Un défendeur fautif ne peut pas invoquer le moyen de défense fondé sur le changement de situation. L’intimée ne peut pas invoquer ce moyen de défense en l’espèce étant donné qu’elle s’est enrichie grâce à sa propre conduite criminelle. Il faut donner à l’art. 18 (maintenant l’art. 25) de la *Loi sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* une interprétation atténuée selon laquelle il n’offre aucune protection contre les actions en responsabilité civile découlant d’une infraction au *Code criminel*. En conséquence, le moyen de défense ne peut pas être invoqué en l’espèce et il n’est pas nécessaire d’examiner la constitutionnalité de la disposition qui le prévoit.

La présente action ne constitue pas une contestation indirecte inacceptable de l’ordonnance de la CEO. La CEO n’a pas compétence exclusive à l’égard du présent litige, qui porte sur une question de droit privé relevant de la compétence des tribunaux civils, et elle n’a pas non plus le pouvoir d’ordonner la réparation sollicitée par l’appelant. En outre, l’action a pour objet précis non pas d’invalider ou de rendre inopérantes les ordonnances

collected by the respondent as a result of OEB orders. In order for the regulated industries defence to be available to the respondent, Parliament needed to have indicated, either expressly or by necessary implication, that s. 347 of the *Code* granted leeway to those acting pursuant to a valid provincial regulatory scheme. Section 347 does not contain any such indication.

The *de facto* doctrine does not apply in this case because it only attaches to government and its officials in order to protect and maintain the rule of law and the authority of government. An extension of the doctrine to a private corporation regulated by a government authority is not supported by the case law and does not further the doctrine's underlying purpose.

A preservation order is not appropriate in this case. The respondent has ceased to collect the LPPs at a criminal rate, so there would be no future LPPs to which a preservation order could attach. Even with respect to the LPPs paid between 1994 and the present, a preservation order should not be granted because it would serve no practical purpose, because the appellant has not satisfied the criteria in the Ontario *Rules of Civil Procedure*, and because *Amax* can be distinguished from this case. A declaration that the LPPs need not be paid would similarly serve no practical purpose and should not be made.

### Cases Cited

**Applied:** *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; **explained:** *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; **referred to:** *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112; *Sprint Canada Inc. v. Bell Canada* (1997), 79 C.P.R. (3d) 31; *Ontario Hydro v. Kelly* (1998), 39 O.R. (3d) 107; *Mahar v. Rogers Cablesystems Ltd.* (1995), 25 O.R. (3d) 690; *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275; *Sharwood & Co. v. Municipal Financial Corp.* (2001), 53 O.R. (3d) 470; *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147; *RBC Dominion Securities Inc. v. Dawson* (1994), 111 D.L.R. (4th) 230; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, [2004] 1 S.C.R. 249,

de la CEO, mais plutôt de recouvrer les sommes que l'intimée a perçues illégalement à la suite de ces ordonnances. Pour que l'intimée puisse invoquer le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité, il aurait fallu que le législateur indique, soit expressément ou par déduction nécessaire, que l'art. 347 du *Code* accorde la liberté de le faire à ceux qui agissent conformément à un régime de réglementation provinciale valide. L'article 347 ne contient aucune indication de cette nature.

Le principe de la validité *de facto* est inapplicable en l'espèce étant donné qu'il s'applique au gouvernement et à ses fonctionnaires afin de protéger et de maintenir la primauté du droit et l'autorité du gouvernement. L'application du principe à une société privée réglementée par un organisme gouvernemental n'est pas étayée par la jurisprudence et ne favorise pas la réalisation de son objet fondamental.

Il ne convient pas de prononcer une ordonnance de conservation en l'espèce. L'intimée ne perçoit plus des PPR à un taux criminel, de sorte qu'une ordonnance de conservation ne pourrait s'appliquer à aucune autre PPR versée par la suite. Même en ce qui concerne les PPR versées depuis 1994, auxquelles elle pourrait s'appliquer, il n'y a pas lieu de prononcer une ordonnance de conservation du fait que cette ordonnance ne serait d'aucune utilité, que l'appelant n'a pas satisfait aux critères énoncés dans les *Règles de procédure civile* de l'Ontario et que l'affaire *Amax* peut être distinguée de la présente affaire. Un jugement déclarant qu'il n'est pas nécessaire de payer les PPR ne serait d'aucune utilité et il n'y a pas lieu de le rendre.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; **arrêts interprétés :** *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; **arrêts mentionnés :** *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112; *Sprint Canada Inc. c. Bell Canada* (1997), 79 C.P.R. (3d) 31; *Ontario Hydro c. Kelly* (1998), 39 O.R. (3d) 107; *Mahar c. Rogers Cablesystems Ltd.* (1995), 25 O.R. (3d) 690; *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275; *Sharwood & Co. c. Municipal Financial Corp.* (2001), 53 O.R. (3d) 470; *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147; *RBC Dominion Securities Inc. c. Dawson* (1994), 111 D.L.R. (4th) 230; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Mack c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Transport North American Express Inc. c. New*

2004 SCC 7; *Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 742, 2002 SCC 22; *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 512; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1493, 1494.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(19), (27), 92(13).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 15, 347.  
*Municipal Franchises Act*, R.S.O. 1990, c. M.55.  
*Ontario Energy Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.13, s. 18.  
*Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, s. 25.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 45.02.

### Authors Cited

Constantineau, Albert. *A Treatise on the De Facto Doctrine*. Toronto: Canada Law Book, 1910.  
 Fridman, Gerald Henry Louis. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.  
 Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.  
 Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2000.  
 Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.  
 McInnes, Mitchell. "Unjust Enrichment — Restitution — Absence of Juristic Reason: *Campbell v. Campbell*" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 459.  
 Smith, Lionel. "The Mystery of 'Juristic Reason'" (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211.  
 Ziegel, Jacob S. "Criminal Usury, Class Actions and Unjust Enrichment in Canada" (2002), 18 *J. Cont. L.* 121.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 57 O.R. (3d) 127, 208 D.L.R. (4th) 494, 152 O.A.C. 244, 19 B.L.R. (3d) 10, [2001] O.J. No. 4651 (QL), affirming a decision of the Superior Court of Justice (2000), 185

*Solutions Financial Corp.*, [2004] 1 R.C.S. 249, 2004 CSC 7; *Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22; *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 512; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1493, 1494.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 15, 347.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(19), (27), 92(13).  
*Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.O. 1998, ch. 15, ann. B, art. 25.  
*Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.13, art. 18.  
*Loi sur les concessions municipales*, L.R.O. 1990, ch. M.55.  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194, règle 45.02.

### Doctrine citée

Constantineau, Albert. *A Treatise on the De Facto Doctrine*. Toronto : Canada Law Book, 1910.  
 Fridman, Gerald Henry Louis. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.  
 Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 6th ed. London : Sweet & Maxwell, 2002.  
 Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2000.  
 Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1990.  
 McInnes, Mitchell. « Unjust Enrichment — Restitution — Absence of Juristic Reason : *Campbell v. Campbell* » (2000), 79 *R. du B. can.* 459.  
 Smith, Lionel. « The Mystery of "Juristic Reason" » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211.  
 Ziegel, Jacob S. « Criminal Usury, Class Actions and Unjust Enrichment in Canada » (2002), 18 *J. Cont. L.* 121.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 57 O.R. (3d) 127, 208 D.L.R. (4th) 494, 152 O.A.C. 244, 19 B.L.R. (3d) 10, [2001] O.J. No. 4651 (QL), confirmant une décision de la Cour supérieure de justice (2000), 185

D.L.R. (4th) 536, [2000] O.J. No. 1354 (QL).  
Appeal allowed.

*Michael McGowan, Barbara L. Grossman, Dorothy Fong and Christopher D. Woodbury*, for the appellant.

*Fred D. Cass, John D. McCamus and John J. Longo*, for the respondent.

*Christopher M. Rupar*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Thomson Irvine*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Alan H. Mark and Kelly L. Friedman*, for the intervener Toronto Hydro-Electric System Limited.

*Mark M. Orkin, Q.C.*, for the intervener the Law Foundation of Ontario.

*Patricia D. S. Jackson and M. Paul Michell*, for the intervener Union Gas Limited.

The judgment of the Court was delivered by

1

IACOBUCCI J. — At issue in this appeal is a claim by customers of a regulated utility for restitution for unjust enrichment arising from late payment penalties levied by the utility in excess of the interest limit prescribed by s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. More specifically, the issues raised include the necessary ingredients to a claim for unjust enrichment, the defences that can be mounted to resist the claim, and whether other ancillary orders are necessary.

2

For the reasons that follow, I am of the view to uphold the appellant's claim for unjust enrichment and therefore would allow the appeal.

### I. Facts

3

The respondent Consumers' Gas Company Limited, now known as Enbridge Gas Distribution

D.L.R. (4th) 536, [2000] O.J. No. 1354 (QL).  
Pourvoi accueilli.

*Michael McGowan, Barbara L. Grossman, Dorothy Fong et Christopher D. Woodbury*, pour l'appelant.

*Fred D. Cass, John D. McCamus et John J. Longo*, pour l'intimée.

*Christopher M. Rupar*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Thomson Irvine*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Alan H. Mark et Kelly L. Friedman*, pour l'intervenante Toronto Hydro-Electric System Limited.

*Mark M. Orkin, c.r.*, pour l'intervenante la Fondation du droit de l'Ontario.

*Patricia D. S. Jackson et M. Paul Michell*, pour l'intervenante Union Gas Limited.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi concerne une action en restitution pour enrichissement sans cause que les clients d'une entreprise de services publics réglementée ont intentée à la suite de l'infliction, par cette dernière, de pénalités pour paiement en retard représentant un taux d'intérêt supérieur à la limite prescrite par l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il s'agit plus précisément de déterminer à quelles conditions peut être intentée une action pour enrichissement sans cause, quels moyens de défense peuvent être opposés à une telle action et si d'autres ordonnances accessoires sont requises.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de confirmer la validité de l'action pour enrichissement sans cause intentée par l'appelant et, par conséquent, d'accueillir le pourvoi.

### I. Les faits

L'intimée Consumers' Gas Company Limited, maintenant connue sous le nom d'Enbridge Gas

Inc., is a regulated utility which provides natural gas to commercial and residential customers throughout Ontario. Its rates and payment policies are governed by the Ontario Energy Board (“OEB” or “Board”) pursuant to the *Ontario Energy Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.13 (“*OEBA*”), and the *Municipal Franchises Act*, R.S.O. 1990, c. M.55. The respondent cannot sell gas or charge for gas-related services except in accordance with rate orders issued by the Board.

Consumers’ Gas bills its customers on a monthly basis, and each bill includes a due date for the payment of current charges. Customers who do not pay by the due date incur a late payment penalty (“LPP”) calculated at five percent of the unpaid charges for that month. The LPP is a one-time penalty, and does not compound or increase over time.

The LPP was implemented in 1975 following a series of rate hearings conducted by the OEB. In granting Consumers’ Gas’s application to impose the penalty, the Board noted that the primary purpose of the LPP is to encourage customers to pay their bills promptly, thereby reducing the cost to Consumers’ Gas of carrying accounts receivable. The Board also held that such costs, along with any special collection costs arising from late payments, should be borne by the customers who cause them to be incurred, rather than by the customer base as a whole. In approving a flat penalty of five percent, the OEB rejected the alternative course of imposing a daily interest charge on overdue accounts. The Board reasoned that an interest charge would not provide sufficient incentive to pay by a named date, would give little weight to collection costs, and might seem overly complicated. The Board recognized that if a bill is paid very soon after the due date, the penalty would, if calculated as an interest charge, be a very high rate of interest. However, it noted that customers could avoid such a charge by paying their bills on time, and that, in any event, in the case of the average

Distribution Inc., est une entreprise de services publics réglementée qui fournit du gaz naturel à des clients résidentiels et commerciaux partout en Ontario. Ses tarifs et ses politiques de paiement sont régis par la Commission de l’énergie de l’Ontario (« CEO » ou « Commission ») conformément à la *Loi sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.13 (« *LCEO* »), et à la *Loi sur les concessions municipales*, L.R.O. 1990, ch. M.55. L’intimée ne peut vendre du gaz ou facturer des services connexes que conformément aux ordonnances tarifaires de la Commission.

Chaque mois, les clients de Consumers’ Gas reçoivent une facture qui fixe une date d’échéance pour le paiement du montant dû. Les clients qui n’ont pas acquitté leur facture à la date d’échéance se voient infliger une pénalité pour paiement en retard (« PPR ») qui correspond à 5 pour 100 du montant en souffrance pour le mois en question. Cette pénalité est calculée une seule fois; elle ne comporte aucun intérêt composé et n’augmente pas avec le temps.

La PPR a été établie en 1975 à la suite d’une série d’audiences tarifaires de la CEO. En accédant à la demande de Consumers’ Gas visant l’infliction de la PPR, la Commission a fait remarquer que cette pénalité a pour objet premier d’inciter les clients à acquitter leurs factures sans tarder, de manière à réduire les frais qu’entraîne pour Consumers’ Gas le report des comptes clients. La Commission a aussi conclu que ces frais, ainsi que les frais de recouvrement spéciaux résultant des paiements en retard, devaient être supportés par les clients qui en sont à l’origine plutôt que par l’ensemble de la clientèle. En approuvant une pénalité uniforme de 5 pour 100, la CEO a rejeté la solution de rechange consistant à percevoir des frais d’intérêt quotidiens sur les comptes en souffrance. La Commission a estimé que la perception de frais d’intérêt ne suffirait pas pour inciter les gens à payer au plus tard à une date déterminée, accorderait peu d’importance aux frais de recouvrement et pourrait sembler trop compliquée. La Commission a reconnu que, dans le cas d’une facture acquittée rapidement après la date d’échéance, la pénalité, calculée sous forme de frais d’intérêt, représenterait un taux d’intérêt très

4

5

bill the dollar amount of the penalty would not be very large.

6 The appellant Gordon Garland is a resident of Ontario and has been a Consumers' Gas customer since 1983. He and his wife paid approximately \$75 in LPP charges between 1983 and 1995. In a class action on behalf of over 500,000 Consumers' Gas customers, Garland asserted that the LPPs violate s. 347 of the *Criminal Code*. That case also reached the Supreme Court of Canada, which held that charging the LPPs amounted to charging a criminal rate of interest under s. 347 and remitted the matter back to the trial court for further consideration (*Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112 (“*Garland No. 1*”). Both parties have now brought cross-motions for summary judgment.

7 The appellant now seeks restitution for unjust enrichment of LPP charges received by the respondent in violation of s. 347 of the *Code*. He also seeks a preservation order requiring Consumers' Gas to hold LPPs paid during the pendency of the litigation subject to possible repayment.

8 The motions judge granted the respondent's motion for summary judgment, finding that the action was a collateral attack on the OEB order. He dismissed the application for a preservation order. A majority of the Court of Appeal disagreed with the motions judge's reasons, but dismissed the appeal on the grounds that the appellant's unjust enrichment claim could not be made out.

## II. Relevant Statutory Provisions

9 *Ontario Energy Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.13

18. An order of the Board is a good and sufficient defence to any proceeding brought or taken against any

élevé. Elle a toutefois fait observer que les clients pourraient éviter ces frais en payant leurs factures à temps et que, de toute façon, le montant de la pénalité ne serait pas très élevé dans le cas d'une facture moyenne.

L'appelant Gordon Garland réside en Ontario et est un client de Consumers' Gas depuis 1983. Entre 1983 et 1995, son épouse et lui ont versé une somme approximative de 75 \$ à titre de PPR. Dans un recours collectif intenté au nom de plus de 500 000 clients de Consumers' Gas, Garland a affirmé que les PPR contreviennent à l'art. 347 du *Code criminel*. Cette affaire a également été soumise à la Cour suprême du Canada, qui a conclu que les PPR constituaient des intérêts à un taux criminel au sens de l'art. 347 et a renvoyé l'affaire devant le tribunal de première instance pour qu'il en poursuive l'examen (*Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112 (« *Garland n° 1* »)). Chacune des parties a déposé une motion incidente en vue d'obtenir un jugement sommaire.

L'appelant demande maintenant la restitution pour enrichissement sans cause des PPR perçues par l'intimée en contravention de l'art. 347 du *Code*. Il sollicite également une ordonnance de conservation enjoignant à Consumers' Gas de conserver, en vue d'un éventuel remboursement, les PPR perçues pendant l'instance.

Le juge qui a examiné les motions a accueilli celle de l'intimée visant à obtenir un jugement sommaire, concluant que l'action représentait une contestation indirecte de l'ordonnance de la CEO. Il a rejeté la demande d'ordonnance de conservation. La Cour d'appel, à la majorité, n'a pas souscrit aux motifs du juge des motions, mais elle a rejeté l'appel pour le motif que l'appelant n'avait pas établi le bien-fondé de son action pour enrichissement sans cause.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.13

18 Une ordonnance de la Commission constitue un moyen de défense valable à l'encontre de toute instance



person in so far as the act or omission that is the subject of the proceeding is in accordance with the order.

*Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B*

**25.** An order of the Board is a good and sufficient defence to any proceeding brought or taken against any person in so far as the act or omission that is the subject of the proceeding is in accordance with the order.

*Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46*

**15.** No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission in obedience to the laws for the time being made and enforced by persons in *de facto* possession of the sovereign power in and over the place where the act or omission occurs.

**347.** (1) Notwithstanding any Act of Parliament, every one who

(a) enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, or

(b) receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate,

is guilty of

(c) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years, or

(d) an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.

### III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2000), 185 D.L.R. (4th) 536

As this case raised no factual disputes, all parties agreed that summary judgment was the proper procedure on the motion. Winkler J. found that the appellant's claim could not succeed in law and that there was no serious issue to be tried. In so finding, he held that the "regulated industries defence" was not a complete defence to the claim. On his reading of the relevant case law, the dominant consideration was whether the express statutory

dans la mesure où l'acte ou l'omission qui fait l'objet de l'instance est conforme à l'ordonnance.

*Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, ch. 15, ann. B*

**25.** Une ordonnance de la Commission constitue un moyen de défense valable à toute instance introduite contre qui que ce soit dans la mesure où l'acte ou l'omission qui en fait l'objet y est conforme.

*Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46*

**15.** Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission en exécution des lois alors édictées et appliquées par les personnes possédant *de facto* le pouvoir souverain dans et sur le lieu où se produit l'acte ou l'omission.

**347.** (1) Nonobstant toute autre loi fédérale, quiconque, selon le cas :

a) conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel;

b) perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel,

est coupable :

c) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

d) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'une amende maximale de vingt-cinq mille dollars et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines.

### III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2000), 185 D.L.R. (4th) 536

En l'absence de contestation des faits, toutes les parties ont convenu de l'opportunité de procéder par voie de jugement sommaire. Le juge Winkler a conclu que l'action de l'appelant était non fondée en droit et qu'il n'y avait aucune question sérieuse à juger. En tirant cette conclusion, il a estimé que le « moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité » n'était pas suffisant pour contrer l'action. Selon son interprétation de la jurisprudence

language afforded a degree of flexibility to provincial regulators. Section 347 affords no such flexibility, so the defence is not available.

11 Nor, in Winkler J.'s view, did s. 15 of the *Criminal Code* act as a defence. Section 15 was a provision of very limited application, originally enacted to ensure that persons serving the Monarch *de facto* could not be tried for treason for remaining faithful to the unsuccessful claimant to the throne. While it could have a more contemporary application, it was limited on its face to actions or omissions occurring pursuant to the authority of a sovereign power. As the OEB was not a sovereign power, it did not apply.

12 Winkler J. found that the proposed action was a collateral attack on the OEB's orders. The *OEB* indicated repeatedly that the OEB has exclusive control over matters within its jurisdiction. In addition, interested parties were welcome to participate in OEB hearings, and OEB orders were reviewable. The appellant did not avail himself of any of these opportunities, choosing instead to challenge the validity of the OEB orders in the courts. Winkler J. found that, unless attacked directly, OEB orders are valid and binding upon the respondent and its consumers. The OEB was not a party to the instant proceeding and its orders were not before the court. Winkler J. noted that the setting of rates is a balancing exercise, with LPPs being one factor under consideration. Applying *Sprint Canada Inc. v. Bell Canada* (1997), 79 C.P.R. (3d) 31 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *Ontario Hydro v. Kelly* (1998), 39 O.R. (3d) 107 (Gen. Div.), and *Mahar v. Rogers Cablesystems Ltd.* (1995), 25 O.R. (3d) 690 (Gen. Div.), Winkler J. found that the instant action, although framed as a private dispute between two contractual parties, was in reality an impermissible collateral attack on the validity of OEB orders. It would be inappropriate for the court to determine matters that fall squarely within the OEB's jurisdiction. Moreover, this Court's decision in *Garland No. 1* with respect

pertinente, il s'agissait principalement de savoir si la loi confère expressément une certaine souplesse à l'organisme de réglementation provincial. L'article 347 ne confère pas cette souplesse, de sorte que ce moyen de défense ne peut pas être invoqué.

Selon le juge Winkler, l'art. 15 du *Code criminel* ne pouvait pas non plus être invoqué en défense. Cette disposition d'application très limitée visait, au départ, à soustraire les personnes servant le monarque *de facto* aux poursuites pour trahison découlant de leur fidélité à la personne ayant prétendu sans succès au trône. En dépit de la possibilité de l'appliquer d'une manière plus contemporaine, l'article était à première vue limité aux actes ou omissions autorisés par une personne ou entité possédant un pouvoir souverain. L'article ne s'appliquait pas du fait que la CEO ne possédait pas un pouvoir souverain.

Le juge Winkler a estimé que l'action projetée était une contestation indirecte des ordonnances de la CEO. La *LCEO* précisait, à maintes reprises, que la CEO a le contrôle exclusif des questions relevant de sa compétence. En outre, les parties intéressées étaient libres de participer aux audiences de la CEO, dont les ordonnances pouvaient faire l'objet d'un contrôle judiciaire. L'appelant a laissé passer toutes ces occasions, préférant contester devant les tribunaux la validité des ordonnances de la CEO. Le juge Winkler a conclu qu'à moins d'être contestées directement les ordonnances de la CEO sont valides et lient l'intimée et ses clients. La CEO n'était pas une partie aux procédures devant le tribunal et ses ordonnances n'étaient pas en cause. Le juge Winkler a fait remarquer que la tarification est un exercice de pondération dans le cadre duquel la PPR est l'un des facteurs à considérer. Appliquant les décisions *Sprint Canada Inc. c. Bell Canada* (1997), 79 C.P.R. (3d) 31 (C. Ont. (Div. gén.)), *Ontario Hydro c. Kelly* (1998), 39 O.R. (3d) 107 (Div. gén.), et *Mahar c. Rogers Cablesystems Ltd.* (1995), 25 O.R. (3d) 690 (Div. gén.), le juge Winkler a estimé que, bien qu'elle ait été intentée sous forme de litige privé entre deux parties contractantes, l'action dont il était saisi était, en réalité, une contestation indirecte inacceptable de la

to s. 347 provided the OEB with ample legal guidance to deal with the matter.

In case he was incorrect in that finding, Winkler J. went on to find that s. 18 of the *OEBA* provided a complete defence to the proposed action. He held that s. 18 was constitutionally valid because it did not interfere with Parliament's jurisdiction over interest and the criminal law, or, to the extent that it did, the interference was incidental. Although the respondent did not strictly comply with the OEB order in that it waived LPPs for some customers, this did not preclude the respondent from relying on s. 18.

In case that finding was also mistaken, Winkler J. went on to consider whether the appellant's claim for restitution was valid. The parties had conceded that the appellant had suffered a deprivation, and Winkler J. was satisfied that the respondent had received a benefit. However, he found that the OEB's rate order constituted a valid juristic reason for the respondent's enrichment.

Having reached those conclusions, Winkler J. declined to make a preservation order, as requested by the appellant, allowed the respondent's motion for summary judgment and dismissed the appellant's action. By endorsement, he ordered costs against the appellant.

B. *Ontario Court of Appeal* (2001), 208 D.L.R. (4th) 494

McMurtry C.J.O., for the majority, found that Winkler J. was incorrect in finding that there had been an impermissible collateral attack on a decision of the OEB because the appellant was not challenging the merits or legality of the OEB order or attempting to raise a matter already dealt with by the OEB. Rather, the proposed class action was based on the principles of unjust enrichment and raised issues over which the OEB had no

validité des ordonnances de la CEO. Il ne convenait pas que le tribunal tranche des questions qui relèvent directement de la compétence de la CEO. De plus, l'arrêt *Garland n° 1* de notre Cour relatif à l'art. 347 fournissait à la CEO suffisamment de repères juridiques pour régler la question.

Au cas où il aurait tort de tirer cette conclusion, le juge Winkler a ajouté que l'art. 18 de la *LCEO* constituait un moyen de défense suffisant pour contrer l'action projetée. Selon lui, l'art. 18 était constitutionnel parce qu'il n'empiétait pas sur la compétence fédérale en matière d'intérêts et de droit criminel, ou que tout empiètement qu'il pouvait avoir sur celle-ci était incident. Bien qu'elle ne se soit pas strictement conformée à l'ordonnance de la CEO en renonçant à infliger à certains clients des PPR, cela n'empêchait pas l'intimée d'invoquer l'art. 18.

Au cas où cette conclusion serait également erronée, le juge Winkler s'est ensuite demandé si l'action en restitution de l'appelant était valide. Les parties avaient reconnu que l'appelant avait subi un appauvrissement, et le juge Winkler était persuadé que l'intimée avait tiré un avantage. Il a toutefois conclu que l'ordonnance tarifaire de la CEO était un motif juridique justifiant l'enrichissement de l'intimée.

Après avoir tiré ces conclusions, le juge Winkler a refusé de prononcer l'ordonnance de conservation sollicitée par l'appelant, a accueilli la motion de l'intimée visant à obtenir un jugement sommaire et a rejeté l'action de l'appelant, en plus de le condamner aux dépens dans un jugement manuscrit.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 208 D.L.R. (4th) 494

Le juge en chef McMurtry a statué, au nom des juges majoritaires, que le juge Winkler avait eu tort de conclure qu'il y avait eu contestation indirecte inacceptable d'une décision de la CEO, du fait que l'appelant ne contestait ni le bien-fondé ni la légalité de l'ordonnance de la CEO, ou ne tentait pas de soulever une question déjà tranchée par la CEO. Au contraire, le recours collectif projeté était fondé sur les principes de l'enrichissement sans cause et

13

14

15

16

jurisdiction. As such, the courts had jurisdiction over the proposed class action.

17     McMurtry C.J.O. further found that s. 25 of the 1998 *OEBA* (the equivalent provision to s. 18 of the 1990 *OEBA*) did not provide grounds to dismiss the appellant's action. He did not agree that the respondent's failure to comply strictly with the OEB orders made s. 25 inapplicable. Instead, he found that while s. 25 provides a defence to any proceedings in so far as the act or omission at issue is in accordance with the OEB order, legislative provisions restricting citizen's rights of action attract strict construction (*Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275). The legislature could not reasonably be believed to have contemplated that an OEB order could mandate criminal conduct, and even wording as broad as that found in s. 25 could not provide a defence to an action for restitution arising from an OEB order authorizing criminal conduct. He noted that this decision was based on the principles of statutory interpretation, not on the federal paramountcy doctrine.

18     Section 15 of the *Criminal Code* did not provide the respondent with a defence, either. It was of limited application and is largely irrelevant in modern times. As for the "regulated industries defence", it did not apply because the case law did not indicate that a company operating in a regulatory industry could act directly contrary to the *Criminal Code*.

19     Nonetheless, McMurtry C.J.O. held that the appellant's unjust enrichment claim could not be made out. It had been conceded that the appellant suffered a deprivation, but McMurtry C.J.O. held that the appellant failed to establish the other two elements of the claim for unjust enrichment. While payment of money will normally be a benefit, McMurtry C.J.O. found that the payment of the late penalties in this case did not confer a benefit on the

soulevait des questions échappant à la compétence de la CEO. Par conséquent, les tribunaux étaient compétents pour entendre l'affaire.

Le juge en chef McMurtry a ajouté que l'art. 25 de la *LCEO* de 1998 (qui correspond à l'art. 18 de la *LCEO* de 1990) ne justifiait pas le rejet de l'action de l'appelant. Il n'était pas d'accord pour dire que l'art. 25 était inapplicable en raison de l'omission de l'intimée de se conformer strictement aux ordonnances de la CEO. Il estimait plutôt que, même si l'art. 25 peut être invoqué comme moyen de défense à l'encontre de toute instance dans la mesure où l'action ou l'omission en cause est conforme à l'ordonnance de la CEO, les dispositions législatives qui restreignent les droits d'action des citoyens doivent être interprétées d'une manière restrictive (*Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275). Il n'était pas raisonnable de croire que le législateur avait prévu qu'une ordonnance de la CEO pourrait commander une conduite criminelle, et même un libellé aussi général que celui de l'art. 25 ne pouvait pas servir de moyen de défense à l'encontre d'une action en restitution résultant d'une ordonnance de la CEO autorisant une conduite criminelle. Il a fait remarquer que cette décision était fondée sur les principes d'interprétation des lois et non sur la règle de la prépondérance fédérale.

L'intimée ne pouvait pas non plus invoquer comme moyen de défense l'art. 15 du *Code criminel*. Cette disposition d'application limitée est généralement dépourvue de pertinence de nos jours. Quant au « moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité », il était inopposable du fait que la jurisprudence n'indiquait pas qu'une société dont les activités étaient réglementées pouvait enfreindre directement le *Code criminel*.

Le juge en chef McMurtry a néanmoins décidé que l'appelant n'avait pas réussi à établir le bien-fondé de son action pour enrichissement sans cause. Les parties avaient reconnu que l'appelant avait subi un appauvrissement, mais le juge en chef McMurtry a considéré que celui-ci n'avait pas démontré l'existence des deux autres conditions nécessaires pour pouvoir intenter une action pour enrichissement sans cause. Bien que le versement d'une somme d'argent

respondent. Taking the “straightforward economic approach” to the first two elements of unjust enrichment, as recommended in *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, McMurtry C.J.O. noted that the OEB sets rates with a view to meeting the respondent’s overall revenue requirements. If the revenue available from LPPs had been set lower, the other rates would have been set higher. Therefore, the receipt of the LPPs was not an enrichment capable of giving rise to a restitutionary claim.

In case that conclusion was wrong, McMurtry C.J.O. went on to find that there was a juristic reason for any presumed enrichment. Under this aspect of the test, moral and policy questions were open for consideration, and it was necessary to consider what was fair to both the plaintiff and the defendant. It was therefore necessary to consider the statutory regime within which the respondent operated. McMurtry C.J.O. noted that the respondent was required by statute to apply the LPPs; it had been ordered to collect them and they were taken into account when the OEB made its rate orders. He found that it would be contrary to the equities in this case to require the respondent to repay all the LPP charges collected since 1981. Such an order would affect all of the respondent’s customers, including the vast majority who consistently pay on time.

The appellant argued that a preservation order was required even if his arguments on restitution were not successful because he could still be successful in arguing that the respondent could not enforce payment of the late penalties. As he had found no basis for ordering restitution, McMurtry C.J.O. saw no reason to make a preservation order. Moreover, the order requested would serve no practical purpose because it gave the respondent the right to spend the monies at stake. He dismissed the appeal and the appellant’s action. In so doing, he agreed with the motions judge that the appellant’s

représente normalement un avantage, le juge en chef McMurtry a conclu qu’en l’espèce les pénalités pour paiement en retard n’avaient conféré aucun avantage à l’intimée. Appliquant aux deux premiers éléments de l’enrichissement sans cause la méthode de l’« analyse économique simple » recommandée dans l’arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, le juge en chef McMurtry a souligné que les tarifs fixés par la CEO ont pour objet de permettre à l’intimée de subvenir à ses besoins globaux en matière de revenus. Une baisse des revenus susceptibles d’être tirés des PPR aurait entraîné une majoration des autres tarifs. Par conséquent, la perception des PPR ne constituait pas un enrichissement donnant ouverture à une action en restitution.

Au cas où cette conclusion serait erronée, le juge en chef McMurtry a ajouté qu’un motif juridique justifiait quelque présumé enrichissement. Dans l’examen de cet aspect du critère, des questions de morale et de politique générale pouvaient être prises en considération et il était nécessaire de déterminer ce qui était juste à la fois pour le demandeur et pour le défendeur. Il était donc nécessaire d’examiner le régime législatif auquel l’intimée était assujettie. Le juge en chef McMurtry a fait observer que l’intimée était légalement tenue d’infliger des PPR; la perception des PPR était obligatoire et la CEO en avait tenu compte dans ses ordonnances tarifaires. Il estimait qu’en l’espèce il serait contraire aux principes d’équité d’obliger l’intimée à rembourser toutes les PPR qu’elle avait perçues depuis 1981. Une telle ordonnance aurait une incidence sur tous les clients de l’intimée, y compris la vaste majorité de ceux qui paient toujours à temps.

L’appelant a soutenu que, même si son argumentation concernant la restitution était rejetée, une ordonnance de conservation était nécessaire étant donné qu’il était toujours possible que sa prétention que l’intimée ne pouvait pas exiger le paiement des PPR soit retenue. Étant donné qu’il avait conclu que rien ne justifiait d’ordonner la restitution, le juge en chef McMurtry ne voyait pas l’utilité de prononcer une ordonnance de conservation. De plus, l’ordonnance sollicitée n’aurait été d’aucune utilité vu qu’elle aurait donné à l’intimée le droit de dépenser les sommes en cause. Il a rejeté l’appel et l’action de

20

21

claims for declaratory and injunctive relief should not be granted.

22

As to costs, McMurtry C.J.O. found that there were several considerations that warranted overturning the order that the appellant pay the respondent's costs. First, the order required him to pay the costs of his successful appeal to the Supreme Court of Canada. Second, even though the respondent was ultimately successful, it failed on two of the defences it raised at the motions stage and three of the defences it raised at the Court of Appeal. Third, the proceedings raised novel issues. McMurtry C.J.O. found that each party should bear its own costs.

23

Borins J.A., writing in dissent, was of the opinion that the appeal should be allowed. He agreed with most of McMurtry C.J.O.'s reasons, but found that the plaintiff class was entitled to restitution. In his opinion, the motions judge's finding that the LPPs had enriched the respondent by causing it to have more money than it had before was supported by the evidence and the authorities. Absent material error, he held, it was not properly reviewable.

24

However, Borins J.A. found that the motions judge had erred in law in finding that there was a juristic reason for the enrichment. The motions judge had failed to consider the effect of the Supreme Court of Canada decision that the charges amount to interests at a criminal rate and that s. 347 of the *Criminal Code* prohibits the receipt of such interest. As a result of this decision, Borins J.A. felt that the rate orders ceased to have any legal effect and could not provide a juristic reason for the enrichment. A finding that the rate orders constituted a juristic reason for contravening s. 347 also allowed orders of a provincial regulatory authority to override federal criminal law and removed a substantial reason for compliance with s. 347. Thus, he held that allowing the respondent

l'appelant. Ce faisant, il a souscrit à l'avis du juge des motions qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir les demandes de jugement déclaratoire et d'injonction présentées par l'appelant.

Quant aux dépens, le juge en chef McMurtry a décidé que plusieurs facteurs justifiaient l'annulation de l'ordonnance enjoignant à l'appelant de payer les dépens de l'intimée. Premièrement, l'ordonnance l'obligeait à payer les dépens du pourvoi qu'il avait formé avec succès devant la Cour suprême du Canada. Deuxièmement, même si l'intimée a finalement eu gain de cause, deux des moyens de défense qu'elle avait invoqués à l'étape des motions et trois de ceux qu'elle avait invoqués en Cour d'appel n'ont pas été retenus. Troisièmement, l'instance soulevait des questions nouvelles. Le juge en chef McMurtry a conclu que chaque partie devait supporter ses propres dépens.

Le juge Borins, dissident, aurait accueilli l'appel. Il a souscrit à la majeure partie des motifs du juge en chef McMurtry, mais il a estimé que les membres du groupe de demandeurs avaient droit à la restitution. Selon lui, la conclusion du juge des motions selon laquelle les PPR ont permis à l'intimée d'augmenter ses revenus et, ainsi, de s'enrichir était étayée par la preuve et par la jurisprudence et la doctrine. Il considérait qu'en l'absence d'erreur importante cette conclusion ne donnait pas lieu à révision.

Le juge Borins a toutefois décidé que le juge des motions avait commis une erreur de droit en concluant qu'un motif juridique justifiait l'enrichissement. Le juge des motions n'avait pas tenu compte de l'incidence de l'arrêt de la Cour suprême du Canada voulant que les frais constituent des intérêts à un taux criminel et que l'art. 347 du *Code criminel* interdit la perception de tels intérêts. Le juge Borins a estimé qu'en raison de cet arrêt les ordonnances tarifaires avaient perdu tout effet juridique et ne pouvaient pas constituer un motif juridique justifiant l'enrichissement. Conclure que les ordonnances tarifaires étaient un motif juridique justifiant une contravention à l'art. 347 permettait aussi aux ordonnances d'un organisme de réglementation provincial de l'emporter sur le droit criminel fédéral et

to retain the LPPs was contrary to the federal paramountcy doctrine.

According to Borins J.A., finding the OEB orders to constitute a juristic reason would also be contrary to the authorities which have applied s. 347 in the context of commercial obligations. This line of cases required consideration of when restitution should have been ordered and for what portion of the amount paid. Finally, it would allow the respondent to profit from its own wrongdoing.

Borins J.A. was not sympathetic to the respondent's claims that its change of position should allow it to keep the money it had collected in contravention of s. 347, even if it could have recovered the same amount of money on an altered rate structure. He also noted that, in his opinion, the issue of recoverability should have been considered in the context of the class action, not on the basis of the representative plaintiff's claim for \$75. Borins J.A. would have allowed the appeal, set aside the judgment dismissing the appellant's claim, granted partial summary judgment, and dismissed the respondent's motion for summary judgment. The appellant would have been required to proceed to trial with respect to damages. He would also have declared that the charging and receipt of LPPs by the respondent violates s. 347(1)(b) of the *Criminal Code* and that the LPPs need not be paid by the appellant, and would have ordered that the respondent repay the LPPs received from the appellant, as determined by the trial judge. He would also have ordered costs against the respondent.

It should be noted that on January 9, 2003, McLachlin C.J. stated the following constitutional question:

Are s. 18 of the *Ontario Energy Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.13, and s. 25 of the *Ontario Energy Board Act*, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sched. B, constitutionally inoperative

supprimait une raison importante de respecter cette disposition. Il estimait donc que permettre à l'intimée de conserver les PPR violait la règle de la prépondérance fédérale.

Selon le juge Borins, la conclusion que les ordonnances de la CEO constituent un motif juridique irait aussi à l'encontre de la jurisprudence dans laquelle l'art. 347 a été appliqué en matière d'obligations commerciales. Ce courant de jurisprudence exige de tenir compte du moment où la restitution aurait dû être ordonnée et de la partie de la somme versée qui aurait alors dû être restituée. Enfin, cette conclusion permettrait à l'intimée de tirer avantage de ses propres actes répréhensibles.

Le juge Borins n'a pas accueilli favorablement l'argument de l'intimée selon lequel son changement de situation devait lui permettre de conserver les sommes perçues en contravention de l'art. 347, même si elle avait pu recouvrer les mêmes sommes grâce à une structure tarifaire modifiée. Il a aussi mentionné qu'à son avis la question de la possibilité de recouvrement aurait dû être examinée dans le cadre du recours collectif et non dans celui de la réclamation de 75 \$ soumise par le représentant des demandeurs. Le juge Borins aurait accueilli l'appel, infirmé le jugement rejetant l'action de l'appellant, accordé en partie un jugement sommaire et rejeté la motion de l'intimée visant à obtenir un jugement sommaire. L'appellant aurait dû retourner devant le tribunal de première instance en ce qui concerne les dommages-intérêts. Le juge Borins aurait également déclaré que l'infliction et la perception par l'intimée des PPR contreviennent à l'al. 347(1)(b) du *Code criminel* et que l'appellant n'est pas tenu de les payer. Il aurait, en outre, ordonné à l'intimée de rembourser, selon le montant fixé par le juge de première instance, les PPR perçues auprès de l'appellant. Il aurait enfin condamné l'intimée aux dépens.

Il y a lieu de noter que, le 9 janvier 2003, la juge en chef McLachlin a formulé la question constitutionnelle suivante :

Les articles 18 de la *Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.13, et 25 de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.O.

25

26

27

by reason of the paramountcy of s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46?

As will be clear from the reasons below, I have found it unnecessary to answer the constitutional question.

#### IV. Issues

28

1. Does the appellant have a claim for restitution?
  - (a) Was the respondent enriched?
  - (b) Is there a juristic reason for the enrichment?
2. Can the respondent avail itself of any defence?
  - (a) Does the change of position defence apply?
  - (b) Does s. 18 (now s. 25) of the *OEBA* (“s. 18/25”) shield the respondent from liability?
  - (c) Is the appellant engaging in a collateral attack on the orders of the Board?
  - (d) Does the “regulated industries” defence exonerate the respondent?
  - (e) Does the *de facto* doctrine exonerate the respondent?
3. Other orders sought by the appellant
  - (a) Should this Court make a preservation order?
  - (b) Should this Court make a declaration that the LPPs need not be paid?
  - (c) What order should this Court make as to costs?

1998, ch. 15, ann. B, sont-ils inopérants, du point de vue constitutionnel, en raison de la primauté de l’art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46?

Comme l’indiqueront clairement les motifs qui suivent, j’estime qu’il n’est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle.

#### IV. Les questions en litige

1. L’appellant a-t-il droit à la restitution?
  - a) L’intimée s’est-elle enrichie?
  - b) Un motif juridique justifie-t-il l’enrichissement?
2. L’intimée peut-elle invoquer quelque moyen de défense?
  - a) Le moyen de défense fondé sur le changement de situation peut-il être invoqué?
  - b) L’article 18 (maintenant art. 25) de la *LCEO* (« art. 18/25 ») exonère-t-il l’intimée de toute responsabilité?
  - c) L’appellant se livre-t-il à une contestation indirecte des ordonnances de la Commission?
  - d) Le moyen de défense fondé sur la « réglementation de l’activité » dispense-t-il l’intimée?
  - e) Le principe de la validité *de facto* dispense-t-il l’intimée?
3. Les autres ordonnances sollicitées par l’appellant
  - a) Notre Cour devrait-elle prononcer une ordonnance de conservation?
  - b) Notre Cour devrait-elle rendre un jugement déclarant qu’il n’est pas nécessaire de payer les PPR?
  - c) Quelle ordonnance notre Cour devrait-elle prononcer en matière de dépens?



## V. Analysis

My analysis will proceed as follows. First, I will assess the appellant's claim in unjust enrichment. Second, I will determine whether the respondent can avail itself of any defences to the appellant's claim. Finally, I will address the other orders sought by the appellant.

### A. *Unjust Enrichment*

As a general matter, the test for unjust enrichment is well established in Canada. The cause of action has three elements: (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of juristic reason for the enrichment (*Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 848; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at p. 784). In this case, the parties are agreed that the second prong of the test has been satisfied. I will thus address the first and third prongs of the test in turn.

#### (a) Enrichment of the Defendant

In *Peel, supra*, at p. 790, McLachlin J. (as she then was) noted that the word “enrichment” connotes a tangible benefit which has been conferred on the defendant. This benefit, she writes, can be either a positive benefit, such as the payment of money, or a negative benefit, for example, sparing the defendant an expense which he or she would otherwise have incurred. In general, moral and policy arguments have not been considered under this head of the test. Rather, as McLachlin J. wrote in *Peter, supra*, at p. 990, “[t]his Court has consistently taken a straightforward economic approach to the first two elements of the test for unjust enrichment”. Other considerations, she held, belong more appropriately under the third element — absence of juristic reason.

In this case, the transactions at issue are payments of money by late payers to the respondent. It seems to me that, as such, under the “straightforward

## V. Analyse

J'effectuerai mon analyse de la façon suivante. Premièrement, j'examinerai l'action pour enrichissement sans cause intentée par l'appelant. Deuxièmement, je déciderai si l'intimée peut opposer quelque moyen de défense à l'action de l'appelant. Enfin, j'aborderai la question des autres ordonnances sollicitées par l'appelant.

### A. *Enrichissement sans cause*

En général, le critère applicable en matière d'enrichissement sans cause est bien établi au Canada. La cause d'action comporte trois éléments : (1) l'enrichissement du défendeur, (2) l'appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement (*Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 848; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 784). En l'espèce, les parties conviennent que le deuxième volet du critère est respecté. J'examinerai donc successivement les premier et troisième volets du critère.

#### a) Enrichissement du défendeur

Dans l'arrêt *Peel*, précité, p. 790, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a souligné que le mot « enrichissement » connote un avantage tangible conféré au défendeur. Cet avantage, écrit-elle, peut être soit positif, tel le versement d'une somme d'argent, soit négatif en ce sens, par exemple, qu'il épargne au défendeur une dépense à laquelle il aurait par ailleurs été tenu. Habituellement, les arguments d'ordre moral et de politique générale ne sont pas pris en considération relativement à cet élément du critère. Au contraire, comme l'écrit la juge McLachlin dans l'arrêt *Peter*, précité, p. 990, « [n]otre Cour a toujours utilisé une analyse économique simple relativement aux deux premiers éléments du critère » de l'enrichissement sans cause. Elle conclut que c'est dans le cadre du troisième élément, à savoir l'absence de motif juridique, que les autres facteurs peuvent le mieux être examinés.

En l'espèce, les opérations en cause sont les paiements que les clients dont le compte était en souffrance ont fait à l'intimée. À cet égard, il me

29

30

31

32

economic approach” to the benefit analysis, this element is satisfied. Winkler J. followed this approach and was satisfied that the respondent had received a benefit. “Simply stated”, he wrote at para. 95, “as a result of each LPP received by Consumers’ Gas, the company has more money than it had previously and accordingly is enriched.”

33 The majority of the Court of Appeal for Ontario disagreed. McMurtry C.J.O. found that while payment of money would normally be a benefit, it was not in this case. He claimed to be applying the “straightforward economic approach” as recommended in *Peter*, *supra*, but accepted the respondent’s argument that because of the rate structure of the OEB, the respondent had not actually been enriched. Because LPPs were part of a scheme designed to recover the respondent’s overall revenue, any increase in LPPs was off-set by a corresponding decrease in regular rates. Thus McMurtry C.J.O. concluded, “[t]he enrichment that follows from the receipt of LPPs is passed on to all [Consumers’ Gas] customers in the form of lower gas delivery rates” (para. 65). As a result, the real beneficiary of the scheme is not the respondent but is rather all of the respondent’s customers.

34 In his dissent, Borins J.A. disagreed with this analysis. He would have held that where there is payment of money, there is little controversy over whether or not a benefit was received and since a payment of money was received in this case, a benefit was conferred on the respondent.

35 The respondent submits that it is not enough that the plaintiff has made a payment; rather, it must also be shown that the defendant is “in possession of a benefit”. It argues that McMurtry C.J.O. had correctly held that the benefit had effectively been passed on to the respondent’s customers, so the respondent could not be said to have retained the benefit. The appellant, on the other hand, maintains

semble que l’« analyse économique simple » relative à l’avantage permet de conclure qu’un avantage a effectivement été conféré. Après avoir procédé à cette analyse, le juge Winkler était persuadé que l’intimée avait tiré un avantage. Il a écrit, au par. 95 : [TRADUCTION] « Les PPR ont tout simplement permis à Consumers’ Gas d’augmenter ses revenus et, par conséquent, de s’enrichir. »

Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario n’étaient pas de cet avis. Le juge en chef McMurtry a estimé qu’en l’espèce le versement d’une somme d’argent ne représentait pas un avantage, comme ce serait le cas normalement. Tout en affirmant qu’il procédait à l’« analyse économique simple » recommandée dans l’arrêt *Peter*, précité, il a retenu l’argument de l’intimée voulant qu’elle ne soit pas vraiment enrichie à cause de la structure tarifaire de la CEO. Vu que les PPR s’inscrivaient dans un régime destiné à permettre à l’intimée de subvenir à ses besoins globaux en matière de revenus, toute augmentation de celles-ci était compensée par une réduction correspondante des tarifs réguliers. Le juge en chef McMurtry a donc conclu que [TRADUCTION] « [l]’enrichissement résultant de la perception des PPR est transmis, sous forme de réduction des tarifs de livraison du gaz, à tous les clients [de Consumers’ Gas] » (par. 65). Par conséquent, c’est en réalité l’ensemble de la clientèle de l’intimée qui bénéficie de ce régime, et non pas l’intimée elle-même.

Dans ses motifs dissidents, le juge Borins a exprimé son désaccord avec cette analyse. Selon lui, lorsqu’il y a versement d’une somme d’argent, la question de savoir si un avantage a été conféré suscite peu de controverses et, en l’espèce, l’intimée a tiré un avantage étant donné qu’elle a touché une somme d’argent.

L’intimée fait valoir qu’il ne suffit pas que le demandeur ait effectué un paiement; au contraire, il faut aussi démontrer que le défendeur est [TRADUCTION] « en possession d’un avantage ». Elle soutient que le juge en chef McMurtry a eu raison de conclure que l’avantage a été transmis aux clients de l’intimée, de sorte qu’on ne peut pas dire que cette dernière l’a conservé. Pour sa part,

that the “straightforward economic approach” from *Peter, supra*, should be applied and any other moral or policy considerations should be considered at the juristic reason stage of the analysis.

I agree with the analysis of Borins J.A. on this point. The law on this question is relatively clear. Where money is transferred from plaintiff to defendant, there is an enrichment. Transfer of money so clearly confers a benefit that it is the main example used in the case law and by commentators of a transaction that meets the threshold for a benefit (see *Peel, supra*, at p. 790; *Sharwood & Co. v. Municipal Financial Corp.* (2001), 53 O.R. (3d) 470 (C.A.), at p. 478; P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (1990), at p. 38; Lord Goff and G. Jones, *The Law of Restitution* (6th ed. 2002), at p. 18). There simply is no doubt that Consumers' Gas received the monies represented by the LPPs and had that money available for use in the carrying on of its business. The availability of those funds constitutes a benefit to Consumers' Gas. We are not, at this stage, concerned with what happened to this benefit in the ongoing operation of the regulatory scheme.

While the respondent rightly points out that the language of “received and retained” has been used with respect to the benefit requirement (see, for example, *Peel, supra*, at p. 788), it does not make sense that it is a requirement that the benefit be retained permanently. The case law does, in fact, recognize that it might be unfair to award restitution in cases where the benefit was not retained, but it does so after the three steps for a claim in unjust enrichment have been made out by recognizing a “change of position” defence (see, for example, *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147; *RBC Dominion Securities Inc. v. Dawson* (1994), 111 D.L.R. (4th) 230 (Nfld. C.A.)). Professor J. S. Ziegel, in his comment on the Ontario Court of Appeal decision in this case, “Criminal Usury, Class Actions and Unjust Enrichment in Canada” (2002), 18 *J. Cont. L.* 121, at p. 126, suggests that McMurtry C.J.O.’s reliance on the regulatory framework of the LPP

l’appelant affirme qu’il y a lieu de procéder à l’« analyse économique simple » recommandée dans l’arrêt *Peter*, précité, et que toute autre question de morale ou de politique générale devrait être examinée à l’étape de l’analyse du motif juridique.

Je souscris à l’analyse du juge Borins sur ce point. Le droit applicable en la matière est relativement clair. Lorsqu’une somme d’argent passe du demandeur au défendeur, il y a enrichissement. Il est si évident que le transfert d’une somme d’argent confère un avantage que les tribunaux et les commentateurs s’en servent comme exemple typique d’opération où un avantage est conféré (voir *Peel*, précité, p. 790; *Sharwood & Co. c. Municipal Financial Corp.* (2001), 53 O.R. (3d) 470 (C.A.), p. 478; P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (1990), p. 38; lord Goff et G. Jones, *The Law of Restitution* (6<sup>e</sup> éd. 2002), p. 18). Il n’y a simplement aucun doute que Consumers' Gas a reçu les sommes d’argent représentées par les PPR et qu’elle pouvait utiliser cet argent pour exploiter son entreprise. La disponibilité de ces fonds représente un avantage pour Consumers' Gas. À ce stade, nous ne nous intéressons pas à la question de savoir où est passé cet avantage dans le cadre de l’application du régime de réglementation.

Bien que l’intimée signale à bon droit que l’expression « reçu et retenu » a été utilisée relativement à l’exigence d’un avantage (voir, par exemple, l’arrêt *Peel*, précité, p. 788), il n’est pas logique d’exiger que l’avantage soit conservé de façon permanente. En fait, la jurisprudence reconnaît qu’il pourrait être inéquitable d’ordonner la restitution dans le cas où l’avantage n’a pas été conservé, mais elle le fait en retenant le moyen de défense fondé sur un « changement de situation », une fois qu’il est établi que les trois conditions justifiant l’introduction d’une action pour enrichissement sans cause sont remplies (voir, par exemple, *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147; *RBC Dominion Securities Inc. c. Dawson* (1994), 111 D.L.R. (4th) 230 (C.A.T.-N.)). Dans son commentaire de l’arrêt rendu en l’espèce par la Cour d’appel de l’Ontario, intitulé « Criminal Usury, Class Actions and Unjust Enrichment in Canada » (2002), 18 *J. Cont. L.*

36

37

in finding that a benefit was not conferred “was really a change of position defence”. I agree with this assessment. Whether recovery should be barred because the benefit was passed on to the respondent’s other customers ought to be considered under the change of position defence.

(b) Absence of Juristic Reason

(i) *General Principles*

38 In his original formulation of the test for unjust enrichment in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at p. 455 (adopted in *Pettkus*, *supra*, at p. 844), Dickson J. (as he then was) held in his minority reasons that for an action in unjust enrichment to succeed:

... the facts must display an enrichment, a corresponding deprivation, and the absence of any juristic reason — such as a contract or disposition of law — for the enrichment.

39 Later formulations of the test by this Court have broadened the types of factors that can be considered in the context of the juristic reason analysis. In *Peter*, *supra*, at p. 990, McLachlin J. held that:

It is at this stage that the court must consider whether the enrichment and detriment, morally neutral in themselves, are “unjust”.

... The test is flexible, and the factors to be considered may vary with the situation before the court.

40 The “juristic reason” aspect of the test for unjust enrichment has been the subject of much academic commentary and criticism. Much of the discussion arises out of the difference between the ways in which the cause of action of unjust enrichment is conceptualized in Canada and in England. While both Canadian and English causes of action require an enrichment of the defendant and a

121, p. 126, le professeur J. S. Ziegel affirme qu’en s’appuyant sur le cadre réglementaire de la PPR pour conclure qu’aucun avantage n’avait été conféré, le juge en chef McMurtry évoquait [TRADUCTION] « en réalité le moyen de défense fondé sur le changement de situation ». Je suis du même avis. La question de savoir si le fait que l’avantage a été transmis aux autres clients de l’intimée doit empêcher le recouvrement devrait être examinée au regard du moyen de défense fondé sur le changement de situation.

b) Absence de motif juridique

(i) *Principes généraux*

Lorsqu’il a formulé, pour la première fois, le critère applicable à l’enrichissement sans cause dans l’arrêt *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, p. 455 (adopté dans l’arrêt *Pettkus*, précité, p. 844), le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu, dans ses motifs minoritaires, que, pour qu’une action pour enrichissement sans cause soit accueillie,

... les faits doivent démontrer un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l’absence de tout motif juridique — tel un contrat ou une disposition légale — à l’enrichissement.

Dans ses formulations ultérieures du critère, notre Cour a élargi les catégories de facteurs pouvant être pris en considération dans le cadre de l’analyse du motif juridique. Dans l’arrêt *Peter*, précité, p. 990, la juge McLachlin conclut ceci :

C’est à cette étape que le tribunal doit vérifier si l’enrichissement et le désavantage, moralement neutres en soi, sont « injustes ».

... Le critère est souple, et les facteurs peuvent varier selon la situation sur laquelle doit se prononcer le tribunal.

L’aspect « motif juridique » du critère applicable à l’enrichissement sans cause fait l’objet de commentaires et de critiques de la part de nombreux auteurs. Le débat tient en bonne partie à la façon différente dont la cause d’action en matière d’enrichissement sans cause est conceptualisée au Canada et en Angleterre. Dans les deux cas, il doit y avoir enrichissement du défendeur et

corresponding deprivation of the plaintiff, the Canadian cause of action requires that there be “an absence of juristic reason for the enrichment”, while English courts require “that the enrichment be unjust” (see discussion in L. Smith, “The Mystery of ‘Juristic Reason’” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211, at pp. 212-13). It is not of great use to speculate on why Dickson J. in *Rathwell*, *supra*, expressed the third condition as absence of juristic reason but I believe that he may have wanted to ensure that the test for unjust enrichment was not purely subjective in order to be responsive to Martland J.’s criticism in his reasons that application of the doctrine of unjust enrichment contemplated by Dickson J. would require “immeasurable judicial discretion” (p. 473). The importance of avoiding a purely subjective standard was also stressed by McLachlin J. in her reasons in *Peel*, *supra*, at p. 802, in which she wrote that the application of the test for unjust enrichment should not be “case by case ‘palm tree’ justice”.

Perhaps as a result of these two formulations of this aspect of the test, Canadian courts and commentators are divided in their approach to juristic reason. As Borins J.A. notes in his dissent (at para. 105), while “some judges have taken the *Pettkus* formulation literally and have attempted to decide cases by finding a ‘juristic reason’ for a defendant’s enrichment, other judges have decided cases by asking whether the plaintiff has a positive reason for demanding restitution”. In his article, “The Mystery of ‘Juristic Reason’”, *supra*, which was cited at length by Borins J.A., Professor Smith suggests that it is not clear whether the requirement of “absence of juristic reason” should be interpreted literally to require that plaintiffs show the absence of a reason for the defendant to keep the enrichment or, as in the English model, the plaintiff must show a reason for reversing the transfer of wealth. Other commentators have argued that in fact there is no difference beyond semantics between the Canadian and English tests (see, for example, M. McInnes, “Unjust

appauvrissement correspondant du demandeur. Alors qu’au Canada l’[TRADUCTION] « absence de motif juridique justifiant l’enrichissement » est requise, les tribunaux anglais, pour leur part, exigent « que l’enrichissement soit injuste » (voir l’analyse de L. Smith, intitulée « The Mystery of ‘Juristic Reason’ » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 211, p. 212-213). Bien qu’il ne soit pas très utile de conjecturer sur ce qui a poussé le juge Dickson, dans l’arrêt *Rathwell*, précité, à énoncer l’absence de motif juridique comme troisième condition, je crois qu’il a peut-être voulu empêcher que le critère applicable relatif à l’enrichissement sans cause soit purement subjectif, et ainsi repousser la critique formulée dans les motifs du juge Martland, selon laquelle l’application de la règle de l’enrichissement sans cause envisagée par le juge Dickson nécessiterait l’exercice d’un « pouvoir discrétionnaire incommensurable » (p. 473). Dans l’arrêt *Peel*, précité, p. 802, la juge McLachlin a, elle aussi, souligné l’importance d’éviter l’adoption d’une norme purement subjective en écrivant que l’application du critère relatif à l’enrichissement sans cause ne devait pas se faire « au cas par cas ».

Peut-être est-ce à cause de ces deux formulations de cet aspect du critère que les tribunaux et les commentateurs canadiens n’interprètent pas de la même façon la notion du motif juridique. Comme le fait remarquer le juge Borins, dans ses motifs dissidents (par. 105), [TRADUCTION] « certains juges ont interprété littéralement la formulation de l’arrêt *Pettkus* et ont tenté de trancher des affaires en concluant à l’existence d’un “motif juridique” justifiant l’enrichissement du défendeur », alors que d’autres « ont tranché des affaires en se demandant si le demandeur avait une raison concrète d’exiger la restitution ». Dans son article intitulé « The Mystery of ‘Juristic Reason’ », *loc. cit.*, amplement cité par le juge Borins, le professeur Smith affirme qu’on ne sait pas clairement s’il faut interpréter littéralement l’exigence d’« absence de motif juridique » comme obligeant les demandeurs à démontrer que le défendeur n’a aucune raison de conserver ce dont il s’est enrichi, ou si, conformément au modèle anglais, le demandeur doit démontrer l’existence d’un motif d’annulation du transfert de richesse. D’autres

Enrichment — Restitution — Absence of Juristic Reason: *Campbell v. Campbell*" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 459).

commentateurs ont prétendu qu'en fait la seule différence qui existe entre les critères canadien et anglais est d'ordre sémantique (voir, par exemple, M. McInnes, « Unjust Enrichment — Restitution — Absence of Juristic Reason : *Campbell v. Campbell* » (2000), 79 *R. du B. can.* 459).

42 Professor Smith argues that, if there is in fact a distinct Canadian approach to juristic reason, it is problematic because it requires the plaintiff to prove a negative, namely the absence of a juristic reason. Because it is nearly impossible to do this, he suggests that Canada would be better off adopting the British model where the plaintiff must show a positive reason that it would be unjust for the defendant to retain the enrichment. In my view, however, there is a distinctive Canadian approach to juristic reason which should be retained but can be construed in a manner that is responsive to Smith's criticism.

Le professeur Smith fait valoir que, si elle existe vraiment, la façon canadienne d'interpréter le motif juridique pose un problème étant donné qu'elle oblige le demandeur à prouver ce qui n'est pas, c'est-à-dire l'absence de motif juridique. Il ajoute que, puisque cette preuve est presque impossible à faire, il serait préférable que le Canada adopte le modèle anglais qui oblige le demandeur à démontrer de manière positive pourquoi il serait injuste que le défendeur conserve ce dont il s'est enrichi. J'estime cependant qu'il y a une façon proprement canadienne d'interpréter le motif juridique qui doit être maintenue tout en étant susceptible de tenir compte de la critique formulée par Smith.

43 It should be recalled that the test for unjust enrichment is relatively new to Canadian jurisprudence. It requires flexibility for courts to expand the categories of juristic reasons as circumstances require and to deny recovery where to allow it would be inequitable. As McLachlin J. wrote in *Peel*, *supra*, at p. 788, the Court's approach to unjust enrichment, while informed by traditional categories of recovery, "is capable, however, of going beyond them, allowing the law to develop in a flexible way as required to meet changing perceptions of justice". But at the same time there must also be guidelines that offer trial judges and others some indication of what the boundaries of the cause of action are. The goal is to avoid guidelines that are so general and subjective that uniformity becomes unattainable.

Rappelons-nous que le critère applicable à l'enrichissement sans cause est relativement nouveau dans la jurisprudence canadienne. Il exige que les tribunaux aient la souplesse nécessaire pour élargir les catégories de motifs juridiques lorsque les circonstances l'exigent et pour refuser le recouvrement lorsqu'il serait inéquitable de l'autoriser. Comme la juge McLachlin l'a écrit dans l'arrêt *Peel*, précité, p. 788, bien qu'elle procède des catégories traditionnelles de recouvrement, l'interprétation que la Cour donne de l'enrichissement sans cause peut « les déborder de manière à ce que le droit puisse évoluer avec la souplesse qui s'impose pour tenir compte des perceptions changeantes de la justice ». Toutefois, il doit, en même temps, y avoir des lignes directrices qui donnent aux juges de première instance et autres des indications sur les limites de la cause d'action. L'objectif est d'éviter des lignes directrices générales et subjectives qui empêchent toute uniformité.

44 The parties and commentators have pointed out that there is no specific authority that settles this question. But recalling that this is an equitable remedy that will necessarily involve discretion and questions of fairness, I believe that some redefinition and reformulation is required. Consequently, in

Les parties et les commentateurs ont souligné que la jurisprudence et la doctrine ne règlent pas explicitement cette question. Cependant, tout en rappelant qu'il s'agit d'un recours en equity qui fait nécessairement intervenir un pouvoir discrétionnaire et des questions d'équité, je crois qu'une redéfinition et

my view, the proper approach to the juristic reason analysis is in two parts. First, the plaintiff must show that no juristic reason from an established category exists to deny recovery. By closing the list of categories that the plaintiff must canvass in order to show an absence of juristic reason, Smith's objection to the Canadian formulation of the test that it required proof of a negative is answered. The established categories that can constitute juristic reasons include a contract (*Pettkus, supra*), a disposition of law (*Pettkus, supra*), a donative intent (*Peter, supra*), and other valid common law, equitable or statutory obligations (*Peter, supra*). If there is no juristic reason from an established category, then the plaintiff has made out a *prima facie* case under the juristic reason component of the analysis.

The *prima facie* case is rebuttable, however, where the defendant can show that there is another reason to deny recovery. As a result, there is a *de facto* burden of proof placed on the defendant to show the reason why the enrichment should be retained. This stage of the analysis thus provides for a category of residual defence in which courts can look to all of the circumstances of the transaction in order to determine whether there is another reason to deny recovery.

As part of the defendant's attempt to rebut, courts should have regard to two factors: the reasonable expectations of the parties, and public policy considerations. It may be that when these factors are considered, the court will find that a new category of juristic reason is established. In other cases, a consideration of these factors will suggest that there was a juristic reason in the particular circumstances of a case which does not give rise to a new category of juristic reason that should be applied in other factual circumstances. In a third group of cases, a consideration of these factors will yield a determination that there was no juristic reason for the enrichment. In the latter cases, recovery should be allowed. The point here is that this area is an evolving one and

une reformulation s'imposent. J'estime donc qu'il convient de scinder en deux étapes l'analyse du motif juridique. Le demandeur doit d'abord démontrer qu'aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie ne justifie de refuser le recouvrement. En circonscrivant la liste des catégories que le demandeur doit examiner pour démontrer l'absence de motif juridique, on répond à l'objection soulevée par le professeur Smith voulant que la formulation canadienne du critère oblige à prouver ce qui n'est pas. Parmi les catégories établies susceptibles de constituer un motif juridique, il y a le contrat (*Pettkus, précité*), la disposition légale (*Pettkus, précité*), l'intention libérale (*Peter, précité*) et les autres obligations valides imposées par la common law, l'équité ou la loi (*Peter, précité*). S'il n'existe aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie, le demandeur a alors établi une preuve *prima facie* en ce qui concerne le volet « motif juridique » de l'analyse.

La preuve *prima facie* est cependant réfutable si le défendeur parvient à démontrer qu'il existe un autre motif de refuser le recouvrement. En conséquence, le défendeur a l'obligation *de facto* de démontrer pourquoi il devrait conserver ce dont il s'est enrichi. À cette étape de l'analyse, le défendeur peut donc recourir à une catégorie de moyens de défense résiduels qui permettent aux tribunaux d'examiner toutes les circonstances de l'opération afin de déterminer s'il existe un autre motif de refuser le recouvrement.

Lorsque le défendeur tente de réfuter la preuve en question, les tribunaux doivent tenir compte de deux facteurs : les attentes raisonnables des parties et les considérations d'intérêt public. Il se peut qu'en examinant ces facteurs le tribunal découvre qu'une nouvelle catégorie de motifs juridiques est établie. Dans d'autres cas, l'examen de ces facteurs indiquera que, dans les circonstances particulières d'une affaire, il existait un motif juridique qui ne donne toutefois pas naissance à une nouvelle catégorie de motifs juridiques qui devrait s'appliquer dans d'autres circonstances. Dans une troisième catégorie d'affaires, l'examen de ces facteurs amène à conclure qu'aucun motif juridique ne justifiait l'enrichissement. Dans ces cas, il y a lieu d'accueillir la demande de

45

46

that further cases will add additional refinements and developments.

47 In my view, this approach to the juristic reason analysis is consistent with the general approach to unjust enrichment endorsed by McLachlin J. in *Peel*, *supra*, where she stated that courts must effect a balance between the traditional “category” approach according to which a claim for restitution will succeed only if it falls within an established head of recovery, and the modern “principled” approach according to which relief is determined with reference to broad principles. It is also, as discussed by Professor Smith, *supra*, generally consistent with the approach to unjust enrichment found in the civil law of Quebec (see, for example, arts. 1493 and 1494 of the *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64).

(ii) *Application*

48 In this case, the only possible juristic reason from an established category that could be used to justify the enrichment is the existence of the OEB orders creating the LPPs under the “disposition of law” category. The OEB orders, however, do not constitute a juristic reason for the enrichment because they are rendered inoperative to the extent of their conflict with s. 347 of the *Criminal Code*. The plaintiff has thus made out a *prima facie* case for unjust enrichment.

49 Disposition of law is well established as a category of juristic reason. In *Rathwell*, *supra*, Dickson J. gave as examples of juristic reasons “a contract or disposition of law” (p. 455). In *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445 (“*GST Reference*”), Lamer C.J. held that a valid statute is a juristic reason barring recovery in unjust enrichment. This was affirmed in *Peter*, *supra*, at p. 1018. Most recently, in *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737, the Ontario Court of Appeal held that the legislation which created the Chinese head tax provided a juristic reason which prevented recovery of the head tax in unjust

recouvrement. Il faut comprendre ici que ce domaine est en évolution et que d’autres précisions et innovations résulteront d’affaires ultérieures.

À mon avis, cette conception de l’analyse du motif juridique est compatible avec l’interprétation générale de l’enrichissement sans cause à laquelle la juge McLachlin a souscrit dans l’arrêt *Peel*, précité, lorsqu’elle a déclaré que les tribunaux doivent établir un équilibre entre l’approche traditionnelle fondée sur des « catégories », selon laquelle une demande de restitution ne sera accueillie que si elle entre dans une catégorie établie de recouvrement, et l’approche moderne « fondée sur des principes » qui consiste à appliquer des principes généraux pour déterminer la réparation à accorder. Comme l’a dit le professeur Smith, *loc. cit.*, cette conception est aussi généralement compatible avec celle de l’enrichissement injustifié que l’on trouve dans le droit civil du Québec (voir, par exemple, les art. 1493 et 1494 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64).

(ii) *Application*

En l’espèce, le seul motif juridique appartenant à une catégorie établie qui pourrait justifier l’enrichissement est l’existence des ordonnances de la CEO établissant la PPR, qui relèvent de la catégorie des « dispositions légales ». Toutefois, les ordonnances de la CEO ne constituent pas un motif juridique justifiant l’enrichissement étant donné qu’elles sont inopérantes dans la mesure où elles sont incompatibles avec l’art. 347 du *Code criminel*. Le demandeur a donc établi une preuve *prima facie* de l’enrichissement sans cause.

Les dispositions légales forment une catégorie bien établie de motifs juridiques. Dans l’arrêt *Rathwell*, précité, le juge Dickson a donné comme exemples de motifs juridiques « un contrat ou une disposition légale » (p. 455). Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445 (« *Renvoi relatif à la TPS* »), le juge en chef Lamer a conclu qu’une loi valide est un motif juridique qui empêche le recouvrement pour enrichissement sans cause. Cette conclusion a été confirmée dans l’arrêt *Peter*, précité, p. 1018. Tout récemment, dans l’arrêt *Mack c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737, la Cour d’appel de



enrichment. In the leading Canadian text, *The Law of Restitution*, *supra*, McCamus and Maddaugh discuss the phrase “disposition of law” from *Rathwell*, *supra*, stating, at p. 46:

... it is perhaps self-evident that an unjust enrichment will not be established in any case where enrichment of the defendant at the plaintiff's expense is required by law.

It seems clear, then, that valid legislation can provide a juristic reason which bars recovery in restitution.

Consumers' Gas submits that the LPPs were authorized by the Board's rate orders which qualify as a disposition of law. It seems to me that this submission is predicated on the validity and operability of this scheme. The scheme has been challenged by the appellant on the basis that it conflicts with s. 347 of the *Criminal Code* and, as a result of the doctrine of paramountcy, is consequently inoperative. In the *GST Reference*, *supra*, Lamer C.J. held that legislation provides a juristic reason “unless the statute itself is *ultra vires*” (p. 477). Given that legislation that would have been *ultra vires* the province cannot provide a juristic reason, the same principle should apply if the provincial legislation is inoperative by virtue of the paramountcy doctrine. This position is contemplated by Borins J.A. in his dissent when he wrote, at para. 149:

In my view, it would be wrong to say that the rate orders do not provide [Consumers' Gas] with a defence under s. 18 of the *OEBA* because they have been rendered inoperative by the doctrine of federal paramountcy, and then to breathe life into them for the purpose of finding that they constitute a juristic reason for [Consumers' Gas's] enrichment.

As a result, the question of whether the statutory framework can serve as a juristic reason depends on whether the provision is held to be inoperative. If the

l'Ontario a statué que la loi obligeant les immigrants chinois à acquitter un droit d'entrée au pays constituait un motif juridique qui empêchait de recouvrer ce droit au moyen d'une action pour enrichissement sans cause. Dans le principal ouvrage canadien en la matière, *The Law of Restitution*, *op. cit.*, p. 46, McCamus et Maddaugh analysent l'expression « disposition légale » tirée de l'arrêt *Rathwell*, précité :

[TRADUCTION] ... il va peut-être de soi que, dans tous les cas où la loi prescrit l'enrichissement du défendeur au détriment du demandeur, il n'y a pas d'enrichissement sans cause.

Il semble donc clair qu'une loi valide peut constituer un motif juridique qui empêche le recouvrement par voie de restitution.

Consumers' Gas soutient que les PPR étaient autorisées par les ordonnances tarifaires de la Commission qui constituent des dispositions légales. Il me semble que cet argument suppose que ce régime est valide et opérant. L'appelant a contesté la validité du régime en faisant valoir qu'il contrevient à l'art. 347 du *Code criminel* et qu'il est donc inopérant en raison de la règle de la prépondérance. Dans le *Renvoi relatif à la TPS*, précité, le juge en chef Lamer a statué que la loi constitue un motif juridique « à moins que [s]es dispositions elles-mêmes ne soient *ultra vires* » (p. 477). Étant donné qu'une loi qui excède la compétence de la province ne peut pas constituer un motif juridique, le même principe devrait s'appliquer dans le cas où la loi provinciale est inopérante en raison de la règle de la prépondérance. C'est le point de vue qu'exprime le juge Borins, dissident, lorsqu'il écrit, au par. 149 :

[TRADUCTION] À mon avis, on aurait tort d'affirmer que [Consumers' Gas] ne peut pas invoquer les ordonnances tarifaires comme moyen de défense en application de l'art. 18 de la *LCEO*, parce qu'elles sont inopérantes en raison de la règle de la prépondérance fédérale, pour ensuite leur redonner vie dans le but de conclure qu'elles constituent un motif juridique justifiant l'enrichissement de [Consumers' Gas].

Par conséquent, le cadre législatif pourra servir de motif juridique pourvu qu'il ne soit pas jugé inopérant. Si les ordonnances de la CEO sont

OEB orders are constitutionally valid and operative, they provide a juristic reason which bars recovery. Conversely, if the scheme is inoperative by virtue of a conflict with s. 347 of the *Criminal Code*, then a juristic reason is not present. In my view, the OEB rate orders are constitutionally inoperative to the extent of their conflict with s. 347 of the *Criminal Code*.

52 The OEB rate orders require the receipt of LPPs at what is often a criminal rate of interest. Such receipt is prohibited by s. 347 of the *Criminal Code*. Both the OEB rate orders and s. 347 of the *Criminal Code* are *intra vires* the level of government that enacted them. The rate orders are *intra vires* the province by virtue of s. 92(13) (property and civil rights) of the *Constitution Act, 1867*. Section 347 of the *Criminal Code* is *intra vires* the federal government by virtue of s. 91(19) (interest) and s. 91(27) (criminal law power).

53 It should be noted that the Board orders at issue did not require Consumers' Gas to collect the LPPs within a period of 38 days. One could then make the argument that this was not an express operational conflict. But to my mind this is somewhat artificial. I say this because at bottom it is a necessary implication of the OEB orders to require payment within this period. In that respect it should be treated as an express order for purposes of the paramountcy analysis. Consequently, there is an express operational conflict between the rate orders and s. 347 of the *Criminal Code* in that it is impossible for Consumers' Gas to comply with both provisions. Where there is an actual operational conflict, it is well settled that the provincial law is inoperative to the extent of the conflict (*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961). As a result, the Board orders are constitutionally inoperative. Because the Board orders are constitutionally inoperative, they do not provide a juristic reason. It therefore falls to Consumers' Gas to show that there was a juristic reason for the enrichment

constitutionnelles et opérantes, elles constituent un motif juridique qui empêche le recouvrement. À l'inverse, si le régime est inopérant en raison de son incompatibilité avec l'art. 347 du *Code criminel*, il y a alors absence de motif juridique. À mon avis, les ordonnances tarifaires de la CEO sont inopérantes du point de vue constitutionnel dans la mesure où elles sont incompatibles avec l'art. 347 du *Code criminel*.

Les ordonnances tarifaires de la CEO requièrent la perception de PPR qui, dans bien des cas, constituent des intérêts à un taux criminel. L'article 347 du *Code criminel* interdit la perception de tels intérêts. Les ordonnances tarifaires de la CEO et l'art. 347 du *Code criminel* sont conformes à la compétence de l'ordre de gouvernement qui les a édictés. Les ordonnances tarifaires sont conformes à la compétence de la province en vertu du par. 92(13) (propriété et droits civils) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 347 du *Code criminel* est conforme à la compétence fédérale en vertu des par. 91(19) (intérêts) et 91(27) (droit criminel).

Notons que les ordonnances de la Commission qui sont en cause n'obligeaient pas Consumers' Gas à percevoir la PPR dans un délai de 38 jours. On pourrait alors soutenir qu'il ne s'agissait pas d'un conflit d'application explicite. Toutefois, je considère que cet argument est quelque peu artificiel, et ce, parce qu'au fond les ordonnances de la CEO impliquent nécessairement que le paiement doit être fait dans ce délai. À cet égard, elles devraient être traitées comme des ordonnances explicites pour les besoins de l'analyse de la prépondérance. Par conséquent, il existe un conflit d'application explicite entre les ordonnances tarifaires et l'art. 347 du *Code criminel* en raison de l'impossibilité pour Consumers' Gas de se conformer aux deux en même temps. Lorsqu'il y a un conflit d'application véritable, il est bien établi que la loi provinciale est inopérante dans la mesure de ce conflit (*Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961). Par conséquent, les ordonnances de la Commission sont inopérantes du point de vue constitutionnel et ne constituent pas, de ce fait, un motif juridique. Pour réfuter la preuve *prima*

outside the established categories in order to rebut the *prima facie* case made out by the appellant.

The second stage of juristic reason analysis requires a consideration of reasonable expectations of the parties and public policy considerations.

When the reasonable expectations of the parties are considered, Consumers' Gas's submissions are at first blush compelling. Consumers' Gas submits, on the one hand, that late payers cannot have reasonably expected that there would be no penalty for failing to pay their bills on time and, on the other hand, that Consumers' Gas could reasonably have expected that the OEB would not authorize an LPP scheme that violated the *Criminal Code*. Because Consumers' Gas is operating in a regulated environment, its reliance on OEB orders should be given some weight. An inability to rely on such orders would make it very difficult, if not impossible, to operate in this environment. At this point, it should be pointed out that the reasonable expectation of the parties regarding LPPs is achieved by restricting the LPPs to the limit prescribed by s. 347 of the *Criminal Code* and also would be consistent with this Court's decision in *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, [2004] 1 S.C.R. 249, 2004 SCC 7.

Consumers' Gas's reliance on the orders would not provide a defence if it was charged under s. 347 of the *Criminal Code* because the orders are inoperative to the extent of their conflict with s. 347. However, its reliance on the orders is relevant in the context of determining the reasonable expectations of the parties in this second stage of the juristic reason analysis.

Finally, the overriding public policy consideration in this case is the fact that the LPPs were collected in contravention of the *Criminal Code*. As a matter of public policy, a criminal should not be permitted to keep the proceeds of his crime (*Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 742, 2002 SCC 22, at para. 11;

*facie* de l'appelant, Consumers' Gas doit donc démontrer qu'un motif juridique n'appartenant pas aux catégories établies justifiait l'enrichissement.

La deuxième étape de l'analyse du motif juridique exige de tenir compte des attentes raisonnables des parties et des considérations d'intérêt public.

Quant aux attentes raisonnables des parties, l'argumentation de Consumers' Gas paraît de prime abord convaincante. Consumers' Gas fait valoir, d'une part, que les clients dont le compte était en souffrance ne pouvaient pas raisonnablement s'attendre à échapper à toute pénalité pour ne pas avoir payé leur facture à temps et, d'autre part, qu'elle-même pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la CEO refuse d'autoriser un régime de PPR qui enfreint le *Code criminel*. Étant donné que Consumers' Gas exerce ses activités dans un environnement réglementé, il y a lieu d'accorder du poids au fait qu'elle s'est fondée sur les ordonnances de la CEO. Si Consumers' Gas ne pouvait pas se fonder sur ces ordonnances, il lui serait très difficile, voire impossible, de fonctionner dans cet environnement. Il convient ici de souligner qu'il serait conforme aux attentes raisonnables des parties et à l'arrêt de notre Cour *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, [2004] 1 R.C.S. 249, 2004 CSC 7, que la PPR respecte la limite prescrite par l'art. 347 du *Code criminel*.

Si elle était accusée en vertu de l'art. 347 du *Code criminel*, Consumers' Gas ne pourrait pas invoquer les ordonnances de la CEO comme moyen de défense, étant donné qu'elles sont inopérantes dans la mesure où elles sont incompatibles avec l'art. 347. Toutefois, dans le cadre de cette deuxième étape de l'analyse du motif juridique, le fait qu'elle se soit fondée sur ces ordonnances est pertinent pour déterminer les attentes raisonnables des parties.

Enfin, la considération d'intérêt public dominante en l'espèce est le fait que les PPR ont été perçues en contravention du *Code criminel*. Pour des raisons d'intérêt public, un criminel ne doit pas être autorisé à conserver le produit de son crime (*Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22, par. 11; *New Solutions*,

54

55

56

57

*New Solutions, supra*). Borins J.A. focussed on this public policy consideration in his dissent. He held that, in light of this Court's decision in *Garland No. 1*, allowing Consumers' Gas to retain the LPPs collected in violation of s. 347 would let Consumers' Gas profit from a crime and benefit from its own wrongdoing.

58

In weighing these considerations, from 1981-1994, Consumers' Gas's reliance on the inoperative OEB orders provides a juristic reason for the enrichment. As the parties have argued, there are three possible dates from which to measure the unjust enrichment: 1981, when s. 347 of the *Criminal Code* was enacted, 1994, when this action was commenced, and 1998, when this Court held in *Garland No. 1* that the LPPs were limited by s. 347 of the *Criminal Code*. For the period between 1981 and 1994, when the current action was commenced, there is no suggestion that Consumers' Gas was aware that the LPPs violated s. 347 of the *Criminal Code*. This mitigates in favour of Consumers' Gas during this period. The reliance of Consumers' Gas on the OEB orders, in the absence of actual or constructive notice that the orders were inoperative, is sufficient to provide a juristic reason for Consumers' Gas's enrichment during this first period.

59

However, in 1994, when this action was commenced, Consumers' Gas was put on notice of the serious possibility that it was violating the *Criminal Code* in charging the LPPs. This possibility became a reality when this Court held that the LPPs were in excess of the s. 347 limit. Consumers' Gas could have requested that the OEB alter its rate structure until the matter was adjudicated in order to ensure that it was not in violation of the *Criminal Code* or asked for contingency arrangements to be made. Its decision not to do this, as counsel for the appellant pointed out in oral submissions, was a "gamble". After the action was commenced and Consumers' Gas was put on notice that there was a serious possibility the LPPs violated the *Criminal Code*, it was no longer

précité). Dans ses motifs dissidents, le juge Borins a mis l'accent sur cette considération d'intérêt public. Il a estimé que, compte tenu de l'arrêt *Garland n° 1* de notre Cour, autoriser Consumers' Gas à conserver les PPR perçues en contravention de l'art. 347 reviendrait à lui permettre de tirer avantage d'un crime et de ses propres actes répréhensibles.

L'examen de ces considérations permet de conclure que le fait qu'à partir de 1981 jusqu'en 1994, Consumers' Gas se soit fondée sur les ordonnances inopérantes de la CEO est un motif juridique qui justifie l'enrichissement. Comme les parties l'ont fait valoir, l'enrichissement sans cause peut se calculer à partir de trois dates possibles : 1981, année au cours de laquelle l'art. 347 du *Code criminel* a été adopté; 1994, année au cours de laquelle la présente action a été intentée, et 1998, année pendant laquelle notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Garland n° 1*, que les PPR devaient respecter la limite prescrite par l'art. 347 du *Code criminel*. Quant à la période comprise entre 1981 et 1994, année pendant laquelle la présente action a été intentée, rien n'indique que Consumers' Gas savait que les PPR contrevenaient à l'art. 347 du *Code criminel*. Cela joue en faveur de Consumers' Gas en ce qui concerne cette période. Le fait que Consumers' Gas se soit fondée sur les ordonnances de la CEO, sans savoir véritablement ou vraisemblablement qu'elles étaient inopérantes, suffit pour qu'il y ait un motif juridique justifiant l'enrichissement pendant cette première période.

Cependant, au moment où l'action a été intentée en 1994, Consumers' Gas a été informée de la possibilité sérieuse que ses PPR contreviennent au *Code criminel*. Cette possibilité est devenue réalité lorsque notre Cour a conclu que les PPR excédaient la limite prescrite par l'art. 347. Consumers' Gas aurait pu demander à la CEO de modifier sa structure tarifaire en attendant le règlement de l'affaire afin de s'assurer qu'elle n'enfreignait pas le *Code criminel*, ou elle aurait pu solliciter des mesures d'urgence. Comme l'a souligné l'avocat de l'appellant dans sa plaidoirie, elle a pris un « risque » en s'abstenant de le faire. Après que l'action eut été intentée et qu'elle eut été informée de la possibilité sérieuse que les PPR contreviennent au *Code criminel*, Consumers' Gas ne pouvait plus raisonnablement se fonder sur

reasonable for Consumers' Gas to rely on the OEB rate orders to authorize the LPPs.

Moreover, once this Court held that LPPs were offside, for purposes of unjust enrichment, it is logical and fair to choose the date on which the action for redress commenced. Awarding restitution from 1981 would be unfair to the respondent since it was entitled to reasonably rely on the OEB orders until the commencement of this action in 1994. Awarding restitution from 1998 would be unfair to the appellant. This is because it would permit the respondent to retain LPPs collected in violation of s. 347 after 1994 when it was no longer reasonable for the respondent to have relied on the OEB orders and the respondent should be presumed to have known the LPPs violated the *Criminal Code*. Further, awarding restitution from 1998 would deviate from the general rule that monetary remedies like damages and interest are awarded as of the date of occurrence of the breach or as of the date of action rather than the date of judgment.

Awarding restitution from 1994 appropriately balances the respondent's reliance on the OEB orders from 1981-1994 with the appellant's expectation of recovery of monies that were charged in violation of the *Criminal Code* once the serious possibility that the OEB orders were inoperative had been raised. As a result, as of the date this action was commenced in 1994, it was no longer reasonable for Consumers' Gas to rely on the OEB orders to insulate them from liability in a civil action of this type for collecting LPPs in contravention of the *Criminal Code*. Thus, after the action was commenced in 1994, there was no longer a juristic reason for the enrichment of the respondent, so the appellant is entitled to restitution of the portion of monies paid to satisfy LPPs that exceeded an interest rate of 60 percent, as defined in s. 347 of the *Criminal Code*.

les ordonnances tarifaires de la CEO pour justifier les PPR.

En outre, puisque notre Cour a conclu à l'irrégularité des PPR, il est logique et juste, en ce qui a trait à l'enrichissement sans cause, de choisir la date à laquelle l'action visant à obtenir une réparation a débuté. Il serait inéquitable pour l'intimée d'ordonner la restitution à partir de 1981 étant donné qu'elle pouvait raisonnablement se fonder sur les ordonnances de la CEO jusqu'à l'introduction de la présente action en 1994. Il serait inéquitable pour l'appelant d'ordonner la restitution à partir de 1998, étant donné que l'intimée pourrait alors conserver les PPR perçues en contravention de l'art. 347 après 1994, alors qu'elle ne pouvait plus raisonnablement se fonder sur les ordonnances de la CEO et qu'il y a lieu de présumer qu'elle savait que les PPR contrevenaient au *Code criminel*. En outre, ordonner la restitution des PPR perçues depuis 1998 dérogerait à la règle générale selon laquelle les réparations pécuniaires, tels les dommages-intérêts, sont calculées à compter de la date de la contravention ou de la date de l'introduction de l'action, plutôt qu'à compter de la date du jugement.

La restitution à partir de 1994 établit un juste équilibre entre le fait que l'intimée se soit fondée sur les ordonnances de la CEO entre 1981 et 1994 et le fait que l'appelant s'attendait à recouvrer des sommes perçues en contravention du *Code criminel* après qu'eut été soulevée la possibilité sérieuse que les ordonnances de la CEO soient inopérantes. Par conséquent, après l'introduction de la présente action en 1994, Consumers' Gas ne pouvait plus raisonnablement compter sur les ordonnances de la CEO pour échapper, dans le cadre d'une telle action civile, à la responsabilité résultant de la perception de PPR contrevenant au *Code criminel*. Ainsi, après l'introduction de l'action en 1994, plus aucun motif juridique ne justifiait l'enrichissement de l'intimée, de sorte que l'appelant a droit à la restitution des sommes versées pour acquitter les PPR qui représentaient un taux d'intérêt supérieur à la limite de 60 pour 100 prescrite par l'art. 347 du *Code criminel*.

60

61

## B. *Defences*

62

Having held that the appellant's claim for unjust enrichment is made out for LPPs paid after 1994, it remains to be determined whether the respondent can avail itself of any defences raised. It is only necessary to consider the defences for the period after 1994, when the elements of unjust enrichment are made out, and thus I will not consider whether the defences would have applied if there had been unjust enrichment before 1994. I will address each defence in turn.

### (a) Change of Position Defence

63

Even where the elements of unjust enrichment are made out, the remedy of restitution will be denied where an innocent defendant demonstrates that it has materially changed its position as a result of an enrichment such that it would be inequitable to require the benefit to be returned (*Storthoaks, supra*). In this case, the respondent says that any "benefit" it received from the unlawful charges was passed on to other customers in the form of lower gas delivery rates. Having "passed on" the benefit, it says, it should not be required to disgorge the amount of the benefit (a second time) to overcharged customers such as the appellant. The issue here, however, is not the ultimate destination within the regulatory system of an amount of money equivalent to the unlawful overcharges, nor is this case concerned with the net impact of these overcharges on the respondent's financial position. The issue is whether, as between the overcharging respondent and the overcharged appellant, the passing of the benefit on to other customers excuses the respondent of having overcharged the appellant.

64

The appellant submits that the defence of change of position is not available to a defendant who is a wrongdoer and that, since the respondent in this case was enriched by its own criminal misconduct, it should not be permitted to avail itself of the defence. I agree. The rationale for the change of position

## B. *Moyens de défense*

Après avoir conclu que l'action pour enrichissement sans cause de l'appellant était fondée en ce qui concerne les PPR versées après 1994, il reste à déterminer si l'intimée peut invoquer l'un ou l'autre des moyens de défense soulevés. Il n'est nécessaire d'examiner ces moyens de défense qu'à l'égard de la période postérieure à 1994, au sujet de laquelle l'existence des éléments de l'enrichissement sans cause a été établie. Par conséquent, je ne me demanderai pas si les moyens de défense auraient pu être invoqués s'il y avait eu enrichissement sans cause avant 1994. J'examinerai ces moyens de défense l'un après l'autre.

### a) Moyen de défense fondé sur le changement de situation

Même dans le cas où l'existence des éléments de l'enrichissement sans cause est établie, la restitution sera refusée si un défendeur innocent démontre qu'à la suite d'un enrichissement il a modifié sa situation à un point tel qu'il serait inéquitable de l'obliger à rendre l'avantage qu'il a reçu (*Storthoaks, précité*). Dans la présente affaire, l'intimée affirme que tout « avantage » qu'elle a tiré des frais illégaux a été transmis, sous forme de réduction des tarifs de livraison du gaz, aux autres clients. Elle prétend que, puisqu'elle a « transmis » l'avantage, elle ne devrait pas avoir à en restituer (une seconde fois) le montant aux clients comme l'appellant qui se sont vu infliger des frais excessifs. Toutefois, il ne s'agit pas de savoir où a abouti, en fin de compte, dans le système de réglementation, le montant d'argent résultant des frais excessifs, ni de connaître le résultat net que ces frais excessifs ont eu sur la situation financière de l'intimée. La question est de savoir si, du point de vue de l'intimée qui inflige ces frais et de l'appellant qui se les voit infliger, la transmission de l'avantage aux autres clients peut excuser l'intimée d'avoir infligé des frais excessifs à l'appellant.

L'appellant fait valoir qu'un défendeur fautif ne peut pas invoquer le moyen de défense fondé sur le changement de situation et que l'intimée ne peut pas invoquer ce moyen de défense en l'espèce étant donné qu'elle s'est enrichie grâce à sa propre conduite criminelle. Je suis d'accord. Le moyen

defence appears to flow from considerations of equity. G. H. L. Fridman writes that “[o]ne situation which would appear to render it inequitable for the defendant to be required to disgorge a benefit received from the plaintiff in the absence of any wrongdoing on the part of the defendant would be if he has changed his position for the worse as a result of the receipt of the money in question” (*Restitution* (2nd ed. 1992), at p. 458). In the leading British case on the defence, *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 512 (H.L.), Lord Goff stated (at p. 533):

[I]t is right that we should ask ourselves: why do we feel that it would be unjust to allow restitution in cases such as these [where the defendant has changed his or her position]? The answer must be that, where an innocent defendant’s position is so changed that he will suffer an injustice if called upon to repay or to repay in full, the injustice of requiring him so to repay outweighs the injustice of denying the plaintiff restitution.

If the change of position defence is intended to prevent injustice from occurring, the whole of the plaintiff’s and defendant’s conduct during the course of the transaction should be open to scrutiny in order to determine which party has a better claim. Where a defendant has obtained the enrichment through some wrongdoing of his own, he cannot then assert that it would be unjust to return the enrichment to the plaintiff. In this case, the respondent cannot avail itself of this defence because the LPPs were obtained in contravention of the *Criminal Code* and, as a result, it cannot be unjust for the respondent to have to return them.

Thus, the change of position defence does not help the respondent in this case. Even assuming that the respondent would have met the other requirements set out in *Storthoaks*, *supra*, the respondent cannot avail itself of the defence because it is not an “innocent” defendant given that the benefit was received as a result of a *Criminal Code* violation. It is not necessary, as a result, to discuss change of position in a comprehensive manner and I leave a

de défense fondé sur le changement de situation paraît reposer sur des considérations d’équité. G. H. L. Fridman écrit, dans *Restitution* (2<sup>e</sup> éd. 1992), p. 458, qu’[TRADUCTION] « [u]n cas où il semblerait inéquitable d’obliger le défendeur à restituer l’avantage qu’il a reçu du demandeur sans accomplir quelque acte répréhensible serait celui où sa situation s’est détériorée à la suite de la réception de la somme d’argent en question ». Dans l’arrêt de principe britannique concernant ce moyen de défense, *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1992] 4 All E.R. 512 (H.L.), lord Goff affirme (p. 533) :

[TRADUCTION] [I] est juste que nous nous demandions pourquoi il nous semblerait inéquitable de permettre la restitution dans des cas comme ceux-là [lorsque le défendeur a modifié sa situation]. Il faut répondre que, lorsque la situation d’un défendeur innocent a changé à un point tel qu’il subirait une injustice si on l’obligeait à rembourser en partie ou en totalité ce qu’il a reçu, l’injustice qu’il subirait si on l’obligeait à effectuer ce remboursement l’emporte sur celle qui résulterait du refus d’ordonner la restitution au demandeur.

Si le moyen de défense fondé sur le changement de situation a pour objet d’éviter qu’une injustice soit causée, il doit alors être possible d’examiner attentivement l’ensemble de la conduite que le demandeur et le défendeur ont respectivement adoptée au cours de l’opération afin de décider lequel a la meilleure thèse. Le défendeur qui s’est enrichi en accomplissant des actes répréhensibles ne peut pas prétendre qu’il serait injuste de l’obliger à restituer au demandeur ce dont il s’est enrichi. En l’espèce, l’intimée ne peut pas invoquer ce moyen de défense parce que les PPR qu’elle a perçues contreviennent au *Code criminel* et, de ce fait, il ne peut pas être injuste de l’obliger à en restituer le montant.

Par conséquent, le moyen de défense fondé sur le changement de situation n’est d’aucun secours à l’intimée en l’espèce. Même en supposant qu’elle aurait satisfait aux autres exigences énoncées dans l’arrêt *Storthoaks*, précité, l’intimée ne peut pas invoquer ce moyen de défense parce qu’elle n’est pas un défendeur « innocent » du fait que la réception de l’avantage résulte d’une infraction au *Code criminel*. Il n’est donc pas nécessaire de procéder à

fuller development of the other elements of this defence to future cases.

(b) Section 18/25 of the *Ontario Energy Board Act*

67 The respondent raises a statutory defence found formerly in s. 18 and presently in s. 25 of the 1998 *OEBA*. The former and the present sections are identical, and read:

An order of the Board is a good and sufficient defence to any proceeding brought or taken against any person in so far as the act or omission that is the subject of the proceeding is in accordance with the order.

I agree with McMurtry C.J.O. that this defence should be read down so as to exclude protection from civil liability damage arising out of *Criminal Code* violations. As a result, the defence does not apply in this case and we do not have to consider the constitutionality of the section.

68 McMurtry C.J.O. was correct in his holding that legislative provisions purporting to restrict a citizen's rights of action should attract strict construction (*Berardinelli, supra*). In this case, I again agree with McMurtry C.J.O. that the legislature could not reasonably be believed to have contemplated that an OEB order could mandate criminal conduct, despite the broad wording of the section. Section 18/25, thus, cannot provide a defence to an action for restitution arising from an OEB order authorizing criminal conduct. As a consequence, like McMurtry C.J.O., I find the argument on s. 18/25 to be unpersuasive.

69 Because I find that it could not have been the intention of the legislature to bar civil claims stemming from acts that offend the *Criminal Code*, on a strict construction, s. 18/25 cannot protect Consumers' Gas from these types of claims. If the

une analyse complète du changement de situation, et je reporte à une autre occasion le soin d'approfondir la question des autres éléments de ce moyen de défense.

b) Article 18/25 de la *Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*

L'intimée invoque un moyen de défense prévu auparavant à l'art. 18 et maintenant à l'art. 25 de la *LCEO* de 1998. Les deux dispositions identiques sont ainsi rédigées :

Une ordonnance de la Commission constitue un moyen de défense valable à toute instance introduite contre qui que ce soit dans la mesure où l'acte ou l'omission qui en fait l'objet y est conforme.

Je suis d'accord avec le juge en chef McMurtry pour donner à ce moyen de défense une interprétation atténuée selon laquelle il n'offre aucune protection contre les actions en responsabilité civile découlant d'une infraction au *Code criminel*. En conséquence, le moyen de défense ne peut pas être invoqué en l'espèce et nous n'avons pas à examiner la constitutionnalité de la disposition qui le prévoit.

Le juge en chef McMurtry a eu raison de conclure qu'il y a lieu d'interpréter d'une manière restrictive les dispositions législatives censées restreindre les droits d'action des citoyens (*Berardinelli, précité*). Là encore, en l'espèce, je souscris à l'opinion du juge en chef McMurtry selon laquelle, malgré le libellé général de la disposition, il n'est pas raisonnable de croire que le législateur a prévu qu'une ordonnance de la CEO pourrait commander une conduite criminelle. L'article 18/25 ne peut donc pas servir de moyen de défense à l'encontre d'une action en restitution résultant d'une ordonnance de la CEO autorisant une conduite criminelle. Par conséquent, à l'instar du juge en chef McMurtry, j'estime non convaincant l'argument relatif à l'art. 18/25.

Étant donné que le législateur n'a pas pu, selon moi, avoir l'intention d'interdire les actions civiles découlant d'actes qui enfreignent le *Code criminel*, l'art. 18/25, interprété d'une manière restrictive, ne saurait protéger Consumers' Gas contre



provincial legislature had wanted to eliminate the possibility of such actions, it should have done so explicitly in the provision. In the absence of such explicit provision, s. 18/25 must be read so as to exclude from its protection civil actions arising from violations of the *Criminal Code* and thus does not provide a defence for the respondent in this case.

(c) Exclusive Jurisdiction and Collateral Attack

McMurtry C.J.O. was also correct in his holding that the OEB does not have exclusive jurisdiction over this dispute. While the dispute does involve rate orders, at its heart it is a private law matter under the competence of civil courts and consequently the Board does not have jurisdiction to order the remedy sought by the appellant.

In addition, McMurtry C.J.O. is correct in holding that this action does not constitute an impermissible collateral attack on the OEB's order. The doctrine of collateral attack prevents a party from undermining previous orders issued by a court or administrative tribunal (see *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000), at pp. 369-70). Generally, it is invoked where the party is attempting to challenge the validity of a binding order in the wrong forum, in the sense that the validity of the order comes into question in separate proceedings when that party has not used the direct attack procedures that were open to it (i.e., appeal or judicial review). In *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 599, this Court described the rule against collateral attack as follows:

It has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well settled in the authorities that such an order may not be attacked

ce type d'actions. Si le législateur provincial avait voulu écarter de tels recours, il aurait dû l'indiquer expressément dans la disposition. En l'absence d'une telle disposition expresse, il faut considérer que l'art. 18/25 n'offre aucune protection contre les actions civiles découlant d'une infraction au *Code criminel* et que l'intimée ne peut donc pas, en l'espèce, l'invoquer comme moyen de défense.

c) Compétence exclusive et contestation indirecte

Le juge en chef McMurtry a également eu raison de conclure que la CEO n'a pas compétence exclusive à l'égard du présent litige. Bien qu'il soit question d'ordonnances tarifaires, le litige porte principalement sur une question de droit privé qui relève de la compétence des tribunaux civils, de sorte que la Commission n'a pas le pouvoir d'ordonner la réparation sollicitée par l'appellant.

En outre, le juge en chef McMurtry a eu raison de décider que la présente action ne constitue pas une contestation indirecte inacceptable de l'ordonnance de la CEO. La règle interdisant les contestations indirectes empêche une partie d'attaquer les ordonnances antérieures d'un tribunal judiciaire ou administratif (voir l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000), p. 369-370). En général, cette règle est invoquée lorsqu'une partie tente de contester la validité d'une ordonnance exécutoire devant un tribunal non compétent en la matière, c'est-à-dire lorsque la validité de l'ordonnance est contestée dans le cadre de procédures autres que celles dont cette partie disposait pour la contester directement (c.-à-d. l'appel ou le contrôle judiciaire). Dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 599, notre Cour a ainsi décrit la règle interdisant les contestations indirectes :

Selon un principe fondamental établi depuis longtemps, une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. De plus, la jurisprudence établit très clairement qu'une telle

70

71

collaterally — and a collateral attack may be described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment.

Based on a plain reading of this rule, the doctrine of collateral attack does not apply in this case because here the specific object of the appellant's action is not to invalidate or render inoperative the Board's orders, but rather to recover money that was illegally collected by the respondent as a result of Board orders. Consequently, the collateral attack doctrine does not apply.

72

Moreover, the appellant's case lacks other hallmarks of collateral attack. As *McMurtry C.J.O.* points out at para. 30 of his reasons, the collateral attack cases all involve a party, bound by an order, seeking to avoid the effect of that order by challenging its validity in the wrong forum. In this case, the appellant is not bound by the Board's orders, therefore the rationale behind the rule is not invoked. The fundamental policy behind the rule against collateral attack is to "maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice" (*R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, at p. 349). The idea is that if a party could avoid the consequences of an order issued against it by going to another forum, this would undermine the integrity of the justice system. Consequently, the doctrine is intended to prevent a party from circumventing the effect of a decision rendered against it.

73

In this case, the appellant is not the object of the orders and thus there can be no concern that he is seeking to avoid the orders by bringing this action. As a result, a threat to the integrity of the system does not exist because the appellant is not legally bound to follow the orders. Thus, this action does not appear, in fact, to be a collateral attack on the Board's orders.

ordonnance ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte; l'attaque indirecte peut être décrite comme une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement.

Simplement en la lisant, on constate que la règle interdisant les contestations indirectes ne s'applique pas en l'espèce parce que l'action de l'appelant a pour objet précis non pas d'invalider ou de rendre inopérantes les ordonnances de la Commission, mais plutôt de recouvrer les sommes que l'intimée a perçues illégalement à la suite de ces ordonnances. Par conséquent, la règle interdisant les contestations indirectes ne s'applique pas.

Le cas de l'appelant ne comporte pas non plus d'autres caractéristiques de la contestation indirecte. Comme le souligne le juge en chef *McMurtry*, au par. 30 de ses motifs, dans tous les cas où il y a une contestation indirecte, il y a une partie liée par une ordonnance qui tente d'éviter les effets de cette ordonnance en en contestant la validité devant un tribunal non compétent en la matière. En l'espèce, l'appelant n'est pas lié par les ordonnances de la Commission, de sorte que la raison d'être de cette règle n'est pas en cause. La règle interdisant les contestations indirectes a pour objet fondamental de « maintenir la primauté du droit et [de] préserver la considération dont jouit l'administration de la justice » (*R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, p. 349). On estime que l'intégrité du système de justice serait compromise si une partie pouvait échapper aux conséquences d'une ordonnance prononcée contre elle en s'adressant à un autre tribunal. La règle vise donc à empêcher une partie de contourner les effets d'une décision prononcée contre elle.

En l'espèce, l'appelant n'est pas visé par les ordonnances et il n'est donc pas question pour lui de chercher à s'y soustraire en intentant la présente action. Par conséquent, l'intégrité du système n'est pas compromise étant donné que l'appelant n'est pas légalement tenu de se conformer à ces ordonnances. Ainsi, la présente action ne paraît pas constituer, dans les faits, une contestation indirecte des ordonnances de la Commission.

(d) The Regulated Industries Defence

The respondent submits that it can avail itself of the “regulated industries defence” to bar recovery in restitution because an act authorized by a valid provincial regulatory scheme cannot be contrary to the public interest or an offence against the state and, as a result, the collection of LPPs pursuant to orders issued by the OEB cannot be considered to be contrary to the public interest and thus cannot be contrary to s. 347 of the *Criminal Code*.

Winkler J. held that the underlying purpose of the defence, regulation of monopolistic industries in order to ensure “just and reasonable” rates for consumers, would be served in the circumstances and as a result the defence would normally apply. However, because of the statutory language of s. 347, Winkler J. determined that the defence was not permitted in this case. He wrote, at para. 34, “[t]he defendant can point to no case which allows the defence unless the federal statute in question uses the word ‘unduly’ or the phrase ‘in the public interest’”. Absent such recognition in the statute of “public interest”, he held, no leeway for provincial exceptions exist.

I agree with the approach of Winkler J. The principle underlying the application of the defence is delineated in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 356:

When a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes.

Estey J. reached this conclusion after canvassing the cases in which the regulated industries defence had been applied. Those cases all involved conflict between federal competition law and a provincial regulatory scheme, but the application of the

d) Le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité

L'intimée soutient que, pour empêcher le recouvrement par voie de restitution, elle peut invoquer le « moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité » étant donné que l'acte autorisé par un régime de réglementation provinciale valide ne peut pas être contraire à l'intérêt public ni constituer une infraction contre l'État, et qu'on ne peut donc pas considérer que la perception des PPR fondée sur les ordonnances de la CEO est contraire à l'intérêt public et, ainsi, contraire à l'art. 347 du *Code criminel*.

Le juge Winkler a estimé que l'objectif qui sous-tend le moyen de défense, à savoir la réglementation des activités monopolistiques destinée à assurer aux consommateurs une tarification [TRADUCTION] « juste et raisonnable », serait atteint dans les circonstances et qu'il était donc normalement possible d'invoquer le moyen. Cependant, en raison du libellé de l'art. 347, le juge Winkler a décidé que ce moyen ne pouvait pas être invoqué en l'espèce. Il a écrit ceci, au par. 34 : [TRADUCTION] « Le défendeur est incapable d'indiquer quelque décision où ce moyen de défense a pu être invoqué sans que les termes “indûment” ou “dans l'intérêt public” soient présents dans la loi fédérale en cause ». Sans une telle reconnaissance dans la loi d'« intérêt public », a-t-il conclu, il n'y a aucune marge de manœuvre qui permet à la loi provinciale de faire exception.

Je suis d'accord avec l'approche du juge Winkler. Le principe qui sous-tend la possibilité d'invoquer le moyen de défense est décrit dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 356 :

Chaque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit.

Le juge Estey est arrivé à cette conclusion après avoir étudié les affaires dans lesquelles le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité avait été invoqué. Dans tous les cas, il y avait conflit entre une loi fédérale en matière de concurrence

74

75

76

defence in those cases had to do with the particular wording of the statutes in question. While I cannot see a principled reason why the defence should not be broadened to apply to cases outside the area of competition law, its application should flow from the above enunciated principle.

77

Winkler J. was correct in concluding that, in order for the regulated industries defence to be available to the respondent, Parliament needed to have indicated, either expressly or by necessary implication, that s. 347 of the *Criminal Code* granted leeway to those acting pursuant to a valid provincial regulatory scheme. If there were any such indication, I would say that it should be interpreted, in keeping with the above principle, not to interfere with the provincial regulatory scheme. But s. 347 does not contain the required indication for exempting a provincial scheme.

78

This view is further supported by this Court's decision in *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55. In that case, the accused was charged with "knowingly" selling obscene material "without lawful justification or excuse" (para. 44). The accused argued that the Ontario Film Review Board had approved the videotapes, therefore it had a lawful justification or excuse. This Court considered whether approval by a provincial body could displace a criminal charge. Sopinka J., for the majority, held that in order to exempt acts taken pursuant to a provincial regulatory body from the reach of the criminal law, Parliament must unequivocally express this intention in the legislative provision in issue (at para. 118):

While Parliament has the authority to introduce dispensation or exemption from criminal law in determining what is and what is not criminal, and may do so by authorizing a provincial body or official acting under provincial legislation to issue licences and the like, an intent to do so must be made plain.

et un régime de réglementation provincial, mais la possibilité d'invoquer le moyen de défense tenait au libellé particulier des lois en question. Bien que je ne voie aucune raison logique de ne pas l'étendre aux affaires qui débordent le droit de la concurrence, il reste que la possibilité d'invoquer ce moyen de défense doit émaner du principe susmentionné.

Le juge Winkler a eu raison de conclure que, pour que l'intimée puisse invoquer le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité, il aurait fallu que le législateur indique, soit expressément ou par déduction nécessaire, que l'art. 347 du *Code criminel* accorde la liberté de le faire à ceux qui agissent conformément à un régime de réglementation provinciale valide. Si une telle indication avait été donnée, il faudrait, selon moi, l'interpréter conformément au principe susmentionné, c'est-à-dire de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec le régime de réglementation provinciale. Cependant, l'art. 347 ne contient pas l'indication requise pour qu'un régime provincial échappe à son application.

Ce point de vue est également étayé par l'arrêt de notre Cour *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55. Dans cette affaire, l'accusé avait été inculpé d'avoir vendu « "sciemment" du matériel obscène "sans justification ni excuse légitime" » (par. 44). L'accusé a soutenu que la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario avait approuvé les vidéocassettes et qu'il avait donc une justification ou une excuse légitime. Notre Cour s'est demandé si l'approbation donnée par un organisme provincial permettait d'échapper à des accusations criminelles. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Sopinka a conclu que, si le législateur a l'intention de soustraire à l'application du droit criminel les actes autorisés par un organisme de réglementation provinciale, il doit exprimer clairement cette intention dans la disposition législative en cause (par. 118) :

Bien que le Parlement ait le pouvoir d'introduire dans ses lois criminelles des dispenses ou des immunités en déterminant ce qui est et ce qui n'est pas criminel et qu'il puisse le faire en autorisant un organisme provincial, ou un fonctionnaire agissant en application d'une loi provinciale, à délivrer des permis ou des choses semblables, son intention de le faire doit être évidente.

The question of whether the regulated industries defence can apply to the respondent is actually a question of whether s. 347 of the *Criminal Code* can support the notion that a valid provincial regulatory scheme cannot be contrary to the public interest or an offence against the state. In the previous cases involving the regulated industries defence, the language of “the public interest” and “unduly” limiting competition has always been present. The absence of such language from s. 347 of the *Criminal Code* precludes the application of this defence in this case.

(e) De Facto Doctrine

Consumers' Gas submits that because it was acting pursuant to a disposition of law that was valid at the time — the Board orders — they should be exempt from liability by virtue of the *de facto* doctrine. This argument cannot succeed. Consumers' Gas is not a government official acting under colour of authority. While the respondent points to the Board orders as justification for its actions, this does not bring the respondent into the purview of the *de facto* doctrine because the case law does not support extending the doctrine's application beyond the acts of government officials. The underlying purpose of the doctrine is to preserve law and order and the authority of the government. These interests are not at stake in the instant litigation. As a result, Consumers' Gas cannot rely on the *de facto* doctrine to resist the plaintiff's claim.

Furthermore, the *de facto* doctrine attaches to government and its officials in order to protect and maintain the rule of law and the authority of government. An extension of the doctrine to a private corporation that is simply regulated by a government authority is not supported by the case law and in my view does not further the underlying purpose of the doctrine. In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court held, at p. 756, that:

La question de savoir si l'intimée peut invoquer le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité revient, en fait, à se demander si l'art. 347 du *Code criminel* peut étayer l'idée qu'un régime de réglementation provincial valide ne peut pas être contraire à l'intérêt public ni constituer une infraction contre l'État. Dans la jurisprudence où le moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité a été invoqué, les termes « l'intérêt public » et limiter « indûment » la concurrence étaient toujours présents. L'absence de ces termes à l'art. 347 du *Code criminel* empêche d'invoquer ce moyen de défense en l'espèce.

e) Le principe de la validité de facto

Consumers' Gas soutient que, puisqu'elle agissait en vertu de dispositions légales valides à l'époque, à savoir les ordonnances de la Commission, elle devrait être exonérée de toute responsabilité en application du principe de la validité *de facto*. Cet argument ne saurait être retenu. Consumers' Gas n'est pas un fonctionnaire qui agit avec une apparence d'autorité. Bien que l'intimée indique que les ordonnances de la Commission justifient ses actes, le principe de la validité *de facto* ne s'applique pas pour autant à elle étant donné que la jurisprudence ne favorise pas l'application du principe à d'autres actes que ceux des fonctionnaires. Le principe a pour objet fondamental d'assurer le respect de la loi et de l'ordre ainsi que de l'autorité du gouvernement, lesquels ne sont pas en cause dans la présente affaire. Par conséquent, Consumers' Gas ne peut invoquer le principe de la validité *de facto* pour s'opposer à l'action du demandeur.

En outre, le principe de la validité *de facto* s'applique au gouvernement et à ses fonctionnaires afin de protéger et de maintenir la primauté du droit et l'autorité du gouvernement. L'application du principe à une société privée simplement réglementée par un organisme gouvernemental n'est pas étayée par la jurisprudence et ne favorise pas, selon moi, la réalisation de son objet fondamental. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 756, notre Cour a statué :

79

80

81

There is only one true condition precedent to the application of the doctrine: the *de facto* officer must occupy his or her office under colour of authority.

It cannot be said that Consumers' Gas was a *de facto* officer acting under colour of authority when it charged LPPs to customers. Consumers' Gas is a private corporation acting in a regulatory context, not an officer vested with some sort of authority. When charging LPPs, Consumers' Gas is engaging in commerce, not issuing a permit or passing a by-law.

82

In rejecting the application of the *de facto* doctrine here, I am cognizant of the passage in *Reference re Manitoba Language Rights*, at p. 757, cited by the intervener Toronto Hydro and which, at first glance, appears to imply that the *de facto* doctrine might apply to private corporations:

... the *de facto* doctrine will save those rights, obligations and other effects which have arisen out of actions performed pursuant to invalid Acts of the Manitoba Legislature by public and private bodies corporate, courts, judges, persons exercising statutory powers and public officials. [Emphasis added.]

83

While this passage appears to indicate that “private bodies corporate” are protected by the doctrine, it must be read in the context of the entire judgment. Earlier, at p. 755, the Court referred to the writings of Judge A. Constantineau in *The De Facto Doctrine* (1910), at pp. 3-4. The following excerpt from that passage is relevant:

The *de facto* doctrine is a rule or principle of law which . . . recognizes the existence of, and protects from collateral attack, public or private bodies corporate, which, though irregularly or illegally organized, yet, under color of law, openly exercise the powers and functions of regularly created bodies . . . . [Emphasis added.]

In this passage, I think it is clear that the Court's reference to “private bodies corporate” is limited to issues affecting the creation of the corporation, for example where a corporation was incorporated under an invalid statute. It does not suggest that the

Il n'y a qu'une seule vraie condition préalable à l'application de ce principe : l'officier *de facto* doit occuper sa charge sous apparence d'autorité.

On ne saurait affirmer que Consumers' Gas était un officier *de facto* agissant avec une apparence d'autorité lorsqu'elle infligeait des PPR à ses clients. Consumers' Gas est une société privée agissant dans un cadre réglementaire, et non un fonctionnaire investi de quelque forme d'autorité. Lorsqu'elle inflige des PPR, Consumers' Gas effectue une opération commerciale et ne se trouve pas à délivrer un permis ou à adopter un règlement.

En refusant d'appliquer le principe de la validité *de facto* en l'espèce, je suis conscient du passage tiré de la p. 757 du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, que l'intervenante Toronto Hydro a cité et qui, à première vue, semble indiquer que le principe de la validité *de facto* pourrait s'appliquer aux sociétés privées :

... le principe de la validité *de facto* permettra de sauver les droits, obligations et autres effets ayant découlé des actes accomplis, conformément à des lois invalides du Manitoba, par des corps publics ou privés, des tribunaux, des juges, des personnes exerçant des pouvoirs légaux et des officiers publics. [Je souligne.]

Bien qu'il paraisse indiquer que le principe protège les « corps privés », ce passage doit être interprété en fonction de l'ensemble du jugement. Plus tôt, à la p. 755, la Cour mentionne un passage tiré des p. 3-4 de l'ouvrage du juge A. Constantineau, intitulé *The De Facto Doctrine* (1910). L'extrait suivant de ce passage est pertinent :

[TRADUCTION] Le principe de la validité *de facto* est une règle ou un principe de droit qui [. . .] reconnaît l'existence, les protégeant d'une contestation indirecte, des corps publics ou privés qui, bien qu'irrégulièrement ou illégalement constitués, sous apparence de légalité, exercent ouvertement les pouvoirs et fonctions des corps régulièrement constitués . . . [Je souligne.]

À mon avis, il est clair, dans ce passage, que la Cour ne mentionne les « corps privés » qu'en ce qui concerne les questions touchant à la constitution de la société, par exemple, lorsqu'une société a été constituée en vertu d'une loi invalide. Ce passage

acts of the corporation are shielded from liability by virtue of the *de facto* doctrine.

This view finds further support in the following passage from the judgment (at p. 755):

That the foundation of the principle is the more fundamental principle of the rule of law is clearly stated by Constantineau in the following passage (at pp. 5-6):

Again, the doctrine is necessary to maintain the supremacy of the law and to preserve peace and order in the community at large, since any other rule would lead to such uncertainty and confusion, as to break up the order and quiet of all civil administration. Indeed, if any individual or body of individuals were permitted, at his or their pleasure, to challenge the authority of and refuse obedience to the government of the state and the numerous functionaries through whom it exercises its various powers, or refuse to recognize municipal bodies and their officers, on the ground of irregular existence or defective titles, insubordination and disorder of the worst kind would be encouraged, which might at any time culminate in anarchy.

The underlying purpose of the doctrine is to preserve law and order and the authority of the government. These interests are not at stake in the instant litigation. In sum, I find no merit in Consumers' Gas's argument that the *de facto* doctrine shields it from liability and as a result this doctrine should not be a bar to the appellant's recovery.

### C. *Other Orders Requested*

#### (a) Preservation Order

The appellant, Garland, requests an "Amax-type" preservation order on the basis that the LPPs continue to be collected at a criminal rate during the pendency of this action, and these payments would never have been made but for the delays inherent in litigation (*Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576). In my view, however, a preservation order is not appropriate in this case. Consumers' Gas has now ceased to collect the LPPs at a criminal rate. As a result, if a preservation order were made, there would be no future

n'indique pas que les actes d'une telle société n'engagent pas sa responsabilité en vertu du principe de la validité *de facto*.

Ce point de vue trouve également appui dans l'extrait suivant de l'arrêt (p. 755) :

Le juge Constantineau dit clairement que ce principe a pour fondement le principe supérieur de la primauté du droit (aux pp. 5 et 6) :

[TRADUCTION] Ici encore, le principe est nécessaire au maintien de la primauté du droit et à la préservation de la paix et de l'ordre dans la société en général, car toute autre règle susciterait une incertitude et une confusion de nature à anéantir l'ordre et la tranquillité de toute administration civile. D'ailleurs, si un individu ou un groupe d'individus étaient autorisés, selon leur bon plaisir, à contester l'autorité de l'État et des divers fonctionnaires par lesquels il exerce ses nombreux pouvoirs, et à refuser de leur obéir, ou à refuser de reconnaître les corps municipaux et leurs officiers, en raison de leur existence irrégulière ou pour vice de titres, l'insubordination et le désordre les plus graves seraient encouragés, ce qui, à tout moment, pourrait conduire à l'anarchie.

Ce principe a pour objet fondamental d'assurer le respect de la loi et de l'ordre ainsi que de l'autorité du gouvernement, lesquels ne sont pas en cause dans la présente affaire. Somme toute, je considère non fondé l'argument de Consumers' Gas selon lequel le principe de la validité *de facto* l'exonère de toute responsabilité. Par conséquent, ce principe ne doit pas empêcher l'appelant de recouvrer les sommes en cause.

### C. *Les autres ordonnances sollicitées*

#### a) Ordonnance de conservation

L'appelant Garland sollicite une ordonnance de conservation de « type Amax » pour le motif que les PPR à un taux criminel continuent d'être perçues pendant la présente instance et que, n'eût été les délais inhérents au litige, les sommes en question n'auraient jamais été payées (*Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576). J'estime toutefois qu'il ne convient pas de prononcer une ordonnance de conservation en l'espèce. Consumers' Gas ne perçoit plus des PPR à un taux criminel. Par conséquent, si une ordonnance de

LPPs to which it could attach. Even with respect to the LPPs paid between 1994 and the present, to which such an order could attach, a preservation order should not be granted for three further reasons: (1) such an order would serve no practical purpose, (2) the appellant has not satisfied the criteria in the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, and (3) *Amax* can be distinguished from this case.

86 First, the appellant has not alleged that Consumers' Gas is an impecunious defendant or that there is any other reason to believe that Consumers' Gas would not satisfy a judgment against it. Even if there were some reason to believe that Consumers' Gas would not satisfy such a judgment, an *Amax*-type order allows the defendant to spend the monies being held in the ordinary course of business — no actual fund would be created. So the only thing that a preservation order would achieve would be to prevent Consumers' Gas from spending the money earned from the LPPs in a non-ordinary manner (for example, such as moving it off-shore) which the appellant has not alleged is likely to occur absent the order.

87 Second, the respondent submits that by seeking a preservation order the appellant is attempting to avoid Rule 45.02 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, the only source of jurisdiction in Ontario to make a preservation order. The *Rules of Civil Procedure* apply to class proceedings and do not permit such an order in these circumstances. Rule 45.02 provides that, “[w]here the right of a party to a specific fund is in question, the court may order the fund to be paid into court or otherwise secured on such terms as are just” (emphasis added). The respondent submits that the appellant is not in fact claiming a specific fund here. In the absence of submissions by the appellant on this issue, I am of the view that the appellant has not satisfied the criteria set out in the Ontario *Rules of Civil Procedure* and that this Court could refuse to grant the order requested on this basis.

conservation était prononcée, elle ne pourrait s’appliquer à aucune autre PPR versée par la suite. Même en ce qui concerne les PPR versées depuis 1994, auxquelles elle pourrait s’appliquer, il n’y a pas lieu de prononcer une ordonnance de conservation pour trois autres raisons : (1) cette ordonnance ne serait d’aucune utilité, (2) l’appelant n’a pas satisfait aux critères énoncés dans les *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, règl. 194, et (3) l’affaire *Amax* peut être distinguée de celle dont nous sommes saisis en l’espèce.

Premièrement, l’appelant n’a pas allégué que Consumers' Gas est une défenderesse démunie ou qu’il existe une autre raison de croire qu’elle n’exécuterait pas un jugement rendu contre elle. Même s’il existait quelque raison de croire que Consumers' Gas n’exécuterait pas un tel jugement, une ordonnance de type *Amax* permet au défendeur de dépenser les sommes d’argent détenues dans le cours normal de ses affaires, de sorte qu’aucun véritable fonds ne serait créé. Une ordonnance de conservation aurait donc pour seul effet d’empêcher Consumers' Gas de dépenser les sommes tirées d’une manière anormale des PPR (en les transférant à l’étranger, par exemple); toutefois, l’appelant n’a pas allégué qu’une telle situation pourrait se présenter si l’ordonnance n’était pas rendue.

Deuxièmement, l’intimée fait valoir qu’en sollicitant une ordonnance de conservation, l’appelant tente de contourner la règle 45.02 des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, qui est la seule disposition habilitante en matière d’ordonnance de conservation en Ontario. Les *Règles de procédure civile* s’appliquent aux recours collectifs et ne permettent pas de prononcer une telle ordonnance dans ces circonstances. La règle 45.02 prévoit que « [s]i le droit d’une partie à un fonds déterminé est mis en cause, le tribunal peut ordonner que ce fonds soit consigné au tribunal ou garanti d’une autre façon, à des conditions justes » (je souligne). L’intimée soutient qu’en fait l’appelant ne réclame pas un fonds déterminé en l’espèce. Comme l’appelant n’a avancé aucun argument à ce sujet, je suis d’avis qu’il n’a pas satisfait aux critères énoncés dans les *Règles de procédure civile* de l’Ontario et que notre Cour pouvait, de ce fait, refuser l’ordonnance sollicitée.



Finally, the appellant's use of *Amax, supra*, as authority for the type of order sought is without merit. The appellant has cited the judgment very selectively. The portion of the judgment the appellant cites in his written submissions reads in full (at p. 598):

Apart from the Rules this Court has the discretion to make an order as requested by appellants directing the Province of Saskatchewan to hold, as stakeholder, such sums as are paid by the appellants pursuant to the impugned legislation but with the right to use such sums in the interim for Provincial purposes, and with the obligation to repay them with interest in the event the legislation is ultimately held to be *ultra vires*. Such an order, however, would be novel, in giving the stakeholder the right to spend the moneys at stake, and I cannot see that it would serve any practical purpose. [Emphasis added.]

The Court in *Amax* went on to refuse to make the order. So while the appellant is right that the Court in *Amax* failed to reject the hypothetical possibility of making such an order in the future, it seems to me that in this case, as in *Amax*, such an order would serve no practical purpose. For these reasons, I find there is no basis for making a preservation order in this case.

(b) Declaration That the LPPs Need Not Be Paid

The appellant also seeks a declaration that the LPPs need not be paid. Given that the respondent asserts that the LPP is no longer charged at a criminal rate, issuing such a declaration would serve no practical purpose and as a result such a declaration should not be made.

(c) Costs

The appellant is entitled to his costs throughout. This should be understood to mean that, regardless of the outcome of any future litigation, the appellant is entitled to his costs in the proceedings leading up to and including *Garland No. 1* and this appeal. In addition, in oral submissions counsel for the Law Foundation of Ontario made the point that in order to reduce costs in future class actions, "litigation by installments", as occurred in this case, should be

Enfin, le recours de l'appelant à l'arrêt *Amax*, précité, pour justifier le type d'ordonnance sollicitée n'est pas fondé. L'appelant a cité cet arrêt de manière très sélective. Dans sa version intégrale, la partie de l'arrêt que l'appelant cite dans ses observations écrites est ainsi rédigée (p. 598) :

Indépendamment de ces règles, cette Cour a le pouvoir discrétionnaire de prononcer une ordonnance, comme le demandent les appelantes, qui enjoindrait à la province de la Saskatchewan de détenir à titre de dépositaire, les sommes versées par les appelantes en conformité de la loi contestée, tout en ayant le droit de les utiliser à des fins provinciales, mais avec l'obligation de les rembourser avec intérêts au cas où la loi serait déclarée *ultra vires*. Toutefois, il s'agirait là d'une ordonnance inusitée en ce qu'elle autoriserait le dépositaire à dépenser les sommes d'argent en jeu; et je ne vois pas alors en quoi cette ordonnance pourrait être utile. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Amax*, la Cour a refusé de prononcer l'ordonnance sollicitée. Donc, bien que l'appelant ait raison d'affirmer que, dans cet arrêt, la Cour n'a pas écarté la possibilité de prononcer une telle ordonnance à l'avenir, il me semble qu'en l'espèce, comme dans l'affaire *Amax*, une telle ordonnance ne serait d'aucune utilité. Pour ces motifs, j'estime que rien ne justifie de prononcer une ordonnance de conservation en l'espèce.

b) Jugement déclarant qu'il n'est pas nécessaire de payer les PPR

L'appelant sollicite aussi un jugement déclarant qu'il n'est pas nécessaire de payer les PPR. Étant donné que l'intimée affirme qu'elle ne perçoit plus des PPR à un taux criminel, un tel jugement déclaratoire ne serait d'aucune utilité et, par conséquent, il n'y a pas lieu de le rendre.

c) Dépens

L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours. Cela signifie qu'indépendamment de l'issue de tout litige ultérieur il a droit à ses dépens relatifs au pourvoi *Garland n<sup>o</sup> 1* et au présent pourvoi, y compris ceux relatifs aux procédures qui ont abouti à ces deux pourvois. En outre, dans sa plaidoirie, l'avocat de la Fondation du droit de l'Ontario a fait valoir qu'afin de réduire les dépens relatifs aux futurs recours collectifs, les [TRADUCTION]

avoided. I agree. On this issue, I endorse the comments of McMurtry C.J.O., at para. 76 of his reasons:

In this context, I note that the protracted history of these proceedings cast some doubt on the wisdom of hearing a case in instalments, as was done here. Before employing an instalment approach, it should be considered whether there is potential for such a procedure to result in multiple rounds of proceedings through various levels of court. Such an eventuality is to be avoided where possible, as it does little service to the parties or to the efficient administration of justice.

#### VI. Disposition

91 For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and substitute therefor an order that Consumers' Gas repay LPPs collected from the appellant in excess of the interest limit stipulated in s. 347 after the action was commenced in 1994 in an amount to be determined by the trial judge.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: McGowan Elliott & Kim, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Aird & Berlis, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Deputy Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the intervener Toronto Hydro-Electric System Limited: Ogilvy Renault, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Law Foundation of Ontario: Mark M. Orkin, Toronto.*

« procès en plusieurs épisodes » comme celui qui s'est déroulé en l'espèce doivent être évités. Je suis d'accord. À ce propos, je fais miens les commentaires du juge en chef McMurtry, au par. 76 de ses motifs :

[TRADUCTION] Dans ce contexte, je souligne que la longue durée de cette instance jette un certain doute sur la sagesse d'instruire une affaire par épisodes, comme cela a été fait en l'espèce. Avant d'adopter une méthode d'instruction par épisodes, il y a lieu de se demander si cette façon de procéder est susceptible de causer une multiplication de procédures devant différentes instances. Une telle situation doit être évitée autant que possible, car il n'est guère dans l'intérêt des parties ou de l'administration efficace de la justice qu'elle survienne.

#### VI. Dispositif

Pour les motifs susmentionnés, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et d'y substituer une ordonnance enjoignant à Consumers' Gas de rembourser à l'appelant, selon le montant fixé par le juge de première instance, les sommes qu'il a versées, après l'introduction de l'instance en 1994, pour acquitter les PPR qui représentaient un taux d'intérêt supérieur à la limite prescrite par l'art. 347.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant : McGowan Elliott & Kim, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Aird & Berlis, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureurs de l'intervenante Toronto Hydro-Electric System Limited : Ogilvy Renault, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Fondation du droit de l'Ontario : Mark M. Orkin, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Union Gas Limited:  
Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Union Gas Limited :  
Torys, Toronto.*