

Gordon Garland Appellant

v.

The Consumers' Gas Company Limited Respondent

INDEXED AS: GARLAND v. CONSUMERS' GAS CO.

File No.: 25644.

1998: March 23; 1998: October 30.

Present: L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Criminal interest rate — Late payment penalty — Gas utility charging late payment penalty of five percent on accounts not paid by due date — Whether late payment penalty constitutes “interest at a criminal rate” — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347.

Costs — Class actions — Class proceedings fund — Costs of procedural motion awarded against class representative in his personal capacity — Whether costs award should be set aside — Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 59.4 — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6.

The respondent gas utility, whose rates and payment policies are governed by the Ontario Energy Board, 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 which does not compound or increase over time. It was implemented in 1975 following a series of rate hearings conducted by the Board. In granting the respondent’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 the respondent of carrying accounts receivable. The Board recognized that if a bill is paid very soon after the due date, the penalty can be shown to represent a very high rate of interest, but it noted that customers could avoid such a charge by paying their

Gordon Garland Appelant

c.

Consumers' Gas Company Limited Intimée

RÉPERTORIÉ: GARLAND c. CONSUMERS' GAS CO.

Nº du greffe: 25644.

1998: 23 mars; 1998: 30 octobre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Droit criminel — Taux d'intérêt criminel — Pénalité pour paiement en retard — Entreprise de distribution de gaz imposant une pénalité de 5 pour 100 pour les comptes non payés à la date d'échéance — La pénalité pour paiement en retard équivaut-elle à des «intérêts à un taux criminel»? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347.

Dépens — Recours collectifs — Fonds d'aide aux recours collectifs — Représentant des membres du groupe de personnes dans un recours collectif condamné personnellement aux dépens d'une motion d'ordre procédural — La condamnation aux dépens devrait-elle être annulée? — Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, ch. L.8, art. 59.4 — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6.

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, envoie chaque mois à ses clients une facture qui prévoit 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 imposer une pénalité pour paiement en retard («PPR») qui correspond à 5 pour 100 du montant en souffrance pour ce mois. Cette pénalité est calculée une seule fois, elle ne comporte aucun intérêt composé et n'augmente pas avec le temps. Elle a été établie en 1975 à la suite d'une série d'audiences tarifaires de la Commission. En accédant à la demande de l'intimée visant l'imposition 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 l'intimée le report des comptes clients. La Commission a reconnu

bills on time. The appellant commenced an action on behalf of a large number of the respondent's customers alleging that the LPP violates s. 347 of the *Criminal Code* because — for a significant number of customers each month — it constitutes interest at a rate exceeding 60 percent per year. He submitted actuarial evidence showing that under the normal billing plan, the LPP gives rise to an interest rate exceeding 60 percent per annum for customers who pay within 37 days after the due date. Under the equal billing plan, the point at which the interest rate falls below 60 percent is between 24 and 90 days after the due date, depending on the month. The appellant also submitted statistical evidence indicating that while many of the respondent's customers pay late, most pay only a few days late. In support of this action, the appellant applied for and received financial assistance from the Ontario Class Proceedings Committee. He also moved for certification of a class proceeding on behalf of all customers who paid LPP charges after April 1, 1981, when s. 347 of the *Code* came into force. Prior to the disposition of that motion both the appellant and the respondent moved for summary judgment on various grounds. A judge of the Ontario Court (General Division) granted summary judgment in favour of the respondent and dismissed the action. The respondent moved for an order amending the judge's formal judgment. The appellant refused to consent to the motion. The motion was granted and the judge assessed costs to be payable by the appellant personally. The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal of the dismissal of his action.

Held (Bastarache J. dissenting): The appeal should be allowed and the matter remitted to the Ontario Court (General Division).

Per L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: Section 347 of the *Code* applies to the LPP imposed by the respondent. For the purposes of s. 347, "interest" is an extremely comprehensive term which expressly includes charges or expenses "in the form of a . . . penalty". However, not every charge or expense will be subject to the criminal interest rate provision. In order to constitute "interest" under s. 347, a charge — whatever its form — must be "paid or payable for the advancing of credit under an agreement or

que, dans le cas d'une facture acquittée rapidement après la date d'échéance, la pénalité peut représenter un taux d'intérêt très élevé, mais elle a fait observer que les clients pouvaient éviter ces frais en payant leurs factures à temps. L'appellant a intenté une action au nom d'un grand nombre de clients de l'intimée en alléguant que la PPR contrevient à l'art. 347 du *Code criminel* parce qu'elle représente, chaque mois, pour un nombre considérable de clients, des intérêts à un taux qui dépasse 60 pour 100 par année. Il ressort de la preuve actuarielle soumise par l'appellant que, selon le plan normal de facturation, la PPR engendre un taux d'intérêt qui dépasse 60 pour 100 par année pour les clients qui paient dans les 37 jours suivant la date d'échéance. Dans le cas du plan de paiements égaux, le moment où le taux d'intérêt devient inférieur à 60 pour 100 se situe, selon le mois, entre le 24^e et le 90^e jour qui suit la date d'échéance. L'appellant a également produit une preuve statistique indiquant que, même si un grand nombre de clients de l'intimée paient en retard, la plupart le font avec quelques jours de retard seulement. À l'appui de son action, l'appellant a demandé et obtenu une aide financière du Comité des recours collectifs de l'Ontario. Il a également présenté une motion en certification d'un recours collectif au nom de tous les clients ayant payé des frais pour paiement en retard après le 1^{er} avril 1981, date d'entrée en vigueur de l'art. 347 du *Code*. Avant qu'une décision soit rendue sur cette motion, l'appellant et l'intimée ont présenté une motion visant à obtenir un jugement sommaire, fondée sur divers motifs. Un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale) a rendu un jugement sommaire en faveur de l'intimée et a rejeté l'action. L'intimée a présenté une motion en vue d'obtenir une ordonnance modifiant le dispositif du jugement du juge. L'appellant a refusé de consentir à cette motion. Le juge a fait droit à la motion et a accordé des dépens payables par l'appellant personnellement. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appellant contre le rejet de son action.

Arrêt (le juge Bastarache est dissident): Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée devant la Cour de l'Ontario (Division générale).

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Binnie: L'article 347 du *Code* s'applique à la PPR imposée par l'intimée. Aux fins de l'art. 347, l'«intérêt» est un terme qui a un sens très large et qui inclut expressément les frais sous forme de «pénalités». Toutefois, la disposition relative au taux d'intérêt criminel ne s'applique pas à tous les frais. Pour constituer un «intérêt» au sens de l'art. 347, les frais, quels qu'ils soient, doivent être «payés ou payables [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre

arrangement". Under s. 347(2), "credit advanced" encompasses not only "the money" advanced under an agreement or arrangement, but also "the monetary value of any goods, services or benefits" which may be so advanced. The most plausible interpretation of s. 347(2) is that an "advance" of "the monetary value of any goods, services or benefits" means a deferral of payment for such items. The respondent provides goods and services to its customers, for which a specified amount of money is payable each month on a certain date. The deferral of that payment past the due date constitutes "credit advanced" within the meaning of s. 347(2), assuming that such deferral is permitted under the payment relationship which exists between the parties. Moreover, the credit is advanced by the respondent to its customers "under an agreement or arrangement". The arrangement between the parties creates two payment options: a short-term option, which costs nothing, and a longer-term option, which involves an additional charge. While it is clear that the respondent neither encourages late payments nor seeks to profit from them, under the terms prevailing between the parties customers are permitted to defer their payment, albeit for a price. That is an arrangement for the advancing of credit under the broad language adopted in s. 347. On the facts of this case, a penalty incurred, pursuant to the terms of a standing arrangement between the parties, for the deferral of payment of a specified amount of money owing for goods, services or benefits is an "interest" charge within the meaning of s. 347 and is subject to that law's prohibitions against requiring or receiving interest at a criminal rate.

Section 347 creates two separate offences. Section 347(1)(a) makes it illegal to enter into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, while s. 347(1)(b) makes it illegal to receive a payment or partial payment of interest at a criminal rate. Section 347(1)(a) should be narrowly construed. Whether an agreement or arrangement for credit violates the provision is determined as of the time the transaction is entered into. If the agreement or arrangement permits the payment of interest at a criminal rate but does not require it, there is no violation of s. 347(1)(a), although s. 347(1)(b) might be engaged. It is clear that there is no violation of s. 347(1)(a) in this case. The arrangement between the respondent and its customers does not, on its face, require the payment of interest at a criminal rate. Section 347(1)(b) should be broadly construed. Whether an interest payment violates the provision is determined as of the time the payment is received. For

d'une convention ou d'une entente]». Aux termes du par. 347(2), le «capital prêté» englobe non seulement les «sommes d'argent» prêtées dans le cadre d'une convention ou d'une entente, mais aussi «la valeur pécuniaire [...] de tous biens, services ou prestations» qui peuvent être ainsi prêtés. Selon l'interprétation la plus plausible du par. 347(2), le «prêt» de «la valeur pécuniaire [...] de tous biens, services ou prestations» s'entend du paiement différé de ces éléments. L'intimée fournit à ses clients des biens et des services en contrepartie d'une somme d'argent précise qui est payable chaque mois, à une certaine date. Le paiement reporté à une date postérieure à la date d'échéance constitue un «capital prêté» au sens du par. 347(2), à supposer que la relation de paiement qui existe entre les parties permette ce report. De plus, l'intimée prête ce capital à ses clients «dans le cadre d'une convention ou d'une entente». L'entente entre les parties crée deux options de paiement: l'option à court terme, qui ne coûte rien, et l'option à plus long terme, qui comporte des frais supplémentaires. Bien qu'il soit clair que l'intimée n'encourage pas les paiements en retard et ne cherche pas non plus à en profiter, selon les conditions qui existent entre les parties, les clients sont autorisés à différer leur paiement, à un prix toutefois. Il s'agit d'une entente de prêt qui est visée par le texte large de l'art. 347. D'après les faits de la présente affaire, une pénalité imposée, conformément aux conditions d'une entente permanente entre les parties, en contrepartie du paiement différé d'une somme d'argent déterminée qui est exigible pour des biens, services ou prestations, constitue un «intérêt» au sens de l'art. 347 et est visée par les interdictions d'exiger ou de percevoir des intérêts à un taux criminel que renferme cette disposition.

L'article 347 crée deux infractions distinctes. Aux termes de l'al. 347(1)a), il est illégal de conclure une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel, alors que, d'après l'al. 347(1)b), il est illégal de percevoir, même partiellement, des intérêts à un taux criminel. L'alinéa 347(1)a) doit être interprété restrictivement. La question de savoir si une convention ou une entente de prêt viole cette disposition est déterminée à la date à laquelle l'opération est effectuée. Si la convention ou l'entente permet le paiement d'intérêts à un taux criminel mais ne l'exige pas, il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)a), quoique l'al. 347(1)b) puisse s'appliquer. Il est clair qu'il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)a) en l'espèce. L'entente conclue entre l'intimée et ses clients n'exige pas, à première vue, le paiement d'intérêts à un taux criminel. L'alinéa 347(1)b) doit être interprété de façon libérale. La question de savoir si un paiement d'intérêts viole cette disposition

the purposes of s. 347(1)(b), the effective annual rate of interest arising from a payment is calculated over the period during which credit is actually outstanding. Pursuant to the decision in *Nelson*, there is no violation of s. 347(1)(b) where a payment of interest at a criminal rate arises from a voluntary act of the debtor, that is, an act wholly within the control of the debtor and not compelled by the lender or by the occurrence of a determining event set out in the agreement. The actuarial evidence submitted in this case shows that if a regular billing customer waits 38 days or longer to pay, the annual interest rate represented by the five percent charge drops below the criminal threshold of 60 percent per annum. It cannot be said, however, that payment of the LPP within 38 days is a "voluntary" act within the meaning of *Nelson*. While strictly speaking, it is true that customers may delay their payment of the LPP beyond 38 days, there is clearly no invitation to do so, and it would be disingenuous to conclude that customers actually perceive themselves to be at liberty to wait that long. Statistical evidence submitted by the appellant strongly supports the opposite conclusion.

The motions judge erred in awarding costs against the appellant in his personal capacity. The purpose of s. 59.4 of the *Law Society Act* is to protect class representatives from personal exposure to costs in actions where financial support has been granted by the Class Proceedings Fund. Since the appellant has successfully applied for support from the Class Proceedings Fund, he should not be exposed to personal liability for any costs arising in this action, including costs incurred in the context of procedural motions.

Per Bastarache J. (dissenting): While the definition of "interest" includes the notion of "penalty", the application of s. 347 is also predicated upon the existence of an "agreement or arrangement" for the advancement of credit. On the facts of this case, the respondent has not entered into an agreement or arrangement to give credit to the appellant or to any other customers who have paid the LPP. Far from being a consensual extension of credit, the respondent's LPP represents an effort to prevent or deter customers from unilaterally taking credit. The decisions of the Ontario Energy Board approving the LPP confirm that the penalty is not "paid or payable for the advancing of credit", but is an incentive for timely payment. Further indicia supporting this view are the fact that the penalty is not compounded, the fact that it is a one-time payment which does not increase over

est déterminée à la date à laquelle le paiement est reçu. Aux fins de l'al. 347(1)b), le taux d'intérêt annuel effectif résultant d'un paiement est calculé en fonction de la période pendant laquelle le prêt est réellement en cours. Conformément à l'arrêt *Nelson*, il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)b) lorsqu'un paiement d'intérêts à un taux criminel résulte d'un acte volontaire du débiteur, c'est-à-dire un acte qui relève entièrement de son contrôle et qui n'est pas imposé par le prêteur en raison d'un événement déterminant prévu dans la convention. D'après la preuve actuarielle soumise en l'espèce, si un client qui est facturé selon le plan normal attend 38 jours ou plus pour payer, le taux d'intérêt annuel représenté par les frais de 5 pour 100 tombe sous le seuil criminel de 60 pour 100 par année. Cependant, on ne saurait affirmer que le paiement de la PPR dans les 38 jours est un acte «volontaire» au sens de l'arrêt *Nelson*. Même si, à strictement parler, il est vrai que les clients peuvent attendre plus de 38 jours pour payer la PPR, on ne les invite pas à le faire, et il serait malhonnête de conclure que les clients ont vraiment l'impression de pouvoir attendre aussi longtemps. La preuve statistique soumise par l'appelant étaye fortement la conclusion contraire.

Le juge des requêtes a commis une erreur en condamnant l'appelant personnellement à des dépens. L'article 59.4 de la *Loi sur le Barreau* vise à protéger les représentants des membres d'un groupe de personnes dans un recours collectif contre toute condamnation personnelle aux dépens dans le cadre d'une instance où une aide financière a été accordée par le Fonds d'aide aux recours collectifs. Vu que l'appelant a réussi à obtenir une aide financière du Fonds d'aide aux recours collectifs, il ne devrait pas risquer d'être tenu personnellement responsable des dépens découlant de la présente action, notamment des dépens accordés dans le cadre de motions d'ordre procédural.

Le juge Bastarache (dissident): Bien que la définition d'«intérêt» inclue la notion de «pénalité», l'application de l'art. 347 dépend aussi de l'existence «d'une convention ou d'une entente» de prêt. D'après les faits de la présente affaire, l'intimée n'a conclu aucune convention ou entente de prêt avec l'appelant ou avec tout autre client qui a payé la PPR. Loin d'être un prêt consensuel de capital, la PPR imposée par l'intimée représente une tentative d'empêcher ou de dissuader les clients de s'approprier unilatéralement un capital. Les décisions de la Commission de l'énergie de l'Ontario qui approuvent la PPR confirment qu'elle n'est pas «payé[e] ou payabl[e] [...] en contrepartie du capital prêté ou à prêter», mais constitue une mesure d'incitation à payer à temps. Le fait que la pénalité ne comporte aucun intérêt composé, le fait qu'elle soit calculée une seule fois et qu'elle

time, the fact that there is no sanction for the non-payment of the penalty, and the fact that the penalty triggers contemporaneously with the account becoming overdue. Since s. 347 of the *Code* is not applicable, the action should be dismissed. A contract for the extension of credit should not be implied in every case where there is late payment pursuant to a sale of goods. This case involves a regulated industry and a rate approval scheme has been established with the specific purpose of protecting consumer interests. To limit the choice of means of the regulator by resorting to the criminal law power is inappropriate and unwarranted.

Cases Cited

By Major J.

Distinguished: *Nelson v. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139, aff'd [1986] 1 S.C.R. 749; **referred to:** *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545; *Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 974; *Immeubles Fournier Inc. v. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 S.C.R. 2; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; *Delta v. Active Chemicals Ltd.* (1984), 57 B.C.L.R. 213; *Mira Design Co. v. Seascope Holdings Ltd.* (1981), 34 B.C.L.R. 55; *Aectra Refining & Marketing Inc. v. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146; *Degelder Construction Co. v. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 S.C.R. 90.

By Bastarache J. (dissenting)

Coffelt v. Arkansas Power & Light Co., 451 S.W.2d 881 (1970); *State ex rel. Utilities Commission v. North Carolina Consumers Council, Inc.*, 198 S.E.2d 98 (1973).

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6.
Commercial Concentration Tax Act, R.S.O. 1990, c. C.16, s. 15(10).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 305.1.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347(1), (2).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 7(1).
Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 163.1, 227(9).

n'augmente pas avec le temps, le fait qu'il n'y ait aucune sanction pour le non-paiement de la pénalité et qu'elle devienne exigible dès que le compte est en souffrance sont d'autres indices qui étayent ce point de vue. Étant donné que l'art. 347 du *Code* ne s'applique pas, il y a lieu de rejeter l'action. Il n'y a pas lieu de conclure à l'existence d'un contrat de prêt implicite chaque fois que le paiement d'une marchandise est effectué en retard. Il est question, en l'espèce, d'un secteur réglementé et un régime d'approbation des tarifs a été établi dans le but exprès de protéger les intérêts des consommateurs. Limiter le choix des moyens dont dispose l'organisme de réglementation, par le recours à la compétence en matière de droit criminel, est inapproprié et injustifié.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Distinction d'avec l'arrêt: *Nelson c. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139, conf. par [1986] 1 R.C.S. 749; **arrêts mentionnés:** *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545; *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 974; *Immeubles Fournier Inc. c. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 R.C.S. 2; *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; *Delta c. Active Chemicals Ltd.* (1984), 57 B.C.L.R. 213; *Mira Design Co. c. Seascope Holdings Ltd.* (1981), 34 B.C.L.R. 55; *Aectra Refining & Marketing Inc. c. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146; *Degelder Construction Co. c. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 R.C.S. 90.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Coffelt c. Arkansas Power & Light Co., 451 S.W.2d 881 (1970); *State ex rel. Utilities Commission c. North Carolina Consumers Council, Inc.*, 198 S.E.2d 98 (1973).

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 305.1.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347(1), (2).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 163.1, 227(9).
Loi de l'impôt sur les concentrations commerciales, L.R.O. 1990, ch. C.16, art. 15(10).
Loi de 1992 modifiant la Loi sur le Barreau (financement des recours collectifs), L.O. 1992, ch. 7, art. 3.

Interest Act, R.S.C., 1985, c. I-15 [formerly R.S.C. 1970, c. I-18].
Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, ss. 59.2 [ad. 1992, c. 7, s. 3], 59.4 [*idem*].
Law Society Amendment Act (Class Proceedings Funding), 1992, S.O. 1992, c. 7, s. 3.
Municipal Franchises Act, R.S.O. 1990, c. M.55.
Ontario Energy Board Act, R.S.O. 1990, c. O.13.
Small Loans Act, R.S.C. 1970, c. S-11, ss. 2 "cost", 3.

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6.
Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. O.13.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 7(1).
Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, ch. L.8, art. 59.2 [aj. 1992, ch. 7, art. 3], 59.4 [*idem*].
Loi sur les concessions municipales, L.R.O. 1990, ch. M.55.
Loi sur les petits prêts, S.R.C. 1970, ch. S-11, art. 2 «coût de l'emprunt» ou «coût du prêt», 3.
Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), ch. I-15 [auparavant S.R.C. 1970, ch. I-18].

Authors Cited

Antle, Stephen. "A Practical Guide to Section 347 of the Criminal Code — Criminal Rates of Interest" (1994), 23 *C.B.L.J.* 323.
 Canada. *House of Commons Debates*, 1st Sess., 32nd Parl., vol. III, July 21, 1980, p. 3146.
 Feldman, Michael. "Criminal Interest Rates in the Context of Early Payment of a Debt Obligation" (1985), 2 *Bus. & L.* 70.
 Goode, Royston Miles. *Consumer Credit Law*. London: Butterworths, 1989.
 Keest, Kathleen E. *The Cost of Credit: Regulation and Legal Challenges*. Boston: National Consumer Law Center, 1995.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "agreement", "arrangement".
 Ziegel, Jacob S. "Section 347 of the Criminal Code" (1994), 23 *C.B.L.J.* 321.
 Ziegel, Jacob S. "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost" (1986), 11 *C.B.L.J.* 233.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 30 O.R. (3d) 414, 93 O.A.C. 155, 28 B.L.R. (2d) 278, [1996] O.J. No. 3162 (QL), affirming a decision of the Ontario Court (General Division) (1995), 22 O.R. (3d) 451, 122 D.L.R. (4th) 377, 17 B.L.R. (2d) 239, [1995] O.J. No. 302 (QL), dismissing the appellant's action. Appeal allowed, Bastarache J. dissenting.

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

Doctrine citée

Antle, Stephen. «A Practical Guide to Section 347 of the Criminal Code — Criminal Rates of Interest» (1994), 23 *C.B.L.J.* 323.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 32^e législ., vol. III, 21 juillet 1980, p. 3146.
 Feldman, Michael. «Criminal Interest Rates in the Context of Early Payment of a Debt Obligation» (1985), 2 *Bus. & L.* 70.
 Goode, Royston Miles. *Consumer Credit Law*. London: Butterworths, 1989.
 Keest, Kathleen E. *The Cost of Credit: Regulation and Legal Challenges*. Boston: National Consumer Law Center, 1995.
Nouveau Petit Robert. Paris, Le Robert, 1996, «convention», «entente».
 Ziegel, Jacob S. «Section 347 of the Criminal Code» (1994), 23 *C.B.L.J.* 321.
 Ziegel, Jacob S. «The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost» (1986), 11 *C.B.L.J.* 233.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 30 O.R. (3d) 414, 93 O.A.C. 155, 28 B.L.R. (2d) 278, [1996] O.J. No. 3162 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1995), 22 O.R. (3d) 451, 122 D.L.R. (4th) 377, 17 B.L.R. (2d) 239, [1995] O.J. No. 302 (QL), qui avait rejeté l'action de l'appelant. Pourvoi accueilli, le juge Bastarache est dissident.

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

Fred D. Cass, John J. Longo, Daniel Boivin and Janet Clark, for the respondent.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

Fred D. Cass, John J. Longo, Daniel Boivin et Janet Clark, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Binnie rendu par

¹ MAJOR J. — This appeal concerns the interpretation and application of s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 — the “Criminal Interest Rate” provision. Section 347 makes it an offence to enter into an agreement for, or to receive, interest at a rate exceeding 60 percent per year. The respondent sells natural gas to Ontario residents. Customers who do not pay their bills on or before a specified date each month are subject to a five percent penalty for late payment. The main issue is whether that penalty, depending on when it is paid, may be said to constitute “interest at a criminal rate” within the meaning of s. 347 of the *Code*.

² A subsidiary issue is whether the trial judge erred in awarding \$500 in costs against the appellant personally in connection with a procedural motion. The appellant submits that because this putative class action has been approved for support by the Ontario Class Proceedings Committee, any award of costs must be assessed against the Class Proceedings Fund and may not be awarded against him in his personal capacity.

I. Facts

³ The respondent, Consumers' Gas Company Limited (“Consumers' Gas” or “CG”), 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, and the *Municipal Franchises Act*, R.S.O. 1990, c. M.55. The respondent cannot sell gas or

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi concerne l'interprétation et l'application de l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui est la disposition relative au taux d'intérêt criminel. Aux termes de cet article, commet une infraction quiconque conclut une convention pour percevoir des intérêts à un taux qui dépasse 60 pour 100 par année. L'intimée vend du gaz naturel à des résidents de l'Ontario. Les clients qui n'acquittent pas leur facture au plus tard à une date déterminée, chaque mois, sont sujets à une pénalité de 5 pour 100 pour paiement en retard. La principale question en litige est de savoir si cette pénalité, selon la date à laquelle elle est payée, peut être considérée comme équivalant à des «intérêts à un taux criminel», au sens de l'art. 347 du *Code*.

Il s'agit subsidiairement de savoir si le juge du procès a commis une erreur en condamnant l'appellant personnellement à des dépens de 500 \$ relativement à une motion d'ordre procédural. L'appellant soutient que, puisque le Comité des recours collectifs de l'Ontario a approuvé la demande d'aide financière pour le recours collectif envisagé, les dépens qui peuvent être accordés doivent être prélevés sur le Fonds d'aide aux recours collectifs et ne peuvent lui être imposés personnellement.

I. Les faits

L'intimée, Consumers' Gas Company Limited («Consumers' Gas» ou «CG»), 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, et à la *Loi sur les concessions municipales*, L.R.O. 1990, ch. M.55. L'intimée ne peut vendre du gaz ou facturer

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. The due date normally falls on the 10th day (for commercial customers) or the 16th day (for residential customers) after the bill is issued. 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. Customers can avoid the LPP by participating in a pre-authorized payment system, whereby the amount of their monthly bill is deducted automatically on the due date from a designated bank account.

Consumers' Gas offers its customers two billing plans. Under the normal plan, customers are simply billed for the cost of goods and services which they consume each month. Under the "Equal Billing Plan", CG estimates the customer's yearly consumption, bills an equal amount each month for 10 months, settles any balance in the 11th month, and bills for actual use in the 12th. About half of CG's customers subscribe to each type of plan. Late-paying customers are subject to the LPP regardless of which plan is used.

The LPP was implemented in 1975 following a series of rate hearings conducted by the OEB. In granting CG'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 CG 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

des services connexes que conformément aux ordonnances tarifaires de la Commission.

Chaque mois, les clients de Consumers' Gas reçoivent une facture qui prévoit une «date d'échéance» pour le paiement du montant dû. Cette date correspond normalement au 10^e jour (pour les clients commerciaux) ou au 16^e jour (pour les clients résidentiels) qui suit la date de facturation. Les clients qui n'ont pas acquitté leur facture à la date d'échéance se voient imposer une pénalité pour paiement en retard («PPR») qui correspond à 5 pour 100 du montant en souffrance pour ce mois. Cette pénalité est calculée une seule fois, elle ne comporte aucun intérêt composé et n'augmente pas avec le temps. Les clients peuvent éviter la PPR en adhérant à un programme de prélèvements automatiques qui permet de prélever automatiquement, à la date d'échéance, le montant de leur facture mensuelle sur un compte bancaire désigné.

Consumers' Gas offre deux plans de facturation à ses clients. Selon le plan normal, seul le coût des biens consommés et des services utilisés pendant le mois figure sur la facture du client. Selon le plan de paiements égaux, CG évalue la consommation annuelle du client et facture un montant égal chaque mois pendant 10 mois, puis le solde, s'il y a lieu, le 11^e mois, et enfin, la consommation réelle le 12^e mois. Environ la moitié des clients de CG adhèrent à chaque plan de facturation. Les clients qui règlent leur facture en retard sont sujets à la PPR, quel que soit le plan de facturation choisi.

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 CG visant l'imposition 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 CG 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, devraient 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 qui consistait à per-

4

5

6

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 can, if calculated as an interest charge, be shown to represent 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 bill the dollar amount of the penalty would not be very large.

7

On several occasions since its adoption, the LPP has been reviewed and re-approved by the OEB in essentially the same form. From 1981 until 1989, rate orders issued by the Board with regard to Consumers' Gas incorporated the following provision (applicable to residential customers):

PENALTY FOR LATE PAYMENT:

When payment in full is not made within sixteen (16) days of the date of mailing, or the hand delivery of the bill, a penalty of five per cent (5%) of the current amount billed shall be levied

Beginning in 1989, CG rate orders incorporated this statement from the respondent's Handbook of Rates and Distribution Services (applicable to all customers):

SECTION F — PAYMENT CONDITIONS

Payment in full should be received by the Company . . . on or before the due date specified in the monthly bill, which date is at least ten (10) days (sixteen (16) days in the case of Rates 1, 2, 6 and 9), after the date of rendering the bill. A penalty of five (5) percent of the unpaid portion of the current amount billed shall be added to the amount due if payment is not received as outlined above

The record indicates that every rate order of the OEB regarding the respondent issued between

cevoir des frais d'intérêt quotidiens sur les comptes en souffrance. La Commission estimait 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 peut, si elle est calculée sous forme de frais d'intérêt, représenter un taux d'intérêt très élevé. Elle a toutefois fait observer que les clients pouvaient 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.

À plusieurs reprises depuis son adoption, la PPR a été révisée et approuvée de nouveau essentiellement sous la même forme par la CEO. De 1981 à 1989, les ordonnances tarifaires que la Commission a rendues relativement à Consumers' Gas comportaient la clause suivante (applicable aux clients résidentiels):

[TRADUCTION]

PÉNALITÉ POUR PAIEMENT EN RETARD:

Une pénalité de cinq pour cent (5%) du montant facturé sera imposée si le paiement complet de la facture n'est pas effectué dans les seize (16) jours suivant la date de son expédition par la poste ou de sa livraison par messenger. . . .

À partir de 1989, les ordonnances tarifaires de CG comportaient l'énoncé suivant tiré d'un document de l'intimée, intitulé Handbook of Rates and Distribution Services (applicable à tous les clients):

[TRADUCTION]

SECTION F — MODALITÉS DE PAIEMENT

Le paiement complet doit parvenir à la compagnie [. . .] au plus tard à la date d'échéance inscrite sur la facture mensuelle, laquelle date est fixée à au moins dix (10) jours (seize (16) jours dans le cas des tarifs 1, 2, 6 et 9) après la date de facturation. Une pénalité de cinq (5) pour cent de la portion impayée du montant facturé sera ajoutée au montant dû si le paiement n'est pas fait tel que mentionné plus haut. . . .

Il ressort du dossier que la PPR figure en tant qu'élément de la structure tarifaire de l'intimée

1981 and the filing of this action has incorporated the LPP as a component of the respondent's rate structure.

Customers are made aware of the LPP in several ways. The due date for payment of current charges appears at the top of every residential bill, and is defined on the reverse as "the date that your account must be paid to avoid a late payment penalty". The significance of the due date is also conveyed by the fact that two different amounts payable appear on the face of the bill: one amount is "payable by due date" while the other, somewhat higher, is "payable after due date". In addition, a variety of informational brochures are provided by CG to its customers. The pamphlet entitled "Getting to Know Us" includes the following definitions of terms contained in the monthly bill:

6. Payable by due date — This is the total amount payable on or before the due date in order to avoid a late payment penalty charge. . . .
7. Due date — The date on which your account must be paid in full in order to avoid a late payment penalty charge.
8. Payable after due date — The total amount payable after the due date. This amount includes the late payment penalty charge.

Elsewhere in the same brochure, it is explained that:

You should pay your gas bill on or before the due date shown on the bill, in order to avoid late payment charges. These charges are designed to encourage late-paying customers to pay their accounts promptly, thus minimizing the cost of carrying outstanding accounts. . . .

If you do not pay your account by the due date, you must pay the amount "payable after due date" that includes a late payment penalty.

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. Garland asserts that the LPP violates s. 347 of the *Criminal Code* because — for a significant number

dans chaque ordonnance tarifaire que la CEO a rendue à son sujet entre 1981 et le dépôt de la présente action.

Les clients sont avisés de l'existence de la PPR de plusieurs façons. La date d'échéance fixée pour le paiement des frais courants est inscrite dans la partie supérieure de chaque facture résidentielle et est définie à l'endos comme étant «la date à laquelle votre facture doit être payée pour éviter un supplément de recouvrement». L'importance de la date d'échéance ressort également du fait que deux montants payables sont inscrits sur la facture: l'un est le «montant dû avant échéance», alors que l'autre, un peu plus élevé, est le «montant dû après échéance». CG offre en outre à ses clients toute une gamme de brochures destinées à les renseigner. Dans la brochure intitulée «Pour mieux nous connaître», certains termes employés dans la facture mensuelle sont ainsi définis:

6. Montant dû avant échéance — Montant total à payer au plus tard à la date d'échéance afin d'éviter les frais pour paiement en retard. . .
7. Échéance — Date à laquelle votre compte doit être payé en entier afin d'éviter des frais pour paiement en retard.
8. Montant dû après échéance — Montant total à payer après la date d'échéance. Ce montant inclut les frais pour paiement en retard.

Ailleurs, dans la même brochure, on explique ceci:

Vous devez payer votre facture de gaz au plus tard à la date d'échéance inscrite sur la facture, afin d'éviter des frais pour paiement en retard. Ces frais sont conçus pour inciter les usagers qui paient en retard à acquitter leurs comptes rapidement pour ainsi minimiser les frais de service entraînés par les comptes en souffrance. . .

Si vous ne payez pas votre compte à la date d'échéance, vous devez payer le «montant dû après échéance» qui comprend une pénalité pour paiement en retard.

L'appellant, 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. Garland affirme que la PPR contrevient à l'art. 347 du *Code criminel* parce qu'elle représente, chaque

8

9

of customers each month — it constitutes interest at a rate exceeding 60 percent per year. He commenced an action on behalf of over 500,000 Consumers' Gas customers seeking restitution of LPP charges received by the respondent in violation of s. 347 of the *Code*.

mois, pour un grand nombre de clients, des intérêts à un taux qui dépasse 60 pour 100 par année. Il a intenté une action au nom de plus de 500 000 clients de Consumers' Gas afin d'obtenir la restitution de la PPR perçue par l'intimée en violation de l'art. 347 du *Code*.

10 Garland contends that because the LPP is a one-time charge, the effective rate of interest arising from it depends on when a customer actually pays his or her overdue bill. Actuarial evidence submitted by Garland shows that, under the normal billing plan, the LPP gives rise to an interest rate exceeding 60 percent per annum for customers who pay within 37 days after the due date. It is only on the 38th day after the due date that the interest rate falls below 60 percent and so within the legal limit. It thereafter decreases gradually from 60 percent until paid. Under the Equal Billing Plan, the calculation is more complex — Garland's actuarial evidence indicates that for such customers, the point at which the interest rate falls below 60 percent is between 24 and 90 days after the due date, depending on the month. For the purpose of this appeal, these calculations are presumed to be accurate.

Garland soutient que, vu que la PPR est calculée une seule fois, le taux d'intérêt effectif qui en résulte dépend de la date à laquelle un client paie réellement sa facture en souffrance. Il ressort de la preuve actuarielle soumise par Garland que, selon le plan normal de facturation, la PPR engendre un taux d'intérêt qui dépasse 60 pour 100 par année pour les clients qui paient dans les 37 jours suivant la date d'échéance. Ce n'est qu'à partir du 38^e jour suivant la date d'échéance que le taux d'intérêt devient inférieur à 60 pour 100 et ainsi, conforme à la limite fixée par la loi. Il diminue ensuite progressivement jusqu'au paiement. Le calcul est plus complexe dans le cas du plan de paiements égaux — selon la preuve actuarielle de Garland, le moment où le taux d'intérêt devient inférieur à 60 pour 100 pour les clients qui choisissent ce plan de facturation se situe, selon le mois, entre le 24^e et le 90^e jour qui suit la date d'échéance. Pour les fins du présent pourvoi, ces calculs sont présumés exacts.

11 Garland has also submitted statistical evidence indicating that while many of the respondent's customers pay late, most pay only a few days late. Specifically, the evidence shows that between 1981 and 1991, an average of 34.3 percent of customers failed to pay by the due date on at least one of their bills, but 81 percent of those customers paid within 10 days thereafter. Thus, overall during that period, 27.9 percent of CG's customers paid an LPP charge within 10 days after the due date, i.e., well within the time period during which the rate of interest arising from that charge is alleged to have exceeded 60 percent. Again, these figures are presumed to be true for the purposes of this appeal.

Garland a également produit une preuve statistique indiquant que, même si un grand nombre de clients de l'intimée paient en retard, la plupart le font avec quelques jours de retard seulement. Plus précisément, cette preuve révèle qu'entre 1981 et 1991 il y a eu en moyenne 34,3 pour 100 des clients qui ont omis d'acquitter au moins une de leurs factures avant l'échéance, mais que 81 pour 100 de ces clients ont effectué leur paiement dans les 10 jours suivants. Ainsi, dans l'ensemble au cours de cette période, 27,9 pour 100 des clients de CG ont payé une PPR dans les 10 jours suivant la date d'échéance, c.-à-d. pendant la période au cours de laquelle le taux d'intérêt qui en résulte aurait dépassé 60 pour 100. Une fois de plus, ces chiffres sont présumés exacts aux fins du présent pourvoi.

12 Finally, Garland has submitted documentary evidence showing that for budgeting purposes,

Enfin, Garland a soumis une preuve documentaire indiquant que Consumers' Gas fait des prévi-

Consumers' Gas makes and relies on forecasts of the revenue it will receive from LPP charges each year. For 1994, the estimate was \$7.1 million, and for 1995, the budget forecast was \$7.4 million. Garland has also submitted evidence showing that the total of LPP charges received by CG between 1981 and 1993 was \$71.2 million.

In support of this action, Garland applied for and received financial assistance from the Ontario Class Proceedings Committee, pursuant to s. 59.2 of the *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8. Garland also moved, pursuant to the *Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6, for certification of a class proceeding on behalf of all customers who paid LPP charges after April 1, 1981, when s. 347 of the *Code* came into force. Prior to the disposition of that motion, both Garland and Consumers' Gas moved for summary judgment on various grounds. Summary judgment was granted in favour of Consumers' Gas and the action was dismissed. Garland's appeal was dismissed by the Ontario Court of Appeal. This appeal follows.

II. Relevant Statutory Provisions

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

Criminal Interest Rate

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.

sions quant aux recettes de PPR qu'elle touchera chaque année et s'appuie sur ces prévisions pour établir son budget. Le montant estimatif était de 7,1 millions de dollars en 1994, alors que les prévisions budgétaires étaient de 7,4 millions de dollars pour l'année 1995. Garland a également produit une preuve indiquant que les frais pour paiement en retard perçus par CG entre 1981 et 1993 avaient totalisé 71,2 millions de dollars.

À l'appui de son action, Garland a demandé et obtenu une aide financière du Comité des recours collectifs de l'Ontario, conformément à l'art. 59.2 de la *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, ch. L.8. Garland a également présenté, conformément à la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, une motion en certification d'un recours collectif au nom de tous les clients ayant payé des frais pour paiement en retard après le 1^{er} avril 1981, date d'entrée en vigueur de l'art. 347 du *Code*. Avant qu'une décision soit rendue sur cette motion, Garland et Consumers' Gas ont présenté une motion visant à obtenir un jugement sommaire, fondée sur divers motifs. Un jugement sommaire a été rendu en faveur de Consumers' Gas et l'action a été rejetée. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de Garland, d'où le présent pourvoi.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

Taux d'intérêt criminel

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.

13

14

(2) In this section,

“credit advanced” means the aggregate of the money and the monetary value of any goods, services or benefits actually advanced or to be advanced under an agreement or arrangement minus the aggregate of any required deposit balance and any fee, fine, penalty, commission and other similar charge or expense directly or indirectly incurred under the original or any collateral agreement or arrangement;

“criminal rate” means an effective annual rate of interest calculated in accordance with generally accepted actuarial practices and principles that exceeds sixty per cent on the credit advanced under an agreement or arrangement;

. . .

“interest” means the aggregate of all charges and expenses, whether in the form of a fee, fine, penalty, commission or other similar charge or expense or in any other form, paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement, by or on behalf of the person to whom the credit is or is to be advanced, irrespective of the person to whom any such charges and expenses are or are to be paid or payable, but does not include any repayment of credit advanced or any insurance charge, official fee, overdraft charge, required deposit balance or, in the case of a mortgage transaction, any amount required to be paid on account of property taxes;

. . .

(3) Where a person receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate, he shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed to have knowledge of the nature of the payment and that it was received at a criminal rate.

(4) In any proceedings under this section, a certificate of a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries stating that he has calculated the effective annual rate of interest on any credit advanced under an agreement or arrangement and setting out the calculations and the information on which they are based is, in the absence of evidence to the contrary, proof of the effective annual rate without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed the certificate.

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«capital prêté» L'ensemble des sommes d'argent et de la valeur pécuniaire globale de tous biens, services ou prestations effectivement prêtés ou qui doivent l'être dans le cadre d'une convention ou d'une entente, déduction faite, le cas échéant, du dépôt de garantie et des honoraires, agios, commissions, pénalités, indemnités et autres frais similaires résultant directement ou indirectement de la convention initiale ou de toute convention annexe.

. . .

«intérêt» L'ensemble des frais de tous genres, y compris les agios, commissions, pénalités et indemnités, qui sont payés ou payables à qui que ce soit par l'emprunteur ou pour son compte, en contrepartie du capital prêté ou à prêter. La présente définition exclut un remboursement de capital prêté, les frais d'assurance, les taxes officielles, les frais pour découvert de compte, le dépôt de garantie et, dans le cas d'un prêt hypothécaire, les sommes destinées à l'acquittement de l'impôt foncier.

«taux criminel» Tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux règles et pratiques actuarielles généralement admises, qui dépasse soixante pour cent.

. . .

(3) Quiconque reçoit paiement, total ou partiel, d'intérêts à un taux criminel est présumé connaître, jusqu'à preuve du contraire, l'objet du paiement et le caractère criminel de celui-ci.

(4) Dans toute poursuite intentée en vertu du présent article, l'attestation du taux annuel effectif applicable à un capital prêté, fait foi jusqu'à preuve du contraire si elle est faite par un *Fellow* de l'Institut canadien des actuaires avec chiffres et éléments justificatifs à l'appui; il n'est pas nécessaire de prouver l'authenticité de la signature qui y est apposée ou la qualité officielle du signataire.

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1995), 22 O.R. (3d) 451

As noted, cross-motions for summary judgment were filed by Garland and Consumers' Gas before this action was certified as a class proceeding. By agreement of the parties, a hearing was held before Winkler J. on the threshold question raised in CG's motion, i.e., whether s. 347 has any application to the circumstances of this case.

Consumers' Gas raised three arguments to support its contention that s. 347 does not apply and that Garland's action should be dismissed. First, it asserted that the purpose of the LPP is to encourage timely payment, not to achieve a rate of return on an advancement of credit, and therefore the LPP is not "interest" within the meaning of s. 347. In particular, CG pointed out that unlike an interest charge, the LPP is a one-time penalty which does not increase over time. Second, CG argued that s. 347 is intended to cover loans of money, and does not apply where, as here, the alleged "credit" consists solely of the value of goods, services or benefits advanced. Finally, CG relied on the decision in *Nelson v. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139 (B.C.C.A), aff'd [1986] 1 S.C.R. 749, to argue that even if the LPP is a charge for the advancement of credit, it cannot violate s. 347 because the payment of the penalty and the interest rate arising from it are determined by voluntary acts of the customer, not by any agreement between the parties.

In response, Garland argued that "credit advanced" need not involve a loan of money. He asserted that the arrangement between CG and its customers, which allows for the deferral of payment for goods and services, is a credit arrangement within the meaning of s. 347. Garland further contended that the LPP is, in substance, an interest charge payable for the advancement of such credit. Finally, Garland asserted that the decision in *Nelson* is distinguishable from this action, because

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1995), 22 O.R. (3d) 451

Comme nous l'avons vu, Garland et Consumers' Gas ont présenté des motions incidentes visant à obtenir un jugement sommaire avant que la présente action ne soit certifiée comme un recours collectif. Avec l'accord des parties, une audience a eu lieu devant le juge Winkler sur la question préliminaire soulevée dans la motion de CG, soit la question de savoir si l'art. 347 s'applique aux circonstances de la présente affaire.

Consumers' Gas a invoqué trois moyens à l'appui de sa prétention que l'art. 347 ne s'applique pas et que l'action de Garland devait être rejetée. Premièrement, elle a affirmé que la PPR vise non pas à obtenir un rendement du capital prêté, mais à inciter les clients à payer à temps, et qu'elle n'est donc pas un «intérêt» au sens de l'art. 347. En particulier, CG a fait remarquer qu'à la différence des frais d'intérêt la PPR est calculée une seule fois et n'augmente pas avec le temps. Deuxièmement, elle a soutenu que l'art. 347 est destiné à viser les prêts de sommes d'argent et ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, le «capital» présumé se résume à la valeur des biens, services ou prestations prêtés. Enfin, CG a invoqué l'arrêt *Nelson c. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139 (C.A.C.-B.), conf. par [1986] 1 R.C.S. 749, pour faire valoir que, même si la PPR représente des frais payables en contrepartie d'un capital prêté, elle ne contrevient pas à l'art. 347 parce que le paiement de la pénalité et le taux d'intérêt qui en résulte sont déterminés par des actes volontaires du client et non par une convention entre les parties.

Garland a répondu à cela qu'il n'est pas nécessaire que le «capital prêté» comprenne un prêt de somme d'argent. Il a affirmé que l'entente conclue entre CG et ses clients, qui permet de différer le paiement de biens et services, est une entente de prêt au sens de l'art. 347. Garland a en outre prétendu que la PPR représente essentiellement des frais d'intérêt payables en contrepartie d'un tel capital prêté. Enfin, Garland a soutenu qu'une distinction peut être faite entre l'arrêt *Nelson* et la

15

16

17

incurring and paying the LPP are not “voluntary” acts of the customer within the meaning of *Nelson*. In his submission, the actual receipt of interest at a criminal rate by CG constitutes a violation of para. (b) of s. 347(1), even if such an interest rate is not necessarily required on the face of the arrangement between the parties.

- 18 Winkler J. focused his analysis largely on the significance of the *Nelson* decision. In his view, *Nelson* established three principles applicable to the case at bar (at p. 467):

[F]irst, that whether an agreement or arrangement violates s. 347 must be determined at the time the agreement is entered into; second, that whether the lender is in breach of s. 347 cannot turn on the voluntary conduct of the borrower, and third, that there is no violation of s. 347 where the payment of a criminal interest is not required by the agreement or arrangement.

Applying these principles, Winkler J. concluded that the LPP could never give rise to an offence under s. 347 because the payment of the penalty at a criminal rate of interest turns on the voluntary conduct of the customer. Winkler J. found that, as in *Nelson*, no payment of illegal interest is required under the arrangement between Consumers' Gas and its customers, at the time that arrangement is entered into. If the customer pays on time, no LPP will be levied. Likewise, if the customer misses the due date but then further delays payment of the LPP for a sufficient amount of time (e.g., 38 days), the resulting rate of interest falls below 60 percent. Winkler J. gave no weight to statistical evidence indicating that a consistent percentage of CG's customers every month do in fact pay an LPP at an illegal interest rate. He held that in any given case, it is always the customer who determines whether or not to incur the LPP and whether to pay it during the window of time when it may be considered a criminal rate.

- 19 Despite this conclusion, Winkler J. went on to consider whether the LPP may be said to constitute “interest” payable for the “advancing of credit under an agreement or arrangement” within the

présente action, vu que le fait de se voir imposer et de payer la PPR ne sont pas des actes «volontaires» du client, au sens de l'arrêt *Nelson*. Selon lui, la perception réelle d'intérêts à un taux criminel par CG contrevient à l'al. 347(1)b), même si un tel taux n'est pas forcément requis à la lecture de l'entente entre les parties.

Le juge Winkler a fait porter en grande partie son analyse sur le sens de l'arrêt *Nelson*. Selon lui, trois principes applicables à la présente affaire y ont été établis (à la p. 467):

[TRADUCTION] [P]remièrement, la question de savoir si une convention ou une entente viole l'art. 347 doit être tranchée en fonction de la date à laquelle cette convention ou entente est conclue; deuxièmement, la question de savoir si le prêteur contrevient à l'art. 347 ne saurait dépendre de la conduite volontaire de l'emprunteur; troisièmement, il n'y a pas de violation de l'art. 347 si la convention ou l'entente n'exige pas le paiement d'intérêts à un taux criminel.

Appliquant ces principes, le juge Winkler a conclu que la PPR ne pourrait jamais contrevir à l'art. 347 parce que le paiement de la pénalité à un taux d'intérêt criminel dépend de la conduite volontaire du client. Le juge Winkler a statué que, comme dans l'arrêt *Nelson*, l'entente entre Consumers' Gas et ses clients n'exige pas le paiement d'un intérêt illégal au moment où elle est conclue. Si le client paie à temps, aucune PPR n'est imposée. De même, si le client ne respecte pas la date d'échéance et attend ensuite assez longtemps (par exemple, 38 jours) pour payer la PPR, le taux d'intérêt qui en résulte devient inférieur à 60 pour 100. Le juge Winkler n'a accordé aucune importance à la preuve statistique selon laquelle un pourcentage constant de la clientèle de CG paie en réalité chaque mois une PPR à un taux d'intérêt illégal. Il a décidé que, dans tous les cas, c'est toujours le client qui décide si la PPR lui sera imposée et s'il la paiera pendant le délai au cours duquel elle peut être considérée comme représentant un taux d'intérêt criminel.

Malgré cette conclusion, le juge Winkler s'est ensuite demandé si la PPR peut être considérée comme représentant un «intérêt» payable «en contrepartie du capital prêté ou à prêter», au sens de

meaning of s. 347. He noted that s. 347 is broadly written and covers a wide range of transactions. In particular, he rejected the contention that the provision applies only to lenders and borrowers of money, and held that “credit advanced” can also refer to the deferral of payment for goods or services. However, he did not agree that any late payment is necessarily a deferral of payment or an advancement of credit, particularly where, as here, substantial efforts have been made to encourage the customer to pay on time. He stressed the distinction between the situation where a customer simply fails to pay by a stipulated time — which he held to be the case on the facts before him — and the situation where a lender agrees to delay its demand for payment in exchange for consideration. He found that s. 347 applies only to the latter situation. Winkler J. emphasized that the LPP is a one-time payment which does not compound over time, and that there are no immediate consequences for failing to pay it by a given date once it has been incurred. He concluded that the LPP is not levied in order to allow customers to take more time in paying their bills, but rather to discourage them from so doing. Accordingly, he found that the LPP is not an interest charge within the scope of s. 347.

l’art. 347. Il a noté que l’art. 347 est rédigé en termes généraux et vise une large gamme d’opérations. En particulier, il a rejeté l’argument voulant que cette disposition ne s’applique qu’à ceux qui prêtent ou empruntent de l’argent, et a statué que le «capital prêté» peut aussi désigner le paiement différé de biens ou de services. Toutefois, il n’était pas d’accord pour dire que tout paiement en retard est nécessairement un paiement différé ou un capital prêté, en particulier lorsque, comme en l’espèce, des efforts appréciables ont été déployés pour inciter les clients à payer à temps. Il a souligné la différence entre la situation où un client omet simplement de payer sa facture dans le délai prévu — ce qui, selon lui, était le cas d’après les faits qui lui étaient soumis — et celle où un prêteur consent à retarder sa demande de paiement en échange d’une contrepartie. Il a conclu que l’art. 347 ne s’applique qu’à la dernière situation. Le juge Winkler a insisté sur le fait que la PPR est calculée une seule fois et ne comporte aucun intérêt composé avec le temps, et que le défaut de la payer à une date donnée après qu’elle a été imposée n’entraîne aucune conséquence immédiate. Il a conclu que la PPR vise non pas à donner plus de temps aux clients pour régler leurs factures, mais plutôt à les dissuader de prendre plus de temps pour le faire. En conséquence, il a statué que la PPR ne constitue pas des frais d’intérêt au sens de l’art. 347.

Winkler J. granted summary judgment in favour of Consumers’ Gas and dismissed the action.

Le juge Winkler a rendu un jugement sommaire en faveur de Consumers’ Gas et a rejeté l’action.

20

B. *Ontario Court of Appeal* (1996), 30 O.R. (3d) 414

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (1996), 30 O.R. (3d) 414

The Ontario Court of Appeal (Doherty, Abella and Charron JJ.A.) agreed with the conclusion of Winkler J. that *Nelson* is dispositive, and noted in particular that the reasons in *Nelson* were substantially affirmed by this Court. In *obiter dictum*, the Court of Appeal also agreed that s. 347 applies to transactions where the alleged “credit advanced” consists entirely of the value of goods, services, or benefits. However, the court expressed no opinion on the question of whether the LPP can be characterized as “interest” payable for the “advancing of

La Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Abella et Charron) a souscrit à la conclusion du juge Winkler que l’arrêt *Nelson* est déterminant et a fait remarquer notamment que les motifs exposés dans *Nelson* ont été dans une large mesure confirmés par notre Cour. Dans une opinion incidente, la Cour d’appel a également convenu que l’art. 347 s’applique aux opérations où le prétendu «capital prêté» consiste entièrement en la valeur de biens, services ou prestations. Toutefois, la cour ne s’est pas prononcée sur la question de savoir si la PPR

21

credit under an agreement or arrangement" within the meaning of s. 347. The appeal was dismissed.

IV. Issues

- ²²
- (1) Does the late payment penalty charged by Consumers' Gas come within the scope of s. 347 of the *Criminal Code*?
 - (2) Did the motions judge err in awarding costs against Garland in his personal capacity?

V. Analysis

A. *Does the late payment penalty charged by Consumers' Gas come within the scope of s. 347 of the Criminal Code?*

- ²³
- Section 347 (formerly s. 305.1) of the *Criminal Code*, which came into effect on April 1, 1981, created Canada's first general anti-usury provision since Confederation. Prior to the adoption of s. 347, lenders and borrowers enjoyed absolute freedom under federal law to agree upon any rate of interest, subject only to the contractual restraints imposed at common or civil law and the special disclosure requirements arising under the *Interest Act*, R.S.C., 1985, c. I-15 (formerly R.S.C. 1970, c. I-18). The main exception to that rule was the *Small Loans Act*, R.S.C. 1970, c. S-11, s. 3, which limited the imposition of interest and other charges on loans of \$1,500 or less. That Act, which was designed to protect borrowers seeking small personal loans, was repealed by the bill which created s. 347. See *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545 (C.A.), at pp. 548-49. The current provision goes far beyond the scope of the *Small Loans Act*, both by criminalizing a particular interest rate for the first time, and by imposing a generally applicable ceiling on all types of credit arrangements without regard to the sophistication of the parties or the amount in issue.

peut être considérée comme un «intérêt» payable «en contrepartie du capital prêté ou à prêter», au sens de l'art. 347. L'appel a été rejeté.

IV. Les questions en litige

- (1) La pénalité pour paiement en retard imposée par Consumers' Gas relève-t-elle de l'art. 347 du *Code criminel*?
- (2) Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en condamnant Garland personnellement à des dépens?

V. Analyse

A. *La pénalité pour paiement en retard imposée par Consumers' Gas relève-t-elle de l'art. 347 du Code criminel?*

L'article 347 (auparavant l'art. 305.1) du *Code criminel*, qui est entré en vigueur le 1^{er} avril 1981, a créé la première disposition anti-usuraire générale au Canada depuis la Confédération. Avant l'adoption de l'art. 347, les prêteurs et les emprunteurs avaient, en vertu des lois fédérales, toute latitude de convenir d'un taux d'intérêt, sous réserve uniquement des restrictions contractuelles imposées par la common law ou le droit civil et des exigences particulières de divulgation découlant de la *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. (1985), ch. I-15 (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-18). La principale exception à cette règle figurait à l'art. 3 de la *Loi sur les petits prêts*, S.R.C. 1970, ch. S-11, qui limitait le montant des intérêts et des autres frais qui pouvaient être imposés à l'égard des prêts de 1 500 \$ ou moins. Cette loi, qui visait à protéger les emprunteurs désireux d'obtenir de petits prêts personnels, a été abrogée par le projet de loi à l'origine de l'art. 347. Voir *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545 (C.A.), aux pp. 548 et 549. La disposition actuelle va beaucoup plus loin que la *Loi sur les petits prêts* en criminalisant pour la première fois un taux d'intérêt particulier et en imposant un plafond général à tous les types d'ententes de prêt sans égard à la subtilité des parties ou au montant en cause.

Under s. 347, an effective annual rate of interest which exceeds 60 percent of the credit advanced under an agreement or arrangement is a criminal interest rate. The statute creates two offences with regard to such interest. Section 347(1)(a) makes it illegal to enter into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate. Section 347(1)(b) makes it illegal to receive a payment or partial payment of interest at a criminal rate. The scope of the language in s. 347 is extremely broad. Interest is defined, with the exception of six specific items, as the aggregate of all charges and expenses, in any form, that are paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement. The definition of credit is similarly expansive. It includes the aggregate of the money and the monetary value of any goods, services or benefits advanced under an agreement or arrangement, minus any fees, commissions or similar charges incurred by the creditor.

The ostensible purpose of s. 347 was to aid in the prosecution of loan sharks. See *House of Commons Debates*, 1st Sess., 32nd Parl., vol. III, July 21, 1980, at p. 3146; *Thomson, supra*, at p. 549. However, it is clear from the language of the statute — e.g., its reference to insurance and overdraft charges, official fees, and property taxes in mortgage transactions — that s. 347 was designed to have a much wider reach, and in fact the section has most often been applied to commercial transactions which bear no relation to traditional loan-sharking arrangements. Although s. 347 is a criminal provision, the great majority of cases in which it arises are not criminal prosecutions. Rather, like the case at bar, they are civil actions in which a borrower has asserted the common-law doctrine of illegality in an effort to avoid or recover an interest payment, or to render an agreement unenforceable. For this reason, the provision has attracted criticism from some commercial lawyers and academics, and calls have repeatedly been made for its amendment or repeal. See, e.g., J. S. Ziegel, "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost" (1986), 11

Aux termes de l'art. 347, un taux d'intérêt annuel effectif qui dépasse 60 pour 100 du capital prêté dans le cadre d'une convention ou d'une entente est un taux d'intérêt criminel. Ce texte législatif crée deux infractions relativement à un tel intérêt. L'alinéa 347(1)a prévoit qu'il est illégal de conclure une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel. Selon l'alinéa 347(1)b, il est illégal de percevoir, même partiellement, des intérêts à un taux criminel. Le texte de l'art. 347 a une portée très générale. On y définit l'intérêt comme l'ensemble des frais de tous genres, à l'exclusion de six éléments précis, qui sont payés ou payables en contrepartie du capital prêté ou à prêter dans le cadre d'une convention ou d'une entente. La définition du capital est tout aussi large. Ce terme désigne l'ensemble des sommes d'argent et de la valeur pécuniaire globale des biens, services ou prestations prêtés ou à prêter dans le cadre d'une convention ou d'une entente, déduction faite des honoraires, commissions ou autres frais similaires supportés par le créancier.

Le but apparent de l'art. 347 était d'aider à poursuivre les usuriers. Voir *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 32^e législ., vol. III, 21 juillet 1980, à la p. 3146; *Thomson*, précité, à la p. 549. Toutefois, il ressort clairement de cette disposition — notamment de la mention qu'elle fait des frais d'assurance, des frais pour découvert de compte, des taxes officielles et des taxes foncières dans le cas de prêts hypothécaires — qu'elle était destinée à avoir une portée beaucoup plus large, et en fait, elle a très souvent été appliquée à des opérations commerciales qui n'ont rien à voir avec les prêts usuraires classiques. Bien que l'art. 347 soit une disposition en matière criminelle, la plupart du temps il n'est pas invoqué dans le cadre de poursuites criminelles. Il s'agit plutôt, comme en l'espèce, de poursuites civiles dans lesquelles un emprunteur invoque la théorie de l'illégalité en common law dans le but d'éviter ou d'obtenir un paiement d'intérêt, ou dans le but de rendre une entente non exécutoire. Pour cette raison, la disposition a été critiquée par certains avocats et auteurs de doctrine spécialisés en droit commercial, et sa modification ou son abrogation a été réclamée à

24

25

C.B.L.J. 233; “Section 347 of the Criminal Code” (1994), 23 *C.B.L.J.* 321. Nevertheless, it is now well settled that s. 347 applies to a very broad range of commercial and consumer transactions involving the advancement of credit, including secured and unsecured loans, mortgages and commercial financing agreements.

maintes reprises. Voir, par exemple, J. S. Ziegel, «The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost» (1986), 11 *C.B.L.J.* 233; «Section 347 of the Criminal Code» (1994), 23 *C.B.L.J.* 321. Cependant, il est maintenant bien établi que l’art. 347 s’applique à une très large gamme d’opérations en matière de commerce et de consommation qui comportent un prêt de capital, notamment les prêts garantis et non garantis, les prêts hypothécaires et les contrats de financement commercial.

²⁶ The extent of s. 347’s scope is the subject of this appeal. At issue is whether the section applies to penalties for late payment, and in particular the five percent LPP imposed by Consumers’ Gas on customers who fail to pay their bills by a prescribed due date. The question has two parts. The first is whether the LPP can be said to constitute “interest” under s. 347, as opposed to being simply an incentive for timely payment. The second is whether the principles set forth in the *Nelson* case preclude the application of s. 347 here on the ground that any interest rate arising from the LPP depends on the voluntary conduct of the customer. These issues will be addressed in turn.

Le présent pourvoi concerne la portée de l’art. 347. Il s’agit de savoir si cette disposition s’applique aux pénalités pour paiement en retard et, en particulier, à la pénalité de 5 pour 100 que Consumers’ Gas impose à ses clients qui n’ont pas acquitté leur facture à l’échéance. Cette question comporte deux volets. Premièrement, il s’agit de savoir si la PPR peut être considérée comme un «intérêt» au sens de l’art. 347, par opposition à une simple mesure d’incitation à payer à temps. Deuxièmement, il s’agit de savoir si les principes énoncés dans l’arrêt *Nelson* empêchent l’application de l’art. 347 en l’espèce pour le motif que tout taux d’intérêt qui peut résulter de la PPR dépend de la conduite volontaire du client. Ces questions seront examinées l’une après l’autre.

1. Is the LPP “interest” within the meaning of s. 347?

1. La PPR est-elle un «intérêt» au sens de l’art. 347?

²⁷ Pursuant to s. 347(2), “interest” is defined as:

... the aggregate of all charges and expenses, whether in the form of a fee, fine, penalty, commission or other similar charge or expense or in any other form, paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement ... but does not include any repayment of credit advanced or any insurance charge, official fee, overdraft charge, required deposit balance or, in the case of a mortgage transaction, any amount required to be paid on account of property taxes;

L’«intérêt» est défini ainsi au par. 347(2):

... L’ensemble des frais de tous genres, y compris les agios, commissions, pénalités et indemnités, qui sont payés ou payables [...] en contrepartie du capital prêté ou à prêter. La présente définition exclut un remboursement de capital prêté, les frais d’assurance, les taxes officielles, les frais pour découvert de compte, le dépôt de garantie et, dans le cas d’un prêt hypothécaire, les sommes destinées à l’acquittement de l’impôt foncier.

It is apparent from this definition that for the purposes of s. 347 “interest” is an extremely comprehensive term, encompassing many types of fixed payments which would not be considered interest proper at common law or under general accounting principles. In particular, charges or expenses “in

Il ressort de cette définition que, pour les fins de l’art. 347, l’«intérêt» est un terme qui a un sens très large et qui désigne de nombreux types de paiements fixes qui ne seraient pas considérés comme un intérêt proprement dit en common law ou selon des principes comptables généraux. En

the form of a . . . penalty” are expressly included as interest under s. 347. At common law, interest is a charge for the use or retention of money which accrues day by day; it does not include penalties. See *Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 974, at p. 983; *Immeubles Fournier Inc. v. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570.

In adopting s. 347, Parliament opted for the more inclusive “cost of the loan” concept derived from the *Small Loans Act*, which s. 347 replaced. Section 2 of that Act provided:

2. . . .

“cost” of a loan means the whole of the cost of the loan to the borrower whether the cost is called interest or is claimed as discount, deduction from an advance, commission, brokerage, chattel mortgage and recording fees, fines, penalties or charges for inquiries, defaults or renewals or otherwise

The broad language of s. 347 was presumably intended (as it was in the *Small Loans Act*) to prevent creditors from avoiding the statute simply by manipulating the form of payment exacted from their debtors — a practice which has historically undermined the effectiveness of anti-usury laws applying a strict definition of interest: *Thomson*, *supra*, at pp. 548-49; see also K. Keest, *The Cost of Credit* (1995), at p. 38. It is the substance, and not merely the form, of a charge or expense which determines whether it is governed by s. 347.

The LPP at issue in this appeal is a fixed payment, rather than a charge which accrues day by day. The motions judge emphasized that point in concluding that the LPP does not come within the scope of s. 347. At p. 473, he stated in part:

First, the penalty is not compounded. Although it is expressed as a percentage of the amount owing, it is in

particulier, les frais sous forme de «pénalités» sont expressément inclus dans la définition de l'intérêt à l'art. 347. En common law, l'intérêt s'entend des frais qui sont imposés pour utiliser ou retenir des sommes d'argent et qui s'accumulent quotidiennement; il ne comprend pas les pénalités. Voir *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 974, à la p. 983; *Immeubles Fournier Inc. c. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 R.C.S. 2, aux pp. 10 et 11; *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570.

Lorsqu'il a adopté l'art. 347, le législateur a opté pour la notion plus large du «coût de l'emprunt» ou «coût du prêt» puisée dans la *Loi sur les petits prêts*, que l'art. 347 remplaçait. L'alinéa 2 de cette loi se lisait ainsi:

2. . . .

«coût de l'emprunt» ou «coût du prêt» signifie le coût global pour l'emprunteur, que ce coût soit désigné comme intérêt ou réclamé à titre d'escompte, de déduction sur une avance, de commission, de courtage, de frais d'hypothèque mobilière et de droits d'enregistrement, d'amendes, de sanctions, ou de frais de recherches, défauts de paiement, renouvellements ou autrement . . .

Le texte général de l'art. 347 visait probablement (comme c'était le cas dans la *Loi sur les petits prêts*) à empêcher les créanciers de contourner la loi en manipulant simplement la forme du paiement exigé de leurs débiteurs — une pratique qui, dans le passé, a miné l'efficacité des lois anti-usuraires qui recouraient à une définition stricte de l'intérêt: *Thomson*, précité, aux pp. 548 et 549; voir aussi K. Keest, *The Cost of Credit* (1995), à la p. 38. C'est la nature, et non seulement la forme, des frais qui détermine s'ils sont régis par l'art. 347.

La PPR dont il est question dans le présent pourvoi représente un paiement fixe et non des frais qui s'accumulent quotidiennement. Le juge des requêtes a insisté sur ce point en concluant que la PPR ne relève pas de l'art. 347. À la page 473, il affirme notamment:

[TRADUCTION] Premièrement, la pénalité ne comporte aucun intérêt composé. Bien qu'elle se présente sous

fact a lump sum which is charged only if payment is not made by the due date. Second, the penalty is a one-time payment which does not increase over time.

The same argument has been advanced by the respondent in this appeal. To distinguish between fixed and time-sensitive charges is inconsistent with the plain language of s. 347, and to the extent the motions judge relied on such a distinction, such reliance was unfounded. As noted, Parliament expressly expanded the meaning of interest under s. 347 to include one-time charges, whether payable at the outset of a transaction (e.g., fees and commissions) or after repayment is due (e.g., fines and penalties). A time factor, while essential to the definition of common-law interest, is not necessary to bring a payment within the ambit of s. 347, and the LPP cannot be excluded on that ground.

forme de pourcentage du montant dû, il s'agit en réalité d'une somme forfaitaire qui n'est éligible que si le paiement n'a pas été effectué à la date d'échéance. Deuxièmement, la pénalité est calculée une seule fois et n'augmente pas avec le temps.

L'intimée a avancé le même argument dans le présent pourvoi. Établir une distinction entre des frais fixes et des frais qui varient en fonction du temps est incompatible avec les termes clairs de l'art. 347 et, dans la mesure où le juge des requêtes s'est appuyé sur une telle distinction, il a eu tort de le faire. Comme nous l'avons vu, le législateur a expressément élargi le sens du mot «intérêt» à l'art. 347, de manière à inclure les frais calculés une seule fois, qu'ils soient payables au début d'une opération (par exemple, les honoraires et les commissions) ou une fois que le remboursement est exigible (par exemple, les amendes et les pénalités). Un facteur temps, bien qu'essentiel à la définition de l'intérêt en common law, n'est pas nécessaire pour assujettir un paiement à l'art. 347, et la PPR ne saurait être exclue pour ce motif.

³⁰ It is equally clear, however, that not every charge or expense will be subject to the criminal interest rate provision. In order to constitute "interest" under s. 347, a charge — whatever its form — must be "paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement" (emphasis added). To contend that the LPP comes within the scope of s. 347 simply because it is a "penalty" is a formalistic and unpersuasive argument. The issue is whether that penalty constitutes, in substance, a cost incurred by customers to receive credit under an arrangement with Consumers' Gas.

Il est tout aussi clair, cependant, que la disposition relative au taux d'intérêt criminel ne s'applique pas à tous les frais. Pour constituer un «intérêt» au sens de l'art. 347, les frais, quels qu'ils soient, doivent être «payés ou payables [...] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d'une convention ou d'une entente]» (je souligne). Prétendre que la PPR relève de l'art. 347 du simple fait qu'il s'agit d'une «pénalité» est un argument formaliste et peu convaincant. La question est de savoir si cette pénalité constitue, au fond, un coût assumé par les clients pour recevoir un capital dans le cadre d'une entente avec Consumers' Gas.

³¹ There is a basic disagreement in this case about how the LPP should properly be characterized for the purposes of s. 347. The appellant asserts that the LPP is a price paid by customers for the privilege of retaining money that is owed to Consumers' Gas beyond a certain date. As such, he submits, it is in essence a charge for credit under a standing arrangement between the parties. The

En l'espèce, il existe un désaccord fondamental quant à la façon de qualifier la PPR aux fins de l'art. 347. L'appelant affirme que la PPR est un prix payé par les clients pour bénéficier du privilège de retenir un montant dû à Consumers' Gas après une certaine date. C'est pourquoi, soutient-il, elle représente essentiellement des frais de capital prêté dans le cadre d'une entente permanente entre

respondent submits that the LPP is merely an incentive for timely payment and has nothing to do with credit. It asserts that because it lends no money to its customers, but merely bills them for goods and services, there is no extension of credit within the meaning of s. 347. Furthermore, it submits that even if the deferral of payment for those goods and services is in fact a form of credit, such credit is unilaterally taken by late-paying customers, not advanced under any agreement or arrangement between the parties.

The dispositive question, therefore, is whether the LPP may be said to constitute a charge or expense "paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement". In answering that question, the Court should look to the substance, not merely the form, of the payment relationship which exists between Consumers' Gas and its customers. The basic features of that relationship are not in dispute and may be briefly stated: Consumers' Gas provides goods and services to its customers, but does not bill them immediately upon delivery or performance. Instead, it issues a bill each month for the total charges incurred in the preceding service period. The amount owing on the bill is due by a specified date. Customers who do not pay by that date must pay the amount owing plus an additional five percent penalty.

"Credit Advanced"

As a first step, it is necessary to determine whether the relationship between Consumers' Gas and its customers involves any advancement of credit within the meaning of s. 347. Although s. 347 is not confined to loan-sharking, in general the section arises in transactions which involve an advance of money in some form, whether in a conventional loan, a mortgage, a commercial financing agreement or otherwise. This case presents a more unusual situation, since it is clear that Consumers' Gas does not actually lend any money to its customers.

les parties. L'intimée prétend que la PPR est une simple mesure d'incitation à payer à temps et n'a rien à voir avec un prêt de capital. Elle affirme qu'il n'y a pas de prêt de capital au sens de l'art. 347 parce qu'elle ne prête pas d'argent à ses clients, mais leur facture simplement des biens et des services. De plus, elle fait valoir que même si le paiement différé de ces biens et services est en réalité une forme de capital, ce capital n'est pas prêté dans le cadre d'une convention ou d'une entente entre les parties, mais est approprié unilatéralement par les clients qui paient en retard.

La question déterminante est donc de savoir si la PPR peut être considérée comme des frais «payés ou payables [...] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d'une convention ou d'une entente]». Pour répondre à cette question, la Cour devrait examiner la nature, et non pas simplement la forme, de la relation de paiement qui existe entre Consumers' Gas et ses clients. Les caractéristiques fondamentales de cette relation ne sont pas contestées et peuvent se résumer ainsi: Consumers' Gas fournit des biens et des services à ses clients, mais ne les facture pas dès qu'ils sont livrés ou fournis. Elle leur envoie plutôt, chaque mois, une facture pour le total des frais engagés au cours de la période de service précédente. Le montant inscrit sur la facture est payable à une certaine date. Les clients qui ne respectent pas cette échéance doivent payer le montant dû auquel s'ajoute une pénalité de 5 pour 100.

«Capital prêté»

Il faut tout d'abord décider si la relation qui existe entre Consumers' Gas et ses clients comprend un prêt de capital au sens de l'art. 347. Bien que cette dernière disposition ne se limite pas aux prêts usuraires, elle s'applique généralement aux opérations comportant un prêt quelconque d'argent, que ce soit sous forme de prêt ordinaire, de prêt hypothécaire, d'accord de financement commercial ou autrement. La situation est plus inhabituelle en l'espèce étant donné qu'il est clair que Consumers' Gas ne prête vraiment pas de l'argent à ses clients.

32

33

34

In keeping with the thrust of the section in general, “credit advanced” is broadly defined in s. 347(2):

“credit advanced” means the aggregate of the money and the monetary value of any goods, services or benefits actually advanced or to be advanced under an agreement or arrangement minus the aggregate of any required deposit balance and any fee, fine, penalty, commission and other similar charge or expense directly or indirectly incurred under the original or any collateral agreement or arrangement;

Notably, this definition encompasses not only “the money” advanced under an agreement or arrangement, but also “the monetary value of any goods, services or benefits” which may be so advanced. The scope of s. 347 therefore is not confined exclusively to loans of money. The respondent submits, however, that the reach of s. 347 is limited to cases in which at least some money has been advanced. This argument is based on a grammatical analysis of s. 347(2), since “money” is preceded by the definite article “the”, whereas the phrase “goods, services or benefits” is modified by the indefinite article “any”. Both the motions judge and the Court of Appeal rejected that contention as overly formalistic, and I agree. Section 347 applies to arrangements involving the monetary value of goods, services or benefits even in the absence of an outright advance of money.

35

The most plausible interpretation of s. 347(2) is that an “advance” of “the monetary value of any goods, services or benefits” means a deferral of payment for such items. A debt is deferred — and credit extended — when an agreement or arrangement permits a debtor to pay later than the time at which payment would otherwise have been due. See R. M. Goode, *Consumer Credit Law* (1989), at p. 109. The substance of such “credit” is a determined amount of money which is payable over time. Unlike the principal of a loan, however, such credit is not initially paid out to the debtor in the form of money, but arises when a debt is incurred for goods, services or benefits, and that debt is

Conformément à l’économie de la disposition en général, l’expression «capital prêté» est définie de manière large au par. 347(2):

«capital prêté» L’ensemble des sommes d’argent et de la valeur pécuniaire globale de tous biens, services ou prestations effectivement prêtés ou qui doivent l’être dans le cadre d’une convention ou d’une entente, déduction faite, le cas échéant, du dépôt de garantie et des honoraires, agios, commissions, pénalités, indemnités et autres frais similaires résultant directement ou indirectement de la convention initiale ou de toute convention annexe.

Il convient de faire remarquer que cette définition englobe non seulement les «sommes d’argent» prêtées dans le cadre d’une convention ou d’une entente, mais aussi «la valeur pécuniaire [...] de tous biens, services ou prestations» qui peuvent être ainsi prêtés. L’article 347 ne s’applique donc pas exclusivement aux prêts d’argent. L’intimée soutient toutefois que l’art. 347 ne s’applique que dans les cas où au moins une somme d’argent quelconque a été prêtée. Cet argument repose sur une analyse grammaticale du par. 347(2), où l’article défini «des» précède l’expression «somme d’argent», alors que l’expression «biens, services ou prestations» est modifiée par l’adjectif indéfini «tous». Le juge des requêtes et la Cour d’appel ont rejeté tous les deux cet argument pour le motif qu’il était trop formaliste, et je partage leur point de vue. L’article 347 s’applique à des ententes où il est question de la valeur pécuniaire de biens, services ou prestations, même en l’absence d’un prêt d’argent comptant.

Selon l’interprétation la plus plausible du par. 347(2), le «prêt» de «la valeur pécuniaire [...] de tous biens, services ou prestations» s’entend du paiement différé de ces éléments. Il y a paiement d’une dette — et prêt de capital — lorsqu’une convention ou une entente permet à un débiteur d’effectuer un paiement à une date postérieure à celle à laquelle ce paiement aurait par ailleurs été exigible. Voir R. M. Goode, *Consumer Credit Law* (1989), à la p. 109. La nature de ce «capital» est une somme d’argent déterminée qui est payable avec le temps. À la différence du principal d’un prêt, toutefois, ce capital n’est pas initialement versé au débiteur sous forme d’argent, mais se

then deferred in full or in part by agreement of the parties.

An example is a credit sale. Such transactions are analogous to loans even though no money actually changes hands. In place of borrowing funds to pay for goods or services which have been provided, the debtor retains possession of his or her own money and the vendor assumes the position of a creditor by virtue of deferring the debt. Ordinarily in such circumstances, a premium is charged on the deferred amount, reflecting the value of the money which is now owed to the creditor but remains in the control of the party who has been permitted to delay payment. Under this interpretation of s. 347, the retailer who provides financing on a sale at an interest rate exceeding 60 percent per year is subject to the same criminal sanctions as the loan shark who lends money directly at such a rate.

It is crucial to bear in mind that the "credit advanced" in such situations consists of "monetary value" — a specific amount of money that is owed for goods, services or benefits pursuant to an agreement or arrangement — and not the goods, services or benefits themselves. If every sale, performance of services or conveyance of benefits were understood to be an advance of "credit", there would be virtually no limit to the application of s. 347. That section, despite its broad scope, is essentially concerned with regulating the relationship between creditors and debtors, not the relationship between commercial actors in the ordinary course of business.

This distinction can be illustrated with an example. Assume the purchase of a car for \$1,000. Payment of the purchase price will normally be due at a date specified in the sale agreement or when the car is tendered. No credit exists in such a situation, regardless of whether the seller is in fact paid on time, because the car is not advanced to the purchaser as "credit". However, if the seller and purchaser enter into an arrangement to delay payment of the purchase price for one month, then credit

matérialise lorsqu'une dette est contractée pour des biens, services ou prestations, et le paiement de cette dette est ensuite différé en totalité ou en partie avec l'accord des parties.

Une vente à crédit est un exemple. Une telle opération s'apparente à un prêt même si aucune somme d'argent ne change vraiment de mains. Au lieu d'emprunter des fonds pour payer des biens ou services qui ont été fournis, le débiteur demeure en possession de son propre argent et le vendeur devient un créancier en raison du paiement différé de la dette. Ordinairement, dans de telles circonstances, la somme dont le paiement est différé est majorée d'une prime qui reflète la valeur du montant qui est désormais dû au créancier mais qui demeure sous le contrôle de la partie autorisée à en retarder le paiement. Suivant cette interprétation de l'art. 347, le détaillant qui finance une vente à un taux d'intérêt supérieur à 60 pour 100 par année est passible des mêmes sanctions pénales que l'usurier qui prête directement de l'argent à un tel taux.

Il est très important d'avoir à l'esprit que le «capital prêté» en pareil cas est une «valeur pécuniaire» — une somme d'argent précise qui est due pour des biens, services ou prestations obtenus dans le cadre d'une convention ou d'une entente — et ne représente pas les biens, services ou prestations mêmes. Si chaque vente effectuée, chaque service fourni ou chaque prestation accordée était considéré comme un prêt de «capital», l'application de l'art. 347 n'aurait pratiquement pas de limite. Malgré sa vaste portée, cette disposition vise essentiellement à régir la relation entre créanciers et débiteurs, et non celle entre des acteurs commerciaux dans le cours normal des affaires.

Cette distinction peut être illustrée au moyen d'un exemple. Prenons le cas de l'achat d'une voiture de 1 000 \$. Le paiement du prix d'achat sera normalement dû à la date mentionnée dans le contrat de vente ou encore à la livraison de la voiture. Il n'est pas question de capital en pareil cas, peu importe que le vendeur soit ou non effectivement payé à temps, parce que la voiture n'est pas prêtée à l'acheteur à titre de «capital». Toutefois, si le vendeur et l'acheteur concluent une entente en vue

36

37

38

has been advanced and any premium charged by the seller for that extension of time must comply with the requirements of s. 347. The “monetary value” of the car is now a fixed amount — \$1,000 — under their agreement, and the advancement of that credit begins at the moment when payment would otherwise have been due.

de retarder le paiement d'un mois, il y a alors prêt de capital et toute prime que le vendeur peut exiger en contrepartie de cette prorogation de délai doit satisfaire aux exigences de l'art. 347. La «valeur pécuniaire» de la voiture est désormais un montant fixe — soit 1 000 \$ — aux termes de leur entente, et le prêt de ce capital commence au moment où le paiement aurait par ailleurs été dû.

39 The car itself, which may in reality be worth more or less than \$1,000, is not the “credit advanced” and is not relevant for the purposes of s. 347. If the opposite were true, it would be virtually impossible to calculate an interest rate arising from such a transaction, since the value of the credit would be undefined. In addition, and more importantly, any transaction involving an “advance” of goods, services or benefits — such as a rental or leasing agreement — would be swept within the ambit of s. 347, and many such transactions would undoubtedly give rise to “interest” exceeding the legal limit. Assume that instead of being purchased, the car is rented for a day at a price of \$50. If the car were to constitute credit advanced under s. 347(2), then the return of the car to the rental agency would presumably be a repayment of principal, and the charge paid for the advancing of that credit — \$50 for one day — would give rise to an astronomical interest rate based on the value of the car. Such an absurd result could not have been intended by Parliament when it adopted s. 347. For the deferral of a debt to constitute “credit advanced” under s. 347, there must be a specified amount owing, and that amount must actually be due in the absence of an arrangement permitting later payment.

La voiture en tant que telle, qui peut en réalité valoir plus ou moins que 1 000 \$, n'est pas le «capital prêté» et n'est pas pertinente aux fins de l'art. 347. Si l'inverse était vrai, il serait pratiquement impossible de calculer le taux d'intérêt résultant d'une telle opération, étant donné que la valeur du capital serait indéterminée. En outre, et qui plus est, une opération comportant un «prêt» de biens, de services ou de prestations — comme un contrat de location ou de crédit-bail — tomberait sous le coup de l'art. 347, et bon nombre de ces opérations entraîneraient indubitablement l'imposition d'un «intérêt» supérieur à la limite légale. Supposons que la voiture soit louée pendant une journée pour la somme de 50 \$, au lieu d'être achetée. Si elle constituait un capital prêté au sens du par. 347(2), la remise de la voiture à l'entreprise de location constituerait vraisemblablement un remboursement du principal, et les frais payés en contrepartie de ce prêt de capital — soit 50 \$ par jour — représenteraient un taux d'intérêt astronomique compte tenu de la valeur de la voiture. Le législateur ne saurait avoir voulu un résultat aussi absurde lorsqu'il a adopté l'art. 347. Pour que le paiement différé d'une dette constitue un «capital prêté» au sens de l'art. 347, un montant précis doit être dû, et ce montant doit, en fait, être dû en l'absence d'une entente permettant de le payer plus tard.

40 In the case at bar, Consumers' Gas provides goods and services to its customers, for which a specified amount of money is payable each month on a certain date. In light of the principles stated above, the deferral of that payment past the due date constitutes “credit advanced” within the meaning of s. 347(2), assuming that such deferral is permitted under the payment relationship which exists between the parties. The remaining question,

En l'espèce, Consumers' Gas fournit à ses clients des biens et des services en contrepartie d'une somme d'argent précise qui est payable chaque mois, à une certaine date. Compte tenu des principes énoncés plus haut, le paiement reporté à une date postérieure à la date d'échéance constitue un «capital prêté» au sens du par. 347(2), à supposer que la relation de paiement qui existe entre les parties permette ce report. Il reste donc à décider si

therefore, is whether credit is advanced by Consumers' Gas to its customers "under an agreement or arrangement".

"Agreement or Arrangement"

As noted at the outset, "interest" under s. 347 is a charge which is "paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement". Consumers' Gas contends that even if credit may be said to include the deferral of payment for goods or services, no "agreement or arrangement" for the advancing of such credit exists where a customer simply fails or refuses to pay a bill on time and thereby takes such "credit" unilaterally. In the respondent's view, an agreement or arrangement for credit only arises when the creditor agrees to delay its demand for payment, normally in exchange for some form of consideration.

The respondent submits that in the case at bar there is no such consensual arrangement — the LPP is imposed not as compensation for credit but as a means to deter customers from paying late. The respondent emphasized, as it did in the courts below, that the LPP does not have the "characteristics which one would expect" of a charge for credit, since it is a one-time payment which does not repeat, compound or increase over time, and no additional penalties accrue if a customer fails to pay it by any particular date. It is contended that the LPP is more akin to the late payment penalties which are authorized under federal and provincial statutes, such as the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 7(1), the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 163.1 and 227(9), and the *Commercial Concentration Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.16, s. 15(10). The respondent submits that Parliament could not have intended for those provisions to constitute agreements or arrangements for the advancing of credit within the meaning of s. 347.

Consumers' Gas prête ce capital à ses clients «dans le cadre d'une convention ou d'une entente».

«Convention ou entente»

Comme nous l'avons vu au départ, un «intérêt» au sens de l'art. 347 s'entend des frais «payés ou payables [...] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d'une convention ou d'une entente]». Consumers' Gas soutient que même s'il est possible d'affirmer qu'un capital inclut le paiement différé de biens ou de services, il n'existe aucune «convention [ni aucune] entente» de prêt d'un tel capital lorsqu'un client omet ou refuse simplement de régler une facture à temps, et s'approprie ainsi ce «capital» unilatéralement. Selon l'intimée, il y a convention ou entente de prêt uniquement lorsque le créancier consent à retarder sa demande de paiement, normalement en échange d'une contrepartie quelconque.

41

L'intimée soutient qu'il n'existe en l'espèce aucune entente consensuelle de ce genre — la PPR est imposée non pas en contrepartie d'un prêt de capital, mais dans le but de dissuader les clients de payer en retard. L'intimée a souligné devant notre Cour, comme elle l'a fait devant les tribunaux d'instance inférieure, que la PPR ne présente pas les [TRADUCTION] «caractéristiques qu'on s'attendrait de trouver» dans des frais de prêt de capital puisqu'elle est calculée une seule fois, ne comporte aucun intérêt composé et n'augmente pas avec le temps, et qu'aucune autre pénalité n'est imposée si un client ne paie pas à une date donnée. La PPR, prétend-on, s'apparente davantage aux pénalités pour paiement en retard qui sont autorisées par des lois fédérales et provinciales comme la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, par. 7(1), la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 163.1 et par. 227(9), et la *Loi de l'impôt sur les concentrations commerciales*, L.R.O. 1990, ch. C.16, par. 15(10). L'intimée soutient que le législateur n'a pas pu vouloir que ces dispositions constituent des conventions ou des ententes de prêt au sens de l'art. 347.

42

43

The respondent also relies on decisions of the OEB to support its argument regarding the purpose of the LPP. In particular, it cites the original order of the OEB approving the implementation of the penalty. In that decision, the Board emphasized the deterrent effect of such penalties, and specifically rejected the option of imposing a conventional interest charge on overdue accounts. See Reasons for Decision, E.B.R.O. 302-II (September 4, 1975). The Board held at pp. 116-18:

The primary objective of this charge is to encourage customers to pay promptly and thus minimize the growing cost of carrying accounts receivable The Applicant [Consumers' Gas] submits that these costs as well as extraordinary collection costs should be borne by customers who cause them to be incurred.

. . . .

The late payment penalty charge is a well established and practical device in widespread use in Ontario and elsewhere to encourage prompt payment of utility bills. . . .

The Board recognizes that a few regulatory Boards and text-book writers have been critical of a penalty charge of the kind used by the Applicant. However, the Board does not think that a monetary incentive for prompt payment is wrong in principle. Interest charged on over-due accounts on a daily basis has an appeal on theoretical grounds, but it gives little incentive to pay by a named date, gives little weight to collection costs and seems complicated.

Similarly, in 1988 the OEB reviewed the fairness of the LPP and concluded that it should be maintained in its existing form. See Reasons for Decision, E.B.R.O. 452 (December 21, 1988). In so finding, the Board noted at p. 330 that "the late payment penalty should be large enough to deter those customers who otherwise might be tempted to defer payment". Consumers' Gas submits that the Board's characterization of the LPP should be accorded curial deference by this Court.

L'intimée invoque également des décisions de la CEO à l'appui de son argument concernant l'objet de la PPR. En particulier, elle cite l'ordonnance initiale de la CEO approuvant l'établissement de la pénalité. Dans cette décision, la Commission a insisté sur l'effet dissuasif de telles pénalités et a expressément écarté la possibilité d'imposer des frais d'intérêt conventionnels sur les comptes en souffrance. Voir les motifs de décision, E.B.R.O. 302-II (4 septembre 1975). La Commission statue aux pp. 116 et 118:

[TRADUCTION] L'objectif premier de ces frais est d'inciter les clients à payer sans tarder de manière à réduire au minimum le coût croissant du report des comptes clients [. . .] La requérante [Consumers' Gas] soutient que ces coûts de même que les frais de recouvrement extraordinaires devraient être supportés par les clients qui en sont à l'origine.

. . . .

La pénalité pour paiement en retard est un moyen pratique, bien établi et très répandu en Ontario et ailleurs d'inciter les gens à régler sans tarder leurs factures de services publics. . .

La Commission reconnaît que quelques organismes de réglementation et auteurs de doctrine ont critiqué le genre de pénalité qu'impose la requérante. Toutefois, la Commission ne pense pas qu'un moyen pécuniaire d'inciter les gens à payer sans tarder soit mauvais en principe. La perception d'intérêts quotidiens sur les comptes en souffrance est attrayante sur le plan théorique, mais elle incite peu les gens à payer au plus tard à une date déterminée, accorde peu d'importance aux frais de recouvrement et semble compliquée.

De même, en 1988, la CEO a examiné le caractère équitable de la PPR et conclu qu'il y avait lieu de la maintenir sous sa forme existante. Voir les motifs de décision, E.B.R.O. 452 (21 décembre 1988). En statuant ainsi, la Commission a noté, à la p. 330, que [TRADUCTION] «la pénalité pour paiement en retard devrait être assez élevée pour dissuader les clients qui seraient par ailleurs tentés de différer leur paiement». Consumers' Gas soutient que notre Cour devrait faire preuve de retenue à l'égard de la façon dont la Commission qualifie la PPR.

The respondent's arguments on this point were accepted by the motions judge, who held as follows at pp. 469-71:

From the foregoing [OEB] decisions, it is apparent that the OEB does not view the LPP charged by Consumers' Gas as an interest charge for the advancing of credit. Instead, as the defendant submits, the OEB considers it to be an incentive for timely payment. . . .

. . .

I accept the plaintiff's argument that a deferral of payment constitutes credit. However, I do not agree that just because a customer does not pay on time means that there has been a deferral of payment or that credit has been advanced, particularly where the company has done what it could to encourage the customer to pay on time. A distinction must be drawn between the situation in which a customer fails to pay within a stipulated time, because of inadvertence, choice or because he does not have the money, and the situation in which an agreement is entered into whereby the lender of money or issuer of goods agrees to delay its demand for payment, in exchange for the consideration of an additional charge. In my view, s. 347 is applicable only to the latter situation. The facts before me reveal the former situation.

The Court of Appeal dismissed Garland's appeal on separate grounds and declined to reach the issue of whether the LPP is a charge "payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement".

It is true that there is an important difference between the consensual granting of credit and the unilateral taking of it. See, e.g., Goode, *supra*, at p. 108. As noted, s. 347 does not apply to situations in which a buyer or consumer fails to pay on time, without the consent of the other party, for goods, services or benefits provided. The facts in this case, however, present a different situation. The payment relationship which exists between Consumers' Gas and its customers is defined by a standing arrangement. The terms of that arrangement are imposed by Consumers' Gas, after approval by the OEB. They are clearly conveyed to every customer and do not change from month to month. Those terms provide, in plain language,

Les arguments de l'intimée sur ce point ont été acceptés par le juge des requêtes, qui a statué, aux pp. 469 et 471:

[TRADUCTION] Il ressort des décisions [de la CEO] qui précèdent que la CEO ne perçoit pas la PPR imposée par Consumers' Gas comme des frais d'intérêt perçus en contrepartie d'un prêt de capital. Au contraire, comme la défenderesse le soutient, la CEO les considère comme une mesure d'incitation à payer à temps. . .

. . .

J'accepte l'argument du demandeur qu'un paiement différé constitue un capital prêté. Toutefois, je n'accepte pas qu'il y a paiement différé ou prêt de capital simplement parce qu'un consommateur ne paie pas à temps, en particulier lorsque la compagnie a fait ce qu'elle pouvait pour inciter ce client à payer à temps. Il faut faire une distinction entre la situation où un client ne paie pas dans le délai prévu, par inadvertance, par choix ou parce qu'il n'a pas d'argent, et celle où il y a conclusion d'une entente aux termes de laquelle le prêteur d'argent ou le fournisseur de biens accepte de retarder sa demande de paiement en contrepartie de frais supplémentaires. À mon avis, l'art. 347 ne s'applique qu'à la dernière situation. D'après les faits dont je suis saisi, c'est la première situation qui existe.

La Cour d'appel a rejeté l'appel Garland pour des motifs distincts et a refusé d'examiner la question de savoir si la PPR représente des frais «payables [...] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d'une convention ou d'une entente]».

Il est vrai qu'il existe une différence importante entre un prêt consensuel de capital et l'appropriation unilatérale de ce capital. Voir, par exemple, Goode, *op. cit.*, à la p. 108. Comme nous l'avons vu, l'art. 347 ne s'applique pas aux situations où un acheteur ou un consommateur omet de payer à temps, sans le consentement de l'autre partie, des biens, des services ou des prestations qui ont été fournis. Toutefois, les faits de la présente affaire révèlent une situation différente. La relation de paiement qui existe entre Consumers' Gas et ses clients est définie par une entente permanente. Les conditions de cette entente sont imposées par Consumers' Gas après avoir été approuvées par la CEO. Elles sont communiquées clairement à

that a customer's gas bill may be paid either before or after the due date. As the motions judge observed at p. 466:

[T]he bill received by the customer states the amount "payable by due date", the "due date" and the amount "payable after due date". The bill does not indicate that payment must be made by the due date and I question the ability of Consumers' to sue as soon as the due date has passed.

It is also made clear, however, that Consumers' Gas prefers to receive payment by the due date, and that customers who, for whatever reason, fail to meet that deadline must pay a price of five percent on top of the amount owing for that month.

chaque client et ne changent pas d'un mois à l'autre. Ces conditions précisent clairement que la facture de gaz d'un client peut être payée avant ou après échéance. Comme le juge des requêtes l'a fait observer, à la p. 466:

[TRADUCTION] [L]a facture reçue par le client indique le «montant dû avant échéance», l'«échéance» et le «montant dû après échéance». La facture ne précise pas que le paiement doit être fait au plus tard à la date d'échéance, et je doute de la capacité de Consumers' d'intenter des poursuites immédiatement après la date d'échéance.

Il est également précisé, toutefois, que Consumers' Gas préfère recevoir le paiement au plus tard à la date d'échéance, et que les clients qui, pour quelque raison que ce soit, ne respecteront pas cette date d'échéance devront payer des frais supplémentaires de 5 pour 100 du montant dû pour le mois en cause.

46 In short, the arrangement between the parties creates two payment options: a short-term option, which costs nothing, and a longer-term option, which involves an additional charge. The motions judge recognized this as well in the closing words of his decision, when he observed (at pp. 473-74) that the transaction between the parties "is a two-price system by which customers can opt to pay one price by the due date or another price thereafter". He concluded that such an arrangement "represents a discount which is forfeited if payment is not made by the due date" (p. 474). It can just as easily be said that the LPP represents a premium imposed when payment is made over the longer period. Customers who do not like these terms presumably may end their relationship with the respondent; by continuing to subscribe to its services they accept the terms of the prevailing arrangement, including the imposition of the LPP. It cannot properly be contended that Consumers' Gas, having designed those terms itself, does not consent to the customer acting in accordance with them.

Bref, l'entente entre les parties crée deux options de paiement: l'option à court terme, qui ne coûte rien, et l'option à plus long terme, qui comporte des frais supplémentaires. Le juge des requêtes a également reconnu cela à la toute fin de sa décision quand il a fait remarquer (aux pp. 473 et 474) que l'opération entre les parties [TRADUCTION] «est un système de double prix qui permet aux clients de choisir de payer un prix au plus tard à la date d'échéance, ou un autre prix à une date ultérieure». Il a conclu qu'une telle entente [TRADUCTION] «représente un rabais qui est perdu en cas de non-paiement à la date d'échéance» (p. 474). On peut tout aussi aisément affirmer que la PPR représente une prime imposée lorsque le paiement est fait au cours de la période plus longue. Les clients qui n'aiment pas ces conditions peuvent vraisemblablement mettre fin à leur relation avec l'intimée; en demeurant abonnés à ses services, ils acceptent les conditions de l'entente en vigueur, y compris l'imposition de la PPR. On ne saurait affirmer à juste titre que Consumers' Gas, qui a elle-même fixé ces conditions, ne consent pas à ce que le client les respecte.

47 The respondent does not deny that the LPP is imposed under an arrangement, but disputes the nature of that arrangement. As noted, it argues that the intended purpose of the LPP is not to exact a

L'intimée ne nie pas que la PPR est imposée dans le cadre d'une entente, mais elle conteste la nature de cette entente. Comme nous l'avons vu, elle fait valoir que la PPR a pour objet non pas

price for credit but to discourage the taking of credit in the first place. That assertion is not entirely supported by the record. The OEB found that deterrence of late payments is the “primary objective” of the LPP. However, it also held that when such deterrence is not effective, another purpose of the penalty is to ensure that the “cost of carrying accounts receivable” is recovered from customers who, by delaying payment, cause such costs to be incurred (Reasons for Decision, E.B.R.O. 302-II, *supra*, at p. 116). Before approving the respondent’s request to implement the LPP in 1975, the OEB held a series of hearings, during which the Associate Comptroller of the respondent was examined with regard to the purpose of the LPP. He stated in part:

Q: The cost of money is a real problem is it?

A: Yes, sir.

Q: You don’t want the customers to be sitting with lots of the company’s money for long periods of time. You require cash flow. Is that fair?

A: Yes, sir, that is correct.

Q: It costs the company money to borrow money?

A: Yes, sir.

. . .

Q: Isn’t this late payment charge then a charge to the customer for keeping the money past a certain time period, for keeping the money for a certain length of time?

A: Partly that and partly to recover our collection costs.

Transcript of Examination of D. C. Morton, January 24, 1975 (Case on Appeal, at pp. 376-77). Similarly, in one of its informational brochures (“Some special billing charges”), Consumers’ Gas explains the purpose of the LPP to its customers as follows (Case on Appeal, at p. 680):

The primary purpose of this charge is to encourage our customers to pay on or before the due date and thereby maintain the company’s cash flow. Revenue from this

d’exiger un prix pour du capital, mais de dissuader les gens de s’approprier ce capital au départ. Cette affirmation n’est pas entièrement étayée par le dossier. La CEO a conclu que l’[TRADUCTION]«objectif premier» de la PPR est de dissuader les gens de payer en retard. Toutefois, elle a également statué que, si cette mesure de dissuasion est inefficace, un autre objet de la pénalité est d’assurer que le [TRADUCTION] «coût [...] du report des comptes clients» soit assumé par les clients qui, en retardant leur paiement, en sont la cause (Motifs de décision, E.B.R.O. 302-II, précité, à la p. 116). Avant d’approuver la demande d’établissement de la PPR présentée par l’intimée en 1975, la CEO a tenu une série d’audiences au cours desquelles le contrôleur de gestion adjoint de l’intimée a été interrogé au sujet de l’objet de la PPR. Il a notamment déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION]

Q: Le coût de l’argent est un véritable problème, n’est-ce pas?

R: Oui, monsieur.

Q: Vous ne voulez pas que les clients gardent pendant de longues périodes de grandes quantités d’argent appartenant à la compagnie. Vous avez besoin de rentrées de fonds. Est-ce exact?

R: Oui, monsieur, c’est exact.

Q: La compagnie doit payer pour emprunter?

R: Oui, monsieur.

. . .

Q: Ces frais pour paiement en retard ne sont-ils pas alors des frais imposés au client parce qu’il garde l’argent après une certaine date, parce qu’il garde l’argent pendant un certain temps?

R: C’est en partie pour cela et en partie pour récupérer nos frais de recouvrement.

Transcription de l’interrogatoire de D. C. Morton, 24 janvier 1975 (dossier, aux pp. 376 et 377). De même, dans l’une de ses brochures («Some special billing charges»), Consumers’ Gas explique ainsi l’objet de la PPR (dossier, à la p. 680):

[TRADUCTION] L’objet premier de ces frais est d’inciter nos clients à payer au plus tard à la date d’échéance et de maintenir, par ce moyen, les rentrées de fonds de la

penalty helps to offset our costs of carrying outstanding gas accounts receivable and collecting delinquent accounts.

Compensation for the cost of payment deferred is the hallmark of a credit arrangement.

compagnie. Les recettes tirées de cette pénalité aident à compenser nos frais de report des comptes de gaz en souffrance et les frais de recouvrement de ces comptes.

L'indemnisation du coût d'un paiement différé est la caractéristique d'une entente de prêt.

48

Even if deterrence were the only intended purpose of the LPP, that would not be determinative of the issue before the Court. The nature of the arrangement between Consumers' Gas and its customers is a question of law. That question turns on how the LPP operates in substance, not on what the respondent hopes to achieve by imposing it. Nor does the Court owe curial deference to the OEB with regard to the characterization of the penalty. It is clear that Consumers' Gas neither encourages late payments nor seeks to profit from them. The issue, however, is not what the company would prefer but what it has consented to. Under the terms prevailing between the parties, customers are permitted to defer their payment, albeit for a price. That is an arrangement for the advancing of credit under the broad language adopted in s. 347. As the OEB recognized, a five percent penalty is an effective deterrent precisely because it constitutes a high cost, in economic terms, for the retention of money. It is the severity of that cost which, in the view of the appellant, runs afoul of s. 347.

Même si la dissuasion était le seul objet de la PPR, cela ne réglerait pas la question soumise à la Cour. La nature de l'entente entre Consumers' Gas et ses clients est une question de droit. Cette question dépend de la façon dont la PPR fonctionne essentiellement, et non de ce que l'intimée compte obtenir en l'imposant. La Cour n'a pas non plus à faire preuve de retenue à l'égard de la façon dont la CEO qualifie la pénalité. Il est clair que Consumers' Gas n'encourage pas les paiements en retard et ne cherche pas non plus à en profiter. La question n'est cependant pas de savoir ce que la compagnie préférerait, mais ce à quoi elle a consenti. Selon les conditions qui existent entre les parties, les clients sont autorisés à différer leur paiement, à un prix toutefois. Il s'agit d'une entente de prêt qui est visée par le texte large de l'art. 347. Comme la CEO l'a reconnu, une pénalité de 5 pour 100 est une mesure de dissuasion efficace précisément parce qu'elle représente un coût élevé, en termes économiques, pour retenir une somme d'argent. C'est le caractère élevé de ce coût qui, de l'avis de l'appelant, contrevient à l'art. 347.

49

This conclusion is not affected by the fact that late payment penalties exist in certain federal and provincial statutes. Such penalties are readily distinguishable from the LPP at issue here. The contractual relationship between a public utility and its customers regarding the payment of monthly charges is not comparable to the political relationship between a government and its citizens regarding the payment of taxes. There is no agreement or arrangement between the latter parties governing the imposition of taxes, let alone permitting the payment of one amount by a due date and another amount thereafter. In any event, for the purposes of s. 347, tax is not the monetary value of goods, services, or benefits provided by the government, and the deferral of tax, even if such deferral were permitted, would not constitute "credit" within the

Le fait que certaines lois fédérales et provinciales prescrivent des pénalités pour paiement en retard ne change rien à cette conclusion. On peut aisément établir une distinction entre ces pénalités et la PPR en cause dans la présente affaire. La relation contractuelle qui existe entre une entreprise de services publics et ses clients en ce qui concerne le paiement de frais mensuels n'a rien de comparable avec la relation politique qui existe entre un gouvernement et ses citoyens en matière de paiement de taxes. Il n'y a, entre ces dernières parties, aucune convention ni aucune entente régissant l'imposition de taxes et, encore moins, autorisant le paiement d'un montant au plus tard à une date d'échéance et celui d'un autre montant à une date ultérieure. Quoi qu'il en soit, pour les fins de l'art. 347, une taxe n'est pas la valeur pécuniaire

meaning of s. 347(2). See *Delta v. Active Chemicals Ltd.* (1984), 57 B.C.L.R. 213 (C.A.), at p. 217.

For these reasons, I conclude that the LPP imposed by Consumers' Gas is a "charg[e] . . . in the form of a . . . penalty . . . payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement". As such it is an interest charge for the purposes of s. 347.

The conclusions reached in this appeal may not follow intuitively from the concepts of "credit" and "interest" as those terms are employed at common law and in everyday life. The result here is mandated by the extremely broad compass given to those terms by Parliament under s. 347. As Huddart L.J.S.C. observed in *Mira Design Co. v. Seascope Holdings Ltd.* (1981), 34 B.C.L.R. 55, at p. 60:

The thrust of the definitions of "credit advanced" and "interest" is to cover all possible aspects of any transaction to ensure that the cost of using someone else's money never exceeds the criminal rate. Thus, they focus on the actual benefit given to the borrower and the real cost of borrowing. The actual benefit is the real amount in the borrower's hands minus all the penalties, commissions and other costs incurred. The cost of borrowing is also widely defined. Clearly the intention of the legislature was to concentrate on the substance of the transaction, not on its mechanics or form.

It should be noted however that s. 347 is a deeply problematic law. Some of its terms are most comfortably understood in the narrow context of street-level loan sharking, while others compel a much broader application. The two facets of the statute do not comfortably co-exist. The Court is aware that the present decision may have the effect of increasing the importance of s. 347 in some consumer and commercial transactions.

de biens, services ou prestations fournis par le gouvernement, et le paiement différé d'une taxe, même s'il était permis, ne constituerait pas un «capital» au sens du par. 347(2). Voir *Delta c. Active Chemicals Ltd.* (1984), 57 B.C.L.R. 213 (C.A.), à la p. 217.

Pour ces motifs, j'arrive à la conclusion que la PPR imposée par Consumers' Gas représente des «frais» sous forme de «pénalités [...] payables [...] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d'une convention ou d'une entente]». Il s'agit donc de frais d'intérêt aux fins de l'art. 347.

Il se peut que les conclusions tirées dans le présent pourvoi ne découlent pas intuitivement des notions de «capital» et d'«intérêt» utilisées en common law et dans la vie de tous les jours. Le résultat en l'espèce est commandé par la portée extrêmement large que le législateur donne à ces termes à l'art. 347. Comme le juge local Huddart de la Cour suprême l'a fait remarquer dans l'arrêt *Mira Design Co. c. Seascope Holdings Ltd.* (1981), 34 B.C.L.R. 55, à la p. 60:

[TRADUCTION] L'objet des définitions de «capital prêté» et d'«intérêt» est de viser tous les aspects possibles d'une opération afin de garantir que le coût de l'utilisation de sommes d'argent appartenant à quelqu'un d'autre ne dépasse jamais le taux criminel. Ainsi, ces définitions sont axées sur l'avantage réel qui est procuré à l'emprunteur et sur le coût réel de l'emprunt. L'avantage réel est le montant véritable qui est entre les mains de l'emprunteur, déduction faite de l'ensemble des pénalités, commissions et autres frais supportés. Le coût de l'emprunt est également défini de manière générale. De toute évidence, le législateur avait l'intention de se concentrer sur la nature de l'opération, et non pas sur ses modalités ou sa forme.

Il y a lieu toutefois de noter que l'art. 347 est une disposition très problématique. Certains de ses termes se comprennent mieux dans le contexte restreint du prêt usuraire ordinaire, alors que d'autres commandent une application beaucoup plus large. Les deux aspects de cette disposition ne coexistent pas facilement. La Cour est consciente que la présente décision peut avoir pour effet d'accroître l'importance de l'art. 347 dans certaines opérations

50

51

52

Given the interpretive difficulties inherent in the provision and the volume of civil litigation which it has already spawned, it is with some reluctance that we are legally driven to this conclusion. However, the plain terms of s. 347 must govern its application. If the section is to be given a more directed focus, it lies with Parliament, not the courts, to take the required remedial action.

en matière de commerce et de consommation. Étant donné les difficultés d'interprétation inhérentes à cette disposition et le nombre de poursuites civiles qu'elle a déjà suscitées, c'est avec une certaine hésitation que nous sommes amenés en droit à tirer cette conclusion. Toutefois, les termes clairs de l'art. 347 doivent régir son application. Si cette disposition a besoin d'être plus précise, c'est au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient de prendre les mesures correctives nécessaires.

53

In any event, the result reached in this appeal is limited. On the facts of this case, a penalty incurred, pursuant to the terms of a standing arrangement between the parties, for the deferral of payment of a specified amount of money owing for goods, services or benefits is an "interest" charge within the meaning of s. 347 and is subject to that law's prohibitions against requiring or receiving interest at a criminal rate.

De toute façon, le résultat auquel on arrive en l'espèce est limité. D'après les faits de la présente affaire, une pénalité imposée, conformément aux conditions d'une entente permanente entre les parties, en contrepartie du paiement différé d'une somme d'argent déterminée qui est exigible pour des biens, services ou prestations, constitue un «intérêt» au sens de l'art. 347 et est visée par les interdictions d'exiger ou de percevoir des intérêts à un taux criminel que renferme cette disposition.

2. Is the Application of s. 347 Precluded by the Principles Set Forth in *Nelson v. C.T.C. Mortgage Corp.*?

2. Les principes énoncés dans *Nelson c. C.T.C. Mortgage Corp.* empêchent-ils l'application de l'art. 347?

54

As noted, s. 347 creates two separate offences. Section 347(1)(a) makes it illegal to enter into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate. Section 347(1)(b) makes it illegal to receive a payment or partial payment of interest at a criminal rate. The relationship between these two provisions has been the subject of much comment in the courts below and in academic writings. In particular, controversy exists about whether an agreement which does not expressly require the payment of criminal interest at the time it is entered into may nevertheless give rise to an actual payment of interest at an illegal rate. Such cases can arise if an additional charge is incurred while credit is outstanding, or if the actual period for repayment is shortened by the occurrence of a determining event or an act by one of the parties. See, e.g., *Mira Design, supra*; *Aectra Refining & Marketing Inc. v. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146 (Gen. Div.); S. Antle, "A Practical Guide to Section 347 of the Criminal Code — Criminal Rates of Interest" (1994), 23

Comme nous l'avons vu, l'art. 347 crée deux infractions distinctes. Aux termes de l'al. 347(1)a), il est illégal de conclure une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel. D'après l'al. 347(1)b), il est illégal de percevoir, même partiellement, des intérêts à un taux criminel. Le lien entre ces deux dispositions a été amplement commenté devant les tribunaux d'instance inférieure et dans la doctrine. En particulier, il existe une controverse sur la question de savoir si une entente qui n'exige pas expressément le paiement d'intérêts à un taux criminel au moment où elle est conclue peut malgré tout entraîner un paiement réel d'intérêts à un taux illégal. De telles situations peuvent se présenter si des frais supplémentaires sont imposés pendant la durée du prêt ou si la période réelle de remboursement est abrégée à la suite d'un événement déterminant ou d'un acte accompli par l'une des parties. Voir, par exemple, *Mira Design*, précité; *Aectra Refining & Marketing Inc. c. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146 (Div. gén.); S. Antle, «A Practical

C.B.L.J. 323, at p. 334; Ziegel, "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost", *supra*, at p. 240; M. Feldman, "Criminal Interest Rates in the Context of Early Payment of a Debt Obligation" (1985), 2 *Bus. & L.* 70.

The leading decision on this issue is *Nelson*, *supra*. The facts and judgments in *Nelson* are set forth in detail in the companion case to this appeal, *Degelder Construction Co. v. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 S.C.R. 90, and need not be fully repeated. Briefly, the Nelsons were guarantors of a mortgage on which a number of fixed fees were payable in addition to conventional interest. Had the mortgage been repaid when it was due, the fees and interest would have produced an effective interest rate of 52.49 percent per annum. However, the mortgage contained a right of prepayment which was exercised by the debtor early in the life of the agreement. When the interest rate was calculated over the term during which the mortgage was actually outstanding, it was 84.1 percent per annum. The Nelsons sued the lender alleging that the mortgage agreement was void and unenforceable under s. 305.1 (now s. 347).

The issue at trial and on appeal was whether the rate of interest should be calculated over the full term of the mortgage as stated in the agreement, or over the shorter period that the mortgage was actually outstanding. The British Columbia Court of Appeal split on the question. Hutcheon J.A., dissenting, held that the case turned on the distinction between ss. 347(1)(a) and 347(1)(b). In his view, subs. (1)(a) prohibits entering into an agreement which, on its face, requires the payment of illegal interest; he found that such a situation was not before him. However, he held that subs. (1)(b) prohibits the actual receipt of an illegal interest payment, and the rate in such situations must be based on the time elapsed since the money was advanced, even if that period differs from the term foreseen in the agreement. The majority, *per* Seaton J.A., found that such an approach would pro-

Guide to Section 347 of the Criminal Code — Criminal Rates of Interest» (1994), 23 *C.B.L.J.* 323, à la p. 334; Ziegel, «The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost», *loc. cit.*, à la p. 240; M. Feldman, «Criminal Interest Rates in the Context of Early Payment of a Debt Obligation» (1985), 2 *Bus. & L.* 70.

L'arrêt de principe sur cette question est *Nelson*, précité. Comme les faits et les jugements dans l'arrêt *Nelson* sont relatés en détail dans l'arrêt connexe *Degelder Construction Co. c. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 R.C.S. 90, il est inutile de les reprendre au complet. En résumé, les Nelson étaient garants d'un prêt hypothécaire à l'égard duquel certains frais fixes étaient payables en plus de l'intérêt conventionnel. Si le prêt hypothécaire avait été remboursé à l'échéance, les frais et intérêts auraient donné un taux d'intérêt annuel effectif de 52,49 pour 100. Toutefois, le prêt hypothécaire comportait un droit de remboursement anticipé que le débiteur a exercé au début de la durée du contrat. Quand le taux d'intérêt a été calculé pour la période pendant laquelle le prêt hypothécaire avait réellement été en cours, il était de 84,1 pour 100 par année. Les Nelson ont poursuivi le prêteur en faisant valoir que la convention hypothécaire était nulle et non exécutoire en vertu de l'art. 305.1 (maintenant l'art. 347).

La question litigieuse en première instance et en appel était de savoir si le taux d'intérêt devait être calculé pour toute la durée du prêt hypothécaire, tel que prévu dans la convention, ou pour la période plus brève au cours de laquelle le prêt hypothécaire avait réellement été en cours. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique était divisée sur ce point. Le juge Hutcheon, dissident, a statué que l'affaire reposait sur la distinction entre l'al. 347(1)a) et l'al. 347(1)b). Selon lui, l'al. (1)a) interdit de conclure une convention qui, à première vue, exige le paiement d'intérêts illégaux; il a conclu que ce n'était pas la situation dont il était saisi. Toutefois, il a jugé que l'al. (1)b) interdit la perception réelle d'intérêts illégaux, et que le taux, en pareil cas, doit être calculé en fonction du délai écoulé depuis le moment où l'argent a été prêté, même si ce délai diffère de celui prévu dans la

55

56

duce an absurd result in a situation where the period of repayment is within the exclusive control of the debtor. As Seaton J.A. held at pp. 144-45, Parliament cannot have intended that "an innocent mortgagee who has entered into a perfectly lawful agreement should as the result of the voluntary act of the mortgagor in prepaying the mortgage become guilty of an offence under [s. 347(1)(b)]". The majority recognized that the same might not be true if a mortgage were payable on the demand of the creditor rather than at the debtor's option. The reasons of the majority were agreed to in substance by this Court.

convention. Les juges majoritaires ont conclu, par l'intermédiaire du juge Seaton, qu'une telle interprétation donnerait un résultat absurde dans une situation où la période de remboursement relève du contrôle exclusif du débiteur. Comme le juge Seaton l'a statué, aux pp. 144 et 145, le législateur ne saurait avoir voulu qu'[TRADUCTION] «un créancier hypothécaire de bonne foi qui a conclu un contrat parfaitement légal devienne coupable d'une infraction à [l'al. 347(1)b)] parce que le débiteur a volontairement remboursé l'hypothèque par anticipation». Les juges majoritaires ont reconnu que la situation pourrait être différente si une hypothèque était remboursable à la demande du créancier plutôt qu'au gré du débiteur. Notre Cour a souscrit, pour l'essentiel, aux motifs des juges majoritaires.

57 The gravamen of *Nelson* is that an agreement or arrangement for credit which is legal on its face cannot become illegal under s. 347 through the voluntary act of the debtor. Consumers' Gas contends that this principle precludes the application of s. 347 in the case at bar, because incurring and paying the LPP are voluntary acts of the customer. The motions judge accepted the argument that *Nelson* is dispositive of this case and dismissed the action on that basis. The Ontario Court of Appeal agreed. In particular, the Court of Appeal noted that the decision in *Nelson* was affirmed by this Court.

L'arrêt *Nelson* veut essentiellement qu'un acte volontaire du débiteur ne puisse pas rendre illégale, en vertu de l'art. 347, une convention ou une entente de prêt qui est légale à première vue. Consumers' Gas soutient que ce principe empêche l'application de l'art. 347 en l'espèce parce que le client encourt et paie volontairement la PPR. Le juge des requêtes a retenu l'argument selon lequel l'arrêt *Nelson* est déterminant en l'espèce, et a rejeté l'action pour ce motif. La Cour d'appel de l'Ontario partageait le même avis et a notamment fait remarquer que l'arrêt *Nelson* avait été confirmé par notre Cour.

58 The reasons in *Dancorp*, which are being released simultaneously with this decision, revisit *Nelson* and set forth the following general principles governing the interpretation of s. 347 (at para. 34):

Dans les motifs de l'arrêt *Dancorp*, qui sont déposés en même temps que le présent arrêt, on revoit l'arrêt *Nelson* et on énonce les principes généraux suivants qui régissent l'interprétation de l'art. 347 (au par. 34):

- (1) Section 347(1)(a) should be narrowly construed. Whether an agreement or arrangement for credit violates s. 347(1)(a) is determined as of the time the transaction is entered into. If the agreement or arrangement permits the payment of interest at a criminal rate but does not require it, there is no violation of s. 347(1)(a), although s. 347(1)(b) might be engaged.
- (2) Section 347(1)(b) should be broadly construed. Whether an interest payment violates s. 347(1)(b) is determined as of the time the payment is received. For the purposes of s. 347(1)(b), the effective annual rate of interest arising from a payment is cal-

- (1) L'alinéa 347(1)a) doit être interprété restrictivement. La question de savoir si une convention ou une entente de prêt viole l'al. 347(1)a) est déterminée à la date à laquelle l'opération est effectuée. Si la convention ou l'entente permet le paiement d'intérêts à un taux criminel mais ne l'exige pas, il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)a), quoique l'al. 347(1)b) puisse s'appliquer.
- (2) L'alinéa 347(1)b) doit être interprété de façon libérale. La question de savoir si un paiement d'intérêts viole l'al. 347(1)b) est déterminée à la date à laquelle le paiement est reçu. Aux fins de l'al. 347(1)b), le taux d'intérêt annuel effectif résultant

culated over the period during which credit is actually outstanding.

- (3) There is no violation of s. 347(1)(b) where a payment of interest at a criminal rate arises from a voluntary act of the debtor, that is, an act wholly within the control of the debtor and not compelled by the lender or by the occurrence of a determining event set out in the agreement. [Emphasis in original.]

Applying the first principle stated above, it is clear that there is no violation of s. 347(1)(a) in this case. The arrangement between Consumers' Gas and its customers does not, on its face, require the payment of interest at a criminal rate. The payment of such interest depends on the occurrence of subsequent events.

With regard to s. 347(1)(b), Consumers' Gas makes two arguments. First, it contends that a customer can avoid the LPP entirely by paying on time, and therefore any customer who incurs the penalty does so voluntarily. Second, it contends that the amount of time which passes between the due date and the actual payment of the LPP — and therefore the effective rate of interest arising from the penalty — is entirely within the control of the customer. Consumers' Gas submits that under the third principle stated above, receipt of the LPP cannot constitute a violation of s. 347(1)(b).

The respondent's assertion that customers "voluntarily" pay the LPP is unpersuasive. The prepayment of the mortgage in *Nelson* was a voluntary act because it was wholly at the debtor's initiative and was not compelled by the lender's demand or by a determining event set out in the agreement. A customer's failure to pay the LPP by a named date is not voluntary in the same sense. The LPP is automatically triggered by an event specified in the arrangement between the parties, i.e. the passage of time. The fact that the respondent consents to the possibility of late payment, and thereby presents its customers with the option of paying before or after the due date, does not mean that a customer "voluntarily" incurs the LPP when he or she fails to pay on time. A penalty is not "voluntary" simply because it could conceivably be

d'un paiement est calculé en fonction de la période pendant laquelle le prêt est réellement en cours.

- (3) Il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)b) lorsqu'un paiement d'intérêts à un taux criminel résulte d'un acte volontaire du débiteur, c'est-à-dire un acte qui relève entièrement de sa volonté et qui n'est pas imposé par le prêteur en raison d'un événement déterminant prévu dans la convention. [Souligné dans l'original.]

Si on applique le premier principe susmentionné, il est clair qu'il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)a) en l'espèce. L'entente conclue entre Consumers' Gas et ses clients n'exige pas, à première vue, le paiement d'intérêts à un taux criminel. Le paiement de ces intérêts dépend d'événements subséquents.

En ce qui concerne l'al. 347(1)b), Consumers' Gas avance deux arguments. Premièrement, elle soutient qu'un client peut éviter complètement la PPR en payant à temps, de sorte que le client qui encourt cette pénalité le fait volontairement. Deuxièmement, elle prétend que le délai qui s'écoule entre la date d'échéance et la date à laquelle la PPR est réellement payée — et donc le taux d'intérêt effectif résultant de la pénalité — relève entièrement du contrôle du client. Consumers' Gas fait valoir que, suivant le troisième principe susmentionné, la perception de la PPR ne peut pas constituer une violation de l'al. 347(1)b).

L'affirmation de l'intimée selon laquelle les clients paient «volontairement» la PPR n'est pas convaincante. Le remboursement anticipé du prêt hypothécaire dans *Nelson* était un acte volontaire parce qu'il avait été fait complètement à l'initiative du débiteur et n'avait pas été exigé par le prêteur ni imposé par un événement déterminant prévu dans la convention. Le défaut d'un client de payer la PPR à une date donnée n'est pas volontaire dans le même sens. L'imposition de la PPR est déclenchée automatiquement par un événement prévu dans la convention entre les parties, c'est-à-dire l'écoulement du temps. Le fait que l'intimée consente à la possibilité d'un paiement en retard et donne ainsi à ses clients le choix de payer avant ou après la date d'échéance ne signifie pas qu'un client encourt «volontairement» la PPR s'il ne paie pas à temps.

59

60

61

avoided through prompt payment. If that were the case, then all penalties could be considered voluntary, and the inclusion of the term “penalty” in s. 347(2) would become meaningless. When a penalty is specified in an agreement or arrangement for credit, the lender bears the risk that the payment of that penalty might give rise to a violation of s. 347(1)(b).

Une pénalité n'est pas «volontaire» pour la simple raison qu'on pourrait théoriquement l'éviter en payant sans tarder. Si tel était le cas, toutes les pénalités pourraient être considérées comme volontaires, et l'emploi du terme «pénalités» au par. 347(2) perdrait tout son sens. Quand une convention ou une entente de prêt prévoit une pénalité, le prêteur court le risque que le paiement de cette pénalité engendre une violation de l'al. 347(1)b).

62

It is unnecessary, in the context of this appeal, to create a general rule regarding which kinds of payments are “voluntary” within the meaning of *Nelson*. It bears noting in particular that the “voluntariness” of certain automatic payment terms, such as acceleration clauses triggered by the debtor's default or insolvency, remains an open question. Some writers have suggested that a distinction should be drawn between clauses which accelerate repayment automatically, and those which give the lender the option of demanding repayment upon the occurrence of a stated event. In the latter case, it would be the lender's demand which attracts s. 347, and the lender could avoid liability by declining to accelerate repayment. See, e.g., *Antle*, *supra*, at p. 327. In my view, such a distinction is not required in this case, since the issue presented here concerns a penalty — which is provided for explicitly in s. 347 — and not an acceleration clause.

Il est inutile, dans le contexte du présent pourvoi, d'établir une règle générale concernant les genres de paiement qui sont «volontaires» au sens de l'arrêt *Nelson*. Il convient de noter en particulier que la question du «caractère volontaire» de certaines conditions de paiement automatique, comme les clauses de remboursement anticipé que déclenche le défaut ou l'insolvabilité du débiteur, demeure non résolue. Certains auteurs ont affirmé qu'il faudrait établir une distinction entre les clauses qui entraînent automatiquement un remboursement anticipé et celles qui donnent au prêteur la faculté d'exiger un remboursement lorsque se produit un événement particulier. Dans ce dernier cas, ce serait la demande de remboursement du prêteur qui entraînerait l'application de l'art. 347, et ce dernier pourrait éviter d'engager sa responsabilité en refusant le remboursement anticipé. Voir, par exemple, *Antle*, *loc. cit.*, à la p. 327. À mon avis, il n'est pas nécessaire de faire une telle distinction en l'espèce, étant donné que la question litigieuse concerne une pénalité expressément prévue à l'art. 347, et non pas une clause de remboursement anticipé.

63

The respondent's second argument with regard to “voluntariness” presents a closer question. The actuarial evidence submitted in this case shows that if a regular billing customer pays the LPP within 38 days of incurring it, the five percent charge represents an annual interest rate exceeding 60 percent per annum. If the customer waits 38 days or longer to pay, the rate drops below the criminal threshold. The respondent submits that because the LPP does not compound or increase over time, and because no further sanctions are imposed by the company for late payment once the due date has passed, it is open to the customer to

Le deuxième argument de l'intimée concernant le «caractère volontaire» soulève une question plus précise. D'après la preuve actuarielle soumise en l'espèce, si un client qui est facturé selon le plan normal paie la PPR dans les 38 jours de son imposition, les frais de 5 pour 100 représentent un taux d'intérêt annuel qui dépasse 60 pour 100. Si le client attend 38 jours ou plus pour payer, le taux tombe sous le seuil criminel. L'intimée soutient que parce que la PPR ne comporte aucun intérêt composé et n'augmente pas avec le temps, et parce qu'aucune autre sanction pour paiement en retard n'est imposée par la compagnie une fois passée la

pay the LPP at any time after it has been incurred, including after the date when the interest rate arising from the penalty would no longer be illegal. It is claimed that to find liability under s. 347 in such circumstances would offend the principle of “voluntariness” set forth in *Nelson*.

This case is unlike *Nelson* in several important respects. In *Nelson*, the mortgage was not yet due when the debtor chose to repay it and he was presumably under no pressure from the lender to pay early. Here, by contrast, payment of the monthly bill is overdue and the LPP is already owing at the time the customer actually pays Consumers' Gas; the question is not whether to pay early, but rather how late is too late. Because there is no specific contractual term governing the time for payment after the imposition of the LPP, technically it may be argued that there is an indefinite extension of credit. It is obvious, however, that that is not really the case — the customer does not have the option of never paying his or her bill. There is an implied limit to the term for which credit is extended, after which the respondent will undertake to recover the money that is owed to it. The record does not disclose if or when Consumers' Gas would actually sue a customer for non-payment or discontinue service. However, in one of its informational brochures (“To Your Credit”), the respondent explains to its customers the procedures which it employs for “collecting past due bills” (Case on Appeal, at p. 687):

We send out a broad range of bill messages and notices to remind customers to pay past due bills. The sequence of bill messages and notices depends upon a customer's credit rating and the particular circumstances surrounding the account.

The respondent gives examples of “what happens if bills are not paid on time”, including the following (Case on Appeal, at p. 688):

Probability of the gas supply being cut-off to severely overdue accounts. This will result in personal inconvenience

date d'échéance, il est loisible au client de payer la PPR n'importe quand après son imposition, y compris après la date à laquelle le taux d'intérêt résultant de la pénalité cesserait d'être illégal. On fait valoir qu'une déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 347 dans de telles circonstances irait à l'encontre du principe du «caractère volontaire» énoncé dans *Nelson*.

La présente affaire diffère de l'arrêt *Nelson* sous plusieurs aspects importants. Dans *Nelson*, le prêt hypothécaire n'était pas encore exigible lorsque le débiteur a décidé de le rembourser, et le prêteur n'avait vraisemblablement exercé aucune pression pour qu'il rembourse promptement. Par contre, en l'espèce, le paiement de la facture mensuelle est en retard et la PPR est déjà exigible lorsque le client paie Consumers' Gas; la question n'est pas de savoir s'il convient de payer promptement, mais plutôt de savoir quand tard est trop tard. Comme il n'existe aucune clause contractuelle précise qui régit le moment du paiement après l'imposition de la PPR, on peut théoriquement faire valoir qu'il y a prêt de capital pendant une période indéterminée. Il est évident, toutefois, que ce n'est pas vraiment le cas; le client n'a pas la faculté de ne jamais payer sa facture. Il y a une limite implicite à la durée du prêt, après quoi l'intimée entreprendra de recouvrer l'argent qui lui est dû. Le dossier ne révèle pas si ou quand Consumers' Gas engagerait des poursuites contre un client pour non-paiement ou interromprait le service. Toutefois, dans l'une de ses brochures («To Your Credit»), l'intimée explique à ses clients comment elle procède pour [TRADUCTION] «recouvrer les factures en souffrance» (dossier, à la p. 687):

[TRADUCTION] Nous envoyons une foule de messages de facturation et d'avis rappelant aux clients de payer leurs factures en souffrance. La séquence de ces messages et de ces avis dépend de la cote de solvabilité du client et des circonstances particulières du compte.

L'intimée donne des exemples de [TRADUCTION] «ce qui se passe si une facture n'est pas payée à temps», notamment celui-ci (dossier, à la p. 688):

[TRADUCTION] Interruption probable de l'approvisionnement en gaz pour les comptes en souffrance depuis

nience, a service reconnection charge and a security deposit payment.

longtemps. Il en résultera un désagrément personnel, des frais de rebranchement et un dépôt de garantie.

65 Strictly speaking, it is true that customers may delay their payment of the LPP beyond 38 days, but there is clearly no invitation to do so, and it would be disingenuous to conclude that customers actually perceive themselves to be at liberty to wait that long. Statistical evidence submitted by the appellant strongly supports the opposite conclusion. Approximately 81 percent of late payers pay the penalty within 10 days of incurring it, that is, at an effective rate of interest far beyond the criminal limit. Consumers' Gas and the OEB have been aware of such statistics since at least 1988. See E.B.R.O. 452, at pp. 325-26. Indeed, the respondent tracks such statistics carefully for the purpose of budgeting revenue collected under the LPP as a component of its cash flow. In light of these facts, it cannot be said that payment of the LPP within 38 days is a "voluntary" act within the meaning of *Nelson*.

À strictement parler, il est vrai que les clients peuvent attendre plus de 38 jours pour payer la PPR, mais on ne les invite certainement pas à le faire, et il serait malhonnête de conclure que les clients ont vraiment l'impression de pouvoir attendre aussi longtemps. La preuve statistique soumise par l'appelant étaye fortement la conclusion contraire. Environ 81 pour 100 des clients qui paient en retard acquittent la pénalité dans les 10 jours de son imposition, c'est-à-dire à un taux d'intérêt effectif qui dépasse largement le seuil criminel. Consumers' Gas et la CEO sont au courant de ces statistiques depuis au moins 1988. Voir E.B.R.O. 452, aux pp. 325 et 326. En fait, l'intimée suit minutieusement ces statistiques pour budgétiser les recettes tirées de la PPR en tant que source de rentrées de fonds. Compte tenu de ces faits, on ne saurait affirmer que le paiement de la PPR dans les 38 jours est un acte «volontaire» au sens de l'arrêt *Nelson*.

66 For the foregoing reasons, the LPP charged by Consumers' Gas comes within the scope of s. 347 of the *Criminal Code*.

Pour les motifs qui précèdent, la PPR imposée par Consumers' Gas relève de l'art. 347 du *Code criminel*.

B. *Did the motions judge err in awarding costs against Garland in his personal capacity?*

B. *Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en condamnant Garland personnellement à des dépens?*

67 On September 13, 1995, Consumers' Gas moved for an order amending the formal judgment of the motions judge. Garland refused to consent to that motion. The motion was granted, and the judge assessed \$500 in costs "payable to the defendant . . . by the plaintiff personally, forthwith". Garland asserted that that award contravenes s. 59.4 of the *Law Society Act*, which was added by s. 3 of the *Law Society Amendment Act (Class Proceedings Funding)*, 1992, S.O. 1992, c. 7.

Le 13 septembre 1995, Consumers' Gas a présenté une motion en vue d'obtenir une ordonnance modifiant le dispositif du jugement du juge des requêtes. Garland a refusé de consentir à cette motion. Le juge a fait droit à la motion et accordé des dépens de 500 \$ [TRADUCTION] «payables sans délai à la défenderesse [. . .] par le demandeur personnellement». Garland a soutenu que l'attribution de ces dépens contrevient à l'art. 59.4 de la *Loi sur le Barreau*, qui a été ajouté par l'art. 3 de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur le Barreau (financement des recours collectifs)*, L.O. 1992, ch. 7.

68 Section 59.4 provides:

L'article 59.4 se lit ainsi:

59.4—(1) A defendant to a proceeding may apply to the board for payment from the Class Proceedings Fund in respect of a costs award made in the proceeding in

59.4 (1) Le défendeur dans un recours ou une instance peut présenter au conseil une demande de paiement sur le Fonds d'aide aux recours collectifs à l'égard des

the defendant's favour against a plaintiff who has received financial support from the Class Proceedings Fund in respect of the proceeding.

. . .

(3) A defendant who has the right to apply for payment from the Class Proceedings Fund in respect of a costs award against a plaintiff may not recover any part of the award from the plaintiff.

The purpose of this provision is to protect class representatives from personal exposure to costs in actions where financial support has been granted by the Class Proceedings Fund. Such protection is important for promoting the purposes of the *Class Proceedings Act, 1992*. Garland has successfully applied for support from the Class Proceedings Fund. Accordingly, he should not be exposed to personal liability for any costs arising in this action, including costs incurred in the context of procedural motions. The award of personal costs against Garland is set aside.

VI. Conclusions and Disposition

The appeal is allowed with costs in the cause. (i) Section 347 of the *Criminal Code* applies to the LPP imposed by the respondent. The LPP is an interest charge within the meaning of s. 347(2), and the law's application is not precluded by the principles set forth in the *Nelson* decision. Summary judgment is set aside, and this action is remitted to the Ontario Court (General Division) for proceedings in accordance with the *Class Proceedings Act, 1992*. (ii) The award of costs in the amount of \$500 against the appellant in his personal capacity is set aside.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) — The late payment policy of the Consumers' Gas Company Limited provides that bills rendered to residential customers which are not paid on the due date will be sub-

dépens adjugés en sa faveur contre le demandeur qui a reçu une aide financière du Fonds à l'égard de ce recours ou de cette instance.

. . .

(3) Le défendeur qui a le droit de demander un paiement sur le Fonds d'aide aux recours collectifs à l'égard de dépens adjugés contre le demandeur ne peut recouvrer auprès de celui-ci aucune partie du montant adjugé.

Cette disposition vise à protéger les représentants des membres d'un groupe de personnes dans un recours collectif contre toute condamnation personnelle aux dépens dans le cadre d'une instance où une aide financière a été accordée par le Fonds d'aide aux recours collectifs. Cette protection est importante pour promouvoir les objectifs de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. Garland a réussi à obtenir une aide financière du Fonds d'aide aux recours collectifs. Par conséquent, il ne devrait pas risquer d'être tenu personnellement responsable des dépens découlant de la présente action, notamment des dépens accordés dans le cadre de motions d'ordre procédural. La condamnation de Garland à des dépens à titre personnel est annulée.

VI. Conclusions et dispositif

Le pourvoi est accueilli avec dépens. (i) L'article 347 du *Code criminel* s'applique à la PPR imposée par l'intimée. La PPR représente des frais d'intérêt au sens du par. 347(2), et les principes énoncés dans l'arrêt *Nelson* ne font pas obstacle à l'application de cette disposition. Le jugement sommaire est annulé et l'affaire est renvoyée devant la Cour de l'Ontario (Division générale) pour y être instruite conformément à la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. (ii) La condamnation à des dépens de 500 \$ prononcée contre l'appelant à titre personnel est annulée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — La politique de Consumers' Gas Company Limited en matière de paiement en retard prévoit que les factures adressées aux clients résidentiels, qui n'ont

ject to a penalty of five (5) percent of the unpaid amount.

71 Between 1981 and 1989, the late payment penalty policy clause contained in Consumers' rate schedules for residential customers read:

PENALTY FOR LATE PAYMENT:

When payment in full is not made within sixteen (16) days of the date of mailing, or the hand delivery of the bill, a penalty of five per cent (5%) of the current amount billed shall be levied. Where payment is made by mail, payment will be deemed to be made on the date postmarked.

72 Commencing in 1989, the provision for late payment penalties was contained in Consumers' Handbook of Rates and Distribution Services as follows:

SECTION F — PAYMENT CONDITIONS

Payment in full should be received by the Company, or by an institution authorized by the Company to accept payments on its behalf, on or before the due date specified in the monthly bill, which date is at least ten (10) days (sixteen (16) days in the case of Rates 1, 2, 6 and 9), after the date of rendering the bill. A penalty of five (5) percent of the unpaid portion of the current amount billed shall be added to the amount due if payment is not received as outlined above. When payment is mailed, the penalty will be added if the postmark on the envelope containing such payment is later than the specified due date.

73 It is the appellant's position that Consumers' Gas offers two payment options to its customers, the no-credit option and the credit option. By the appellant's reasoning, all customers who pay their bills on time adhere to the no-credit option. By contrast, customers who do not pay on time receive credit commencing on the due date and ending when the bill is paid. In my view, no such option exists. Customers have only one option, which is to pay on time. The only question remain-

pas été payées à la date d'échéance, font l'objet d'une pénalité de cinq (5) pour cent du montant dû.

De 1981 à 1989, la clause pénale pour paiement en retard contenue dans les grilles de tarifs de Consumers, applicables aux clients résidentiels, était rédigée ainsi:

[TRADUCTION]

PÉNALITÉ POUR PAIEMENT EN RETARD:

Une pénalité de cinq pour cent (5%) du montant facturé sera imposée si le paiement complet de la facture n'est pas effectué dans les seize (16) jours suivant la date de son expédition par la poste ou de sa livraison par messenger. Lorsque le paiement est effectué par la poste, le cachet de la poste fait foi de la date de paiement.

À partir de 1989, la disposition relative aux pénalités pour paiements en retard incluse dans le Handbook of Rates and Distribution Services de Consumers se lisait ainsi:

[TRADUCTION]

SECTION F — MODALITÉS DE PAIEMENT

Le paiement complet doit parvenir à la compagnie, ou à un établissement autorisé par la compagnie à accepter des paiements en son nom, au plus tard à la date d'échéance inscrite sur la facture mensuelle, laquelle date est fixée à au moins dix (10) jours (seize (16) jours dans le cas des tarifs 1, 2, 6 et 9) après la date de facturation. Une pénalité de cinq (5) pour cent de la portion impayée du montant facturé sera ajoutée au montant dû si le paiement n'est pas fait tel que mentionné plus haut. Lorsque le paiement est effectué par la poste, la pénalité est ajoutée si le cachet de la poste apposé sur l'enveloppe contenant le paiement en question indique une date ultérieure à l'échéance fixée.

L'appelant soutient que Consumers' Gas offre deux options de paiement à ses clients, la première sans prêt de capital, la deuxième avec prêt de capital. Selon le raisonnement de l'appelant, tous les clients qui paient leurs factures à temps choisissent l'option sans prêt de capital. Par contre, les clients qui ne paient pas à temps obtiennent un prêt de capital à compter de la date d'échéance jusqu'au paiement de la facture. À mon avis, aucune de ces options n'existe. Les clients n'ont pas le choix: ils

ing is then the characterization of the late payment policy.

Section 347(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, defines “interest” in these terms:

“interest” means the aggregate of all charges and expenses, whether in the form of a fee, fine, penalty, commission or other similar charge or expense or in any other form, paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement, by or on behalf of the person to whom the credit is or is to be advanced, irrespective of the person to whom any such charges and expenses are or are to be paid or payable, but does not include any repayment of credit advanced or any insurance charge, official fee, overdraft charge, required deposit balance or, in the case of a mortgage transaction, any amount required to be paid on account of property taxes;

The definition of interest includes the notion of “penalty”. However, the application of s. 347 is also predicated upon the existence of an “agreement or arrangement” for the advancement of credit. The term “agreement” is defined in the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), as “an arrangement between two or more persons as to a course of action”. The term “arrangement” is defined as a “settlement of mutual relations or claims between parties”.

The application of s. 347 is then predicated upon a consensual extension of credit. There is a critical difference between, on the one hand, a unilateral taking of credit and, on the other hand, an extension of credit by mutual consent between the debtor and the creditor. As R. M. Goode, in his book *Consumer Credit Law* (1989), states, at p. 108:

If a person takes credit without having been granted it — as where he is slow in paying his dentist’s bill or his solicitor’s account — there is no extension of credit within the Consumer Credit Act. . . . [I]f a person allows delay in settlement of a debt without binding himself to grant time to the debtor, there is no agreement for credit. This is so whether the delay in the demand for payment arises from inadvertence or inactivity — as where the supplier is simply dilatory in sending out his accounts — or is an intentional indulgence, as where the supplier

doivent payer à temps. La seule question qui reste alors est celle de la qualification de la politique en matière de paiement en retard.

Le paragraphe 347(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, définit «intérêt» dans les termes suivants:

«intérêt» L’ensemble des frais de tous genres, y compris les agios, commissions, pénalités et indemnités, qui sont payés ou payables à qui que ce soit par l’emprunteur ou pour son compte, en contrepartie du capital prêté ou à prêter. La présente définition exclut un remboursement de capital prêté, les frais d’assurance, les taxes officielles, les frais pour découvert de compte, le dépôt de garantie et, dans le cas d’un prêt hypothécaire, les sommes destinées à l’acquittement de l’impôt foncier.

La définition d’intérêt inclut la notion de «pénalité». Toutefois, l’application de l’art. 347 dépend aussi de l’existence «d’une convention ou d’une entente» de prêt. Le *Nouveau Petit Robert* (1996) définit le terme «convention» comme un «[a]ccord de deux ou plusieurs personnes portant sur un fait précis». Le terme «entente» y est défini comme «[l]e fait de s’entendre, de s’accorder; état qui en résulte».

L’application de l’art. 347 dépend donc d’un prêt consensuel de capital. Il y a une différence cruciale entre, d’une part, l’appropriation unilatérale de capital et, d’autre part, le prêt de capital par consentement mutuel du débiteur et du créancier. Comme R. M. Goode l’affirme dans son livre *Consumer Credit Law* (1989), à la p. 108:

[TRADUCTION] Si une personne s’approprie du capital qui ne lui a pas été accordé — par exemple, lorsqu’elle tarde à payer les honoraires de son dentiste ou de son avocat — il n’y a pas de prêt du capital au sens de la Consumer Credit Act. [. . .] [S]i quelqu’un autorise un délai pour le règlement d’une dette sans s’engager à accorder un délai au débiteur, il n’y a pas de convention de prêt. Il en est ainsi peu importe que le retard dans la demande de paiement résulte de l’inadvertance ou de l’inaction — comme dans le cas où le fournisseur tarde

74

75

76

agrees to allow further time to pay or to accept payment by instalments. Only where this deferment is not just an indulgence but contractual is there an agreement for credit

simplement à envoyer ses factures — ou d'une indulgence intentionnelle, comme lorsque le fournisseur accorde plus de temps pour payer ou accepte un paiement échelonné. Ce n'est que lorsque ce report résulte non pas de l'indulgence seulement, mais d'un contrat, qu'il y a convention de prêt . . .

77

On the facts of this case, there is no such consensual extension of credit. I believe that Consumers' Gas has not entered into an agreement or arrangement to give credit to the appellant or to any other customers who have paid the late payment penalty. Indeed, far from being a consensual extension of credit, the respondent's late payment penalty represents an effort to prevent or deter customers from unilaterally taking credit. It is simply a penalty exacted by the respondent because the appellant has not paid his bills on a timely basis. To illustrate my view, here is a statement from an American case: *Coffelt v. Arkansas Power & Light Co.*, 451 S.W.2d 881 (Ark. 1970), *per* Smith J., at p. 884:

The late charge, far from being an exaction of excessive interest for the loan or forbearance of money, is in fact a device by which consumers are automatically classified to avoid discrimination. Its effect is to require delinquent ratepayers to bear, as nearly as can be determined, the exact collection costs that result from their tardiness in paying their bills. The appellant's argument actually means in substance not that the utility company be prevented from collecting excessive interest but that its customers who pay their bills promptly be penalized by sharing the burden of collecting costs not of their making.

See also *State ex rel. Utilities Commission v. North Carolina Consumers Council, Inc.*, 198 S.E.2d 98 (N.C. Ct. App. 1973).

D'après les faits de la présente affaire, il n'y a pas de tel prêt consensuel de capital. Je crois que Consumers' Gas n'a conclu aucune convention ou entente de prêt avec l'appelant ou avec tout autre client qui a payé la pénalité pour paiement en retard. En fait, loin d'être un prêt consensuel de capital, la pénalité pour paiement en retard imposée par l'intimée représente une tentative d'empêcher ou de dissuader les clients de s'approprier unilatéralement un capital. Il s'agit simplement d'une pénalité imposée par l'intimée parce que l'appelant n'a pas payé ses factures à temps. Pour illustrer mon point de vue, voici un énoncé tiré d'une affaire américaine: *Coffelt c. Arkansas Power & Light Co.*, 451 S.W.2d 881 (Ark. 1970), le juge Smith, à la p. 884:

[TRADUCTION] Les frais pour paiement en retard, loin de constituer un intérêt excessif en contrepartie d'un prêt ou de la non-perception d'une somme d'argent, sont en fait un dispositif par lequel les consommateurs sont automatiquement classés de manière à éviter la discrimination. Leur effet est d'exiger que les contribuables contrevenants assument, de manière aussi exacte que possible, les frais de recouvrement résultant de leur retard à payer leurs factures. En réalité, l'argument de l'appelant signifie essentiellement non pas que la compagnie de services publics devrait être empêchée de percevoir des intérêts excessifs, mais que ses clients qui paient leurs factures sans tarder devraient être pénalisés en étant forcés de partager des frais de recouvrement dont ils ne sont aucunement responsables.

Voir également *State ex rel. Utilities Commission c. North Carolina Consumers Council, Inc.*, 198 S.E.2d 98 (N.C. Ct. App. 1973).

78

In the present case, there is no agreement whereby the customers of Consumers' Gas are permitted or even encouraged to pay late. Rather, customers are encouraged to pay on time by the imposition of a penalty to be added to payments which are overdue.

En l'espèce, il n'existe aucune convention aux termes de laquelle les clients de Consumers' Gas peuvent payer en retard ou sont même incités à le faire. Les clients sont plutôt encouragés à payer à temps par l'imposition d'une pénalité devant être ajoutée aux paiements en retard.

The decisions of the Ontario Energy Board approving the late payment penalty confirm that the penalty is not “paid or payable for the advancing of credit”. Instead, the Ontario Energy Board considers it to be an incentive for timely payment. In fact, the Board specifically rejected the credit option in its decision on the rate application in these terms (E.B.R.O. 302-II, September 4, 1975, at pp. 118-19):

... the Board does not think that a monetary incentive for prompt payment is wrong in principle. Interest charged on over-due accounts on a daily basis has an appeal on theoretical grounds, but it gives little incentive to pay by a named date, gives little weight to collection costs and seems complicated. If interest is charged on a monthly basis, it is subject to the same criticism. . . .

While this is not determinative of the issue, it is one of several indicia to be considered in characterizing the late payment penalty. Winkler J., of the trial court, also considered the fact that the penalty is not compounded; the penalty is a one-time payment which does not increase over time; there is no sanction for the non-payment of the penalty; the penalty triggers contemporaneously with the account becoming overdue.

Because in this case there is no consensual extension of credit, it follows that the late payment penalty is not “paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement” within the definition of “interest”. Section 347 of the *Criminal Code* is not applicable and therefore the action should be dismissed. I adopt Winkler J.’s conclusion on this issue, 22 O.R. (3d) 451, at p. 471:

I accept the plaintiff’s argument that a deferral of payment constitutes credit. However, I do not agree that just because a customer does not pay on time [this] means that there has been a deferral of payment or that credit has been advanced, particularly where the company has done what it could to encourage the customer to pay on

Les décisions de la Commission de l’énergie de l’Ontario qui approuvent la pénalité pour paiement en retard confirment qu’elle n’est pas «payé[e] ou payabl[e] [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter». Au contraire, la Commission de l’énergie de l’Ontario la considère comme une mesure d’incitation à payer à temps. En fait, dans sa décision sur la demande d’approbation de tarif, la Commission a expressément écarté l’option de paiement avec prêt de capital (E.B.R.O. 302-II, 4 septembre 1975, aux pp. 118 et 119):

[TRADUCTION] . . . la Commission ne pense pas qu’un moyen pécuniaire d’inciter les gens à payer sans tarder soit mauvais en principe. La perception d’intérêts quotidiens sur les comptes en souffrance est attrayante sur le plan théorique, mais elle incite peu les gens à payer au plus tard à une date déterminée, accorde peu d’importance aux frais de recouvrement et semble compliquée. Un intérêt calculé mensuellement ferait l’objet des mêmes critiques. . .

Bien que cela ne soit pas déterminant en l’espèce, c’est un indice parmi plusieurs autres qu’il faut prendre en considération pour qualifier la pénalité pour paiement en retard. Le juge Winkler, du tribunal de première instance, a aussi tenu compte du fait que la pénalité ne comporte aucun intérêt composé: elle est calculée une seule fois et n’augmente pas avec le temps; il n’y a aucune sanction pour le non-paiement de la pénalité et elle devient exigible dès que le compte est en souffrance.

Étant donné qu’en l’espèce il n’y a aucun prêt consensuel de capital, il s’ensuit que la pénalité pour paiement en retard n’est pas «payé[e] ou payabl[e] [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d’une convention ou d’une entente]», au sens de la définition d’«intérêt». L’article 347 du *Code criminel* ne s’applique pas et, par conséquent, il y a lieu de rejeter l’action. Je fais mienne la conclusion que le juge Winkler tire sur ce point, à 22 O.R. (3d) 451, p. 471:

[TRADUCTION] J’accepte l’argument du demandeur qu’un paiement différé constitue un capital prêté. Toutefois, je n’accepte pas qu’il y a paiement différé ou prêt de capital simplement parce qu’un consommateur ne paie pas à temps, en particulier lorsque la compagnie a fait ce qu’elle pouvait pour inciter ce client à payer à

79

80

81

time. A distinction must be drawn between the situation in which a customer fails to pay within a stipulated time, because of inadvertence, choice or because he does not have the money, and the situation in which an agreement is entered into whereby the lender of money or issuer of goods agrees to delay its demand for payment, in exchange for the consideration of an additional charge. In my view, s. 347 is applicable only to the latter situation. The facts before me reveal the former situation.

82 Section 347 of the *Criminal Code* cannot be interpreted as a complete code for consumers. The protection of consumers against such penalty clauses cannot be done by way of an undue extension of these terms. Other options, such as to invalidate abusive penalty clauses, are available to protect consumers. I do not believe that a contract for the extension of credit should be implied in every case where there is late payment pursuant to a sale of goods. This implication, in my view, is an interference with the freedom to contract. I would also note that in the present case, we are dealing with a regulated industry and that a rate approval scheme has been established with the specific purpose of protecting consumer interests. To limit the choice of means of the regulator by resorting to the criminal law power is inappropriate and unwarranted.

83 For the above reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs, BASTARACHE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: McGowan & Associates, Toronto.

Solicitors for the respondent: Aird & Berlis, Toronto.

temps. Il faut faire une distinction entre la situation où un client ne paie pas dans le délai prévu, par inadvertance, par choix ou parce qu'il n'a pas d'argent, et celle où il y a conclusion d'une entente aux termes de laquelle le prêteur d'argent ou le fournisseur de biens accepte de retarder sa demande de paiement en contrepartie de frais supplémentaires. À mon avis, l'art. 347 ne s'applique qu'à la dernière situation. D'après les faits dont je suis saisi, c'est la première situation qui existe.

L'article 347 du *Code criminel* ne peut pas s'interpréter comme un code complet destiné aux consommateurs. La protection des consommateurs contre ce genre de clauses pénales ne peut être garantie au moyen d'une telle interprétation excessive de ses termes. D'autres options existent pour protéger les consommateurs, notamment l'invalidation des clauses pénales abusives. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de conclure à l'existence d'un contrat de prêt implicite chaque fois que le paiement d'une marchandise est effectué en retard. Une telle conclusion irait, à mon avis, à l'encontre de la liberté contractuelle. Je soulignerais aussi qu'en l'espèce nous sommes en présence d'un secteur réglementé et qu'un régime d'approbation des tarifs a été établi dans le but exprès de protéger les intérêts des consommateurs. Limiter le choix des moyens dont dispose l'organisme de réglementation, par le recours à la compétence en matière de droit criminel, est inapproprié et injustifié.

Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge BASTARACHE est dissident.

Procureurs de l'appelant: McGowan & Associates, Toronto.

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