

**The Hydro Electric Commission of the
Township of Nepean** (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Ontario Hydro (*Defendant*) *Respondent*.

File No.: 16043.

1981: April 1 and 2; 1982: March 2.

Present: Laskin C.J. and Martland, Dickson, Estey and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Restitution — Mistake of law — Money had and received because of mistaken belief as to law — Refund sought — Whether or not monies recoverable — The Power Corporation Act, R.S.O. 1970, c. 354, ss. 7, 39, 58, 76, 82.

Respondent collected \$921,463 from power bills that were not 'lawful' in that the demand for payment was not authorized by the Act governing respondent's operations. No legal, moral or other obligation to make the payments existed; respondent exacted them and appellant paid them by mistake. The Ontario Court of Appeal upheld the trial judge's dismissal of appellant's action to recover the payments and respondent's counterclaim for amounts not paid by the appellant. The legal concepts of 'mistake of law' were central to those decisions.

Held (Laskin C.J. and Dickson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Estey and Lamer JJ.: The law of mutual mistake applies. The circumstance is one of unauthorized acts and of mutual mistake with respect to them. Any exception to the general rule barring recovery of moneys paid in an illegal transaction when the parties are not *in pari delicto* does not apply because neither party has committed a delict and no wrongful conduct in the sense of actions contrary to statutes or public policy has taken place. Duress was not involved. Appellant cannot recover under the principles enunciated in *Kiriri*. The Act here was not passed for appellant's benefit; nor did it impose more duty on the respondent than on the appellant; nor did it impose a duty on respondent "for the protection of" the appellant. None of the authorities indicated any basis for the merging of the principles applicable to mistake of fact and mistake of law, and the need for certainty in commerce and in

**The Hydro Electric Commission of the
Township of Nepean** (*Demanderesse*)
Appelante;

et

Ontario Hydro (*Défenderesse*) *Intimée*.

N° du greffe: 16043.

1981: 1^{er} et 2 avril; 1982: 2 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Dickson, Estey et Lamer.

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

Restitution — Erreur de droit - Enrichissement sans cause dû à une conception erronée du droit — Remboursement demandé — Les sommes payées sont-elles recouvrables? — The Power Corporation Act, R.S.O. 1970, chap. 354, art. 7, 39, 58, 76, 82.

L'intimée a perçu \$921,463 au moyen de factures d'électricité qui n'étaient pas «légitimes» vu que la demande de paiement n'était pas autorisée par la Loi qui régit ses activités. Il n'y avait aucune obligation légale, morale ou autre d'effectuer les paiements; l'intimée les a exigés et l'appelante les a effectués par erreur. La Cour d'appel de l'Ontario a maintenu le rejet, par le juge de première instance, de l'action de l'appelante en recouvrement des sommes payées ainsi que de la demande reconventionnelle de l'intimée pour les sommes non payées par l'appelante. Ces décisions reposent principalement sur les notions juridiques de «l'erreur de droit».

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Dickson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Estey et Lamer: La règle de l'erreur commune s'applique. Il s'agit en l'espèce d'actes non autorisés et d'une erreur commune relative à ces actes. Aucune exception à la règle générale qui interdit de recouvrer les sommes versées dans le cadre d'une opération illégale lorsque les parties ne sont pas parties à un acte illégal n'est applicable parce qu'aucune partie n'a commis un délit ni aucun méfait au sens d'un acte contraire à la loi ou à l'ordre public. Il n'y a pas eu de contrainte. L'appelante n'a pas droit au recouvrement en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *Kiriri*. La Loi en l'espèce n'a pas été adoptée au profit de l'appelante; elle n'impose pas une obligation à l'intimée plus qu'à l'appelante, pas plus qu'elle n'impose à l'intimée une obligation «afin de protéger» l'appelante. La doctrine et la jurisprudence n'ont fait ressortir aucun argument justifiant le fusionnement des principes applicables à l'erreur

public transactions demanded that that ancient distinction be maintained.

As neither appellant nor respondent had authority to "accumulate" surplus assets, the concept of unjust enrichment was not easily associated with their relationship.

Per Laskin C.J. and Dickson J., dissenting: Where money is paid under a mistake and there is no ground to claim it in conscience, the party may recover it back. The unfortunate doctrine that monies paid under a mistake of law are not recoverable should not be perpetuated. Exceptions have eroded the doctrine to the point of making the distinction between mistake of fact and of law useless, and rather than further emasculating the rule with yet another exception, the two "types" of mistake should be put on the same footing. The reason for the rule against recovery of monies paid under a mistake of law, namely, stability of contractual relations, has insufficient force to justify the rule. Money should be returned if, on general principles of equity, it would be unjust to retain it. In this case honesty and common justice require that the defendant repay the plaintiff.

[*Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192; *Green v. Portsmouth Stadium, Ltd.*, [1953] 2 All E.R. 102; *Hastelow v. Jackson* (1828), 8 B.&C. 221; *Smith v. Bromley* (1760), 2 Doug. 696; 99 E.R. 441; *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790; 98 E.R. 1364; *Lowry and Another v. Bourdieu* (1780), 2 Doug. 468; 99 E.R. 299; *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005; 97 E.R. 676; *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448, *Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222; *Brisbane v. Dacres* (1813), 5 Taunt. 143; 128 E.R. 641; *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147; *Eadie v. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573; *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106; *Harse v. Pearl Life Assurance Company*, [1904] 1 K.B. 558, considered; *Kelly v. Solari* (1841), 9 M.&W. 54; *The Dominion Bank v. The Union Bank of Canada* (1908), 40 S.C.R. 366; *Knutson v. The Bourkes Syndicate and Others*, [1941] S.C.R. 419; *The Municipality of the City and County of St. John et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation, et al.*, [1958] S.C.R. 263, referred to.

de fait et à l'erreur de droit, et le besoin de certitude en matière de commerce et d'affaires publiques exige le maintien de cette vieille distinction.

Puisque ni l'appelante ni l'intimée n'a le pouvoir d'«accumuler» des surplus d'actif, le concept de l'enrichissement illégitime ne peut être facilement associé à leurs rapports.

Le juge en chef Laskin et le juge Dickson, dissidents: Lorsque la somme est payée en raison d'une erreur et qu'il n'y a moralement aucun motif de la réclamer, la partie peut la recouvrer. La doctrine regrettable selon laquelle les sommes payées en raison d'une erreur de droit ne peuvent être recouvrées ne doit pas être perpétuée. Les exceptions ont miné la doctrine au point de rendre inutile la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit et, au lieu d'affaiblir davantage la règle avec une autre exception, les deux «genres» d'erreur devraient être traités sur le même pied. Le motif invoqué à l'appui de la règle du non-recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de droit, notamment la stabilité des rapports contractuels, est insuffisant pour justifier cette règle. Les sommes versées doivent être remboursées si, d'après les principes généraux de l'équité, il serait injuste de les conserver. En l'espèce, l'honnêteté et la simple justice exigent que la défenderesse rembourse la demanderesse.

[Jurisprudence: arrêts examinés: *Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192; *Green v. Portsmouth Stadium, Ltd.*, [1953] 2 All E.R. 102; *Hastelow v. Jackson* (1828), 8 B.&C. 221; *Smith v. Bromley* (1760), 2 Doug. 696; 99 E.R. 441; *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790; 98 E.R. 1364; *Lowry and Another v. Bourdieu* (1780), 2 Doug. 468; 99 E.R. 299; *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005; 97 E.R. 676; *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448; *Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222; *Brisbane v. Dacres* (1813), 5 Taunt. 143; 128 E.R. 641; *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147; *Eadie c. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573; *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106; *Harse v. Pearl Life Assurance Company*, [1904] 1 K.B. 558; arrêts mentionnés: *Kelly v. Solari* (1841), 9 M.&W. 54; *The Dominion Bank c. The Union Bank of Canada* (1908), 40 R.C.S. 366; *Knutson c. The Bourkes Syndicate and Others*, [1941] R.C.S. 419; *The Municipality of the City and County of St. John et al. c. Fraser-Brace Overseas Corporation, et al.*, [1958] R.C.S. 263.

APPEAL from and notice to vary (cross appeal) a judgment of the Ontario Court of Appeal (1980), 27 O.R. (2d) 320, 107 D.L.R. (3d) 257, dismissing an appeal and cross-appeal from a judgment of Craig J. dismissing appellant's action for the return of money paid and respondent's counterclaim for further charges. Appeal and notice to vary (cross-appeal) dismissed, Laskin C.J. and Dickson J. dissenting.

D. K. Laidlaw, Q.C., and R. J. McComb, for the appellant.

R. F. Wilson, Q.C., and Peter D. Lauwers, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Dickson J. were delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—Ontario Hydro collected \$921,463 from The Hydro Electric Commission of the Township of Nepean ("Nepean") under power bills which the trial judge found were not "lawful"; the demand for payment was not authorized by the Act governing the operations of Ontario Hydro. Nepean was under no legal, moral or other obligation to make the payments. The Ontario Court of Appeal agreed. The members of this Court hold the same view. Ontario Hydro exacted the payments by mistake and Nepean paid by mistake. Nepean wants its money back. It would seem to be a simple case. To the layman, the issue would be a clear one. Nepean should succeed. Good conscience and plain honesty would require Hydro to repay. To the lawyer trying to follow confused and contradictory authority the matter is not that simple. Two courts, applying what they conceive to be the law, have denied Nepean recovery. And now the issue is before this Court, by leave.

Nepean has been buying power from Ontario Hydro since 1964. From 1966 to 1973, Nepean paid the said sums totalling \$921,463 to Ontario Hydro. Nepean thought the bills were properly authorized but in 1974 realized this might not be the case. In 1974 Nepean alleged that these sums

POURVOI et pourvoi incident (avis de modification) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 27 O.R. (2d) 320, 107 D.L.R. (3d) 257, qui a rejeté un appel et un appel incident formés à l'encontre d'un jugement du juge Craig qui a rejeté l'action de l'appelante en recouvrement de sommes payées et la demande reconventionnelle de l'intimée visant l'imposition de frais supplémentaires. Pourvoi et pourvoi incident (avis de modification) rejetés, le juge en chef Laskin et le juge Dickson sont dissidents.

D. K. Laidlaw, c.r., et R. J. McComb, pour l'appelante.

R. F. Wilson, c.r., et Peter D. Lauwers, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Dickson rendus par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Ontario Hydro a encaissé \$921,463 de The Hydro Electric Commission of the Township of Nepean («Nepean») en vertu de factures d'électricité que le juge de première instance a jugées «illégales»; la demande de paiement n'était pas permise en vertu de la Loi qui régit les activités d'Ontario Hydro. Nepean n'avait aucune obligation légale, morale ou autre d'effectuer ces paiements. La Cour d'appel de l'Ontario est du même avis. Les membres de cette Cour partagent cet avis. Ontario Hydro a exigé ces paiements par erreur et Nepean a payé par erreur. Nepean réclame les sommes payées. Cette affaire semble simple. Pour le profane, la question en litige est évidente. Nepean devrait avoir gain de cause. En toute conscience et honnêteté, Hydro devrait rembourser. Pour l'avocat qui tente de suivre une jurisprudence embrouillée et contradictoire, la question n'est pas aussi simple. Deux cours ont appliqué ce qu'elles estiment être le droit et ont nié le droit de Nepean au recouvrement. La question est maintenant soumise à cette Cour avec son autorisation.

Depuis 1964, Nepean achète de l'électricité d'Ontario Hydro. De 1966 à 1973, Nepean a payé à Ontario Hydro un total de \$921,463. Nepean croyait que les factures étaient valides, mais en 1974, elle s'est rendu compte que ce n'était peut-être pas le cas. En 1974, Nepean a fait valoir que

were not a 'cost' which Ontario Hydro could pass on to its customers within the meaning of *The Power Corporation Act* of Ontario, R.S.O. 1970, c. 354, as amended. Nepean brought an action for recovery of the sums paid. In turn, Ontario Hydro brought a counterclaim, seeking payment of certain sums totalling \$359,512 alleged owing by Nepean for the period 1974 to 1978.

I

The background to the case is complex. The capital works funding of Ontario Hydro is obtained through borrowing. The borrowing was financed initially through payments by user municipalities to a 'sinking fund'. Explicit statutory authority for payments to the sinking fund was contained in s. 76 of *The Power Corporation Act*. The price payable for power by any municipal corporation included:

- (c) an annual sum sufficient to form in forty years, with interest at 4 per cent per year, a sinking fund for the repayment of the advances made by the Province of Ontario under this Act for the cost of the works, for the repayment of any other indebtedness incurred or assumed by the Corporation in respect of the cost of the works, and for the restoration of any reserve or other funds of the Corporation utilized for the payment of the cost of the works; . . .

By the 1950's, the original user municipalities had made sinking fund contributions for the forty years contemplated by this section. Ontario Hydro felt that some mechanism should be available to recognize the fact that these utilities had fulfilled their sinking fund obligations. This was achieved by recognizing a notional 'equity' that the subscribers had obtained in the assets of Ontario Hydro, and showed up in billings as a credit called 'matured sinking fund'.

Nepean bought into the system in 1964, at which time the 'matured sinking fund' provision was still in effect.

ces sommes n'étaient pas des «frais» qu'Ontario Hydro pouvait faire assumer par ses abonnés au sens de *The Power Corporation Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 354 et modifications. Nepean a intenté une action en recouvrement des sommes payées. Pour sa part, Ontario Hydro a présenté une demande reconventionnelle en vue d'obtenir le paiement de certaines sommes totalisant \$359,512 qu'elle estime dues par Nepean pour la période de 1974 à 1978.

I

Les faits à l'origine de cette affaire sont complexes. Ontario Hydro finance une grande part de ses ouvrages au moyen d'emprunts. A l'origine, ces emprunts étaient remboursés au moyen de paiements que faisaient les municipalités abonnées à un «fonds d'amortissement». L'article 76 de *The Power Corporation Act* autorise de façon expresse les paiements au fonds d'amortissement. Le prix que les municipalités doivent payer pour l'électricité comprend:

- [TRADUCTION] (c) une somme annuelle suffisante pour constituer en quarante ans, à un taux d'intérêt annuel de quatre pour cent, un fonds d'amortissement permettant de rembourser à la province de l'Ontario les avances qu'elle a versées conformément à la présente loi pour payer les ouvrages, pour rembourser toute autre dette que la Société a contractée ou assumée pour payer les ouvrages, et pour reconstituer un fonds de réserve ou autre de la Société, qui a servi au paiement des ouvrages; . . .

Dès les années cinquante, les premières municipalités abonnées avaient contribué au fonds d'amortissement depuis quarante ans comme le prévoit cet article. Ontario Hydro a estimé qu'il devrait y avoir un mécanisme permettant de reconnaître le fait que ces services d'électricité avaient rempli leurs obligations relatives au fonds d'amortissement. Elle y est parvenue en reconnaissant une «participation» fictive que les abonnés avaient acquise dans l'actif d'Ontario Hydro et qui prend dans les factures la forme d'un crédit appelé «fonds d'amortissement échu».

Nepean a adhéré au programme en 1964, au moment où la disposition ayant trait au «fonds d'amortissement échu» était encore en vigueur.

Before 1966, the sinking fund relief was calculated on the basis of the original cost of fixed assets in service. In 1965, it was thought that debt retirement, and consequently any relief from debt retirement, should be based not on assets in service but rather on actual debt outstanding at the time. Under this new plan, debt retirement charges would be related to present debt, and would be charged to subscribers proportionately to load.

At the same time, however, Ontario Hydro continued to believe that some recognition should be given to those utilities which had contributed to the sinking fund for many years. In 1966, the amount of these contributions totalled more than \$500 million. Ontario Hydro decided that these past contributions could best be recognized through a payment called 'return on equity'. The return on equity was calculated as 4 per cent of a municipality's previous payments into the sinking fund. This meant an annual payout of 4 per cent of \$500 million, or approximately \$20 million in 1966.

This 'return on equity' had to be financed. The method chosen was to levy a charge called 'cost of return'. This charge was based on the amount of load used by a subscriber.

The trial judge, Mr. Justice Craig, described the result in these words:

... Ontario Hydro did not gain or lose by these computations. It was not a cost incurred; but the effect on individual municipalities or their utilities varied greatly because the older and larger municipalities or utilities that had acquired a large "equity" in the system received a greater return than their share of the "cost of return"; whereas the newer fast-growing municipalities or utilities, like Nepean, with a small "equity" and rising power demands, were charged more for the "cost of return" than they received from the "return on equity" [(1978), 22 O.R. (2d) 137, at p. 143].

Avant 1966, la contribution au fonds d'amortissement était calculée en fonction du coût initial des immobilisations en service. En 1965, on a estimé que le remboursement de la dette et, par conséquent, les contributions au remboursement de la dette, devraient être calculés non en fonction des immobilisations en service mais plutôt en fonction de la dette réelle à l'époque. Selon ce nouveau programme, les frais de remboursement de la dette seraient liés à la dette actuelle et imposés aux abonnés en proportion de la quantité d'électricité fournie.

En même temps, toutefois, Ontario Hydro continuait à croire qu'il y aurait lieu de reconnaître les contributions que ces services d'électricité avaient versées au fonds d'amortissement pendant plusieurs années. En 1966, ces contributions totalisaient plus de 500 millions de dollars. Ontario Hydro a décidé que la meilleure façon de reconnaître ces contributions antérieures serait un paiement appelé «rendement des capitaux propres». Le rendement des capitaux propres était fixé à 4 p. 100 des contributions antérieures d'une municipalité au fonds d'amortissement. Cela signifiait un débours annuel de 4 p. 100 de 500 millions de dollars, soit environ 20 millions de dollars en 1966.

Il fallait trouver le moyen de financer ce «rendement des capitaux propres». La méthode choisie consistait à percevoir des frais appelés «frais de rendement». Ces frais étaient établis en fonction de la quantité d'électricité utilisée par un abonné.

Le juge Craig, en première instance, a décrit comme suit le résultat obtenu:

[TRADUCTION] ... Par ces calculs, Ontario Hydro n'était ni gagnante ni perdante. Il ne s'agissait pas de frais subis, mais leur effet sur chaque municipalité ou son service d'électricité a varié énormément puisque les municipalités ou les services d'électricité plus anciens ou plus importants qui avaient acquis une «participation» considérable dans le réseau ont touché une remise plus élevée que leur part des «frais de rendement», alors que les municipalités ou services d'électricité plus récents, à croissance rapide, comme c'est le cas de Nepean, dont la «participation» est moindre et qui connaissent une demande croissante d'énergie, devaient payer plus au titre des «frais de rendement» que ce qu'elles recevaient au titre du «rendement des capitaux propres» [(1978), 22 O.R. (2d) 137, à la p. 143].

At trial there was some discussion about the support given to proposed changes by the Ontario Municipal Electrical Association (OMEA), an association composed of the municipal and utility customers of Ontario Hydro. Nepean was a member of the Association. Ontario Hydro did not claim that OMEA was agent for Nepean or that it had authority to bind Nepean in any way.

Following the introduction of the system and until the year 1973 Nepean had paid to Ontario Hydro a net amount of \$921,463; that is the difference between the "cost of return" paid by Nepean in the total amount of \$1,360,311 and the amount credited as "return on equity" during that period, namely, \$438,848.

II

At trial, Mr. Justice Craig dismissed both the claim of Nepean and the counterclaim of Ontario Hydro. He held that the charge of a 'cost of return' on equity was not authorized by s. 76 of *The Power Corporation Act*, the basic statutory authority dealing specifically with the cost of power to municipalities and their utilities. Section 76 provides that the price payable for power by any municipal corporation is the "cost to the corporation . . . of supplying and delivering power to the municipal corporation, including the municipal corporation's proportion" of the cost of operation, maintenance, depreciation, insurance, administration interest, expenses of debt service and contributions to the sinking fund to which I have earlier referred. Mr. Justice Craig held:

In my opinion, for the reasons hereinafter stated, the individual municipalities or their utilities did not acquire an "equity" in the plant or works of Ontario Hydro outlined in s. 76(c); but even if they did acquire any "equity" it would be vague and uncertain; and would not give rise to any rights of any kind unless Ontario Hydro stopped its operations completely. In particular Ontario Hydro would not be authorized to pay a return on any such alleged "equity" to be charged against other municipalities or their utilities [*supra*, at p. 145].

Pendant le procès, on a débattu l'appui donné aux projets de modifications par l'Ontario Municipal Electrical Association (OMEA), une association formée des municipalités et services d'électricité composant la clientèle d'Ontario Hydro. Nepean était membre de cette association. Ontario Hydro n'a pas soutenu que l'OMEA représentait Nepean ou qu'elle avait le pouvoir de lier Nepean de quelque façon.

Depuis l'implantation du programme jusqu'en 1973, Nepean a payé à Ontario Hydro un montant net de \$921,463, ce qui représente la différence entre la somme totale de \$1,360,311 que Nepean a versée au titre des «frais de rendement» et la somme de \$438,848 qui lui a été créditée à titre de «rendement des capitaux propres» pendant cette période.

II

En première instance, le juge Craig a rejeté à la fois la demande de Nepean et la demande reconventionnelle d'Ontario Hydro. Il a conclu que l'imposition des «frais de rendement» des capitaux propres, n'était pas autorisée par l'art. 76 de *The Power Corporation Act*, la disposition législative fondamentale qui traite spécifiquement du coût de l'électricité pour les municipalités et leurs services d'électricité. L'article 76 prévoit que le prix qu'une municipalité doit payer pour l'électricité est [TRANSLATION] «ce qu'il en coûte à la Société . . . pour fournir et livrer l'électricité à la municipalité, y compris la part . . . que doit assumer la municipalité» en ce qui concerne les frais d'exploitation, d'entretien, d'amortissement, d'assurance, d'administration, l'intérêt, les dépenses du service de la dette et les contributions au fonds d'amortissement que j'ai déjà mentionnés. Le juge Craig a conclu:

[TRANSLATION] A mon avis, pour les motifs énoncés ci-après, les municipalités ou leurs services d'électricité n'ont acquis aucune «participation» dans les installations ou les ouvrages d'Ontario Hydro mentionnés à l'al. 76c); mais même si elles avaient acquis une «participation», elle serait vague et incertaine et ne comporterait aucun droit d'aucune sorte à moins qu'Ontario Hydro ne cesse toute activité. En particulier, Ontario Hydro ne serait pas autorisée à payer sur cette prétendue «participation» une remise dont le montant serait assumé par d'autres municipalités ou leurs services d'électricité [précité, à la p. 145].

Later, he said:

It is admitted by Ontario Hydro that there is not any contractual or statutory obligation upon Ontario Hydro to levy a cost of "return of equity"; and no contractual or statutory right on any municipality or utility to a "return on equity". The evidence tendered by Ontario Hydro indicated that the system "return on equity"/"cost of return" was based on a concept (rather than a reality that municipalities or their utilities had acquired an equity in the facilities of Ontario Hydro); and the witness Knowty for Ontario Hydro acknowledged that it was an adjustment between municipalities to recognize that one had been in the system longer than another—and that it was a matter of "fairness" between municipalities [*supra*, at pp. 146-47].

Mr. Justice Craig concluded that Ontario Hydro was not empowered or authorized to charge for the cost of return on equity because it was not a cost of supplying and delivering power under s. 76 and not otherwise authorized under any other section such as s. 7(3) and (4), s. 58 or s. 82. The trial judge dealt with these latter sections in the following manner:

As to section 7(3)(a), for the reasons stated earlier, charging for a "return on equity" is not an "expenditure" related to the cost of power; and in any event it is not one for which Ontario Hydro "has had other proper authority"; under section 7(3)(b) it is not an "expenditure" in connection with the generating, distribution or supply of power . . . ; under s. 7(4) it does not come within "expenses".

With reference to s. 58, this section is in the nature of a basket clause; and in my opinion charging for a "return in equity" resulting in off-setting debits and credits does not involve "the generation, transmission, distribution, supply, sale and use of power . . . ". In my view s. 58 is not intended to apply to billings to municipalities and utilities which are specifically dealt with by s. 76.

Turning now to s. 82, it is my opinion that the three subsections deal with adjustments of only those amounts that are properly payable by municipalities or utilities under ss. 76 to 81. (For the purpose of this case ss. 77 to 81 are of no significance) [*supra*, at p. 149].

Il dit plus loin:

[TRANSLATION] Ontario Hydro admet qu'elle n'a aucune obligation contractuelle ou légale de percevoir des frais de «rendement des capitaux propres» et qu'aucune municipalité ni aucun service d'électricité n'a droit, en vertu d'un contrat ou de la loi, à un «rendement des capitaux propres». Il ressort de la preuve soumise par Ontario Hydro que le programme de «rendement des capitaux propres» et de «frais de rendement» se fonde sur un concept (plutôt que sur le fait que les municipalités ou leurs services d'électricité auraient acquis une participation dans les installations d'Ontario Hydro); et le témoin Knowty, cité par Ontario Hydro, a admis qu'il s'agit d'un rajustement entre les municipalités afin de reconnaître que certaines font partie du programme depuis plus longtemps que d'autres et que c'est une question d'«équité» entre les municipalités [précité, aux pp. 146 et 147].

Le juge Craig a conclu qu'Ontario Hydro n'avait pas le pouvoir de percevoir des frais de rendement des capitaux propres parce qu'il ne s'agit pas de ce qu'il en coûte pour fournir et livrer l'électricité au sens de l'art. 76 et qu'aucun autre article, comme les par. 7(3) et (4) et les art. 58 ou 82, ne l'autorise à le faire. Le juge de première instance a traité ces derniers articles comme suit:

[TRANSLATION] Quant à l'al. 7(3)a), pour les motifs déjà énoncés, le montant exigé pour un «rendement des capitaux propres» n'est pas une «dépense» liée au coût de l'électricité et, en tout état de cause, ce n'est pas une dépense pour laquelle Ontario Hydro «a obtenu une autre autorisation valable»; en vertu de l'al. 7(3)b), ce n'est pas une «dépense» liée «à la production, à la distribution ou à la fourniture d'électricité . . . »; ce n'est pas une «dépense» au sens du par. 7(4).

En ce qui a trait à l'art. 58, cet article s'apparente à une clause omnibus et, à mon avis, le paiement exigé pour un «rendement des capitaux propres» qui résulte en débits et crédits compensatoires n'a rien à voir avec «la production, la transmission, la distribution, la fourniture, la vente et l'utilisation d'électricité . . . ». A mon avis, l'art. 58 n'est pas destiné à s'appliquer à la facturation des municipalités et services dont traite spécifiquement l'art. 76.

Quant à l'art. 82, je suis d'avis que les trois paragraphes ne traitent que du rajustement des montants que les municipalités ou les services d'électricité doivent payer en vertu des art. 76 à 81. (Les art. 77 à 81 ne revêtent aucune importance en l'espèce) [précité, à la p. 149].

Hydro, a creature of statute, must find authority for any rights which it seeks to exercise in its governing statute. The right here sought to be exercised was conspicuously missing from that statute.

Mr. Justice Craig held that Nepean had made payments under mistake of law and was therefore not aware of its rights. The payments of \$921,463 were made to Ontario Hydro under mistake of law on the part of both Nepean and Ontario Hydro; that is, a mistake in the interpretation of *The Power Corporation Act*. Estoppel had been pleaded but counsel for Ontario Hydro did not present any argument that this doctrine would have any application to the case, as Nepean did not make any representation of fact.

Nepean sought to recover on the basis, firstly, that the money was not paid voluntarily but rather under compulsion or practical compulsion; and, secondly, that Ontario Hydro had the duty and obligation to administer *The Power Corporation Act* and was therefore primarily responsible for the mistake and accordingly Nepean and Ontario Hydro were not *in pari delicto*. Mr. Justice Craig held that the payments were voluntary in a legal sense and therefore the claim for return of the money on the ground of compulsion or practical compulsion failed. On what may loosely be referred to as the *in pari delicto* point the judge held that Ontario Hydro was responsible for the proper application and interpretation of s. 76 of *The Power Corporation Act*; Ontario Hydro had the primary obligation and responsibility to observe the requirements of *The Power Corporation Act*; and particularly of knowing what charges can be imposed upon municipalities and their utilities; it had the burden of administration of the Act. It was understandable, in the first instance at least, that Nepean would assume that Ontario Hydro was not acting without authority. In the result the judge held that the parties were not *in pari delicto* in that the primary responsibility for the mistake was upon Ontario Hydro; and Ontario Hydro had innocently and mistakenly misled

Ontario Hydro, dont l'existence tient à une loi, doit trouver dans la loi qui la régit le fondement des droits qu'elle veut exercer. Le droit qu'elle cherche à exercer en l'espèce n'est manifestement pas prévu dans cette loi.

Le juge Craig a conclu que Nepean a fait les paiements par suite d'une erreur de droit et qu'elle n'était donc pas au courant de ses droits. Les paiements de \$921,463 ont été faits à Ontario Hydro en raison d'une erreur de droit tant de la part de Nepean que d'Ontario Hydro; c'est-à-dire une erreur d'interprétation de *The power Corporation Act*. L'irrecevabilité a été invoquée, mais l'avocat d'Ontario Hydro n'a présenté aucun argument portant que cette doctrine est applicable en l'espèce et Nepean n'a présenté aucun exposé de faits.

Nepean cherche à recouvrer les sommes payées en alléguant, premièrement, que ces sommes ont été payées non pas volontairement, mais plutôt par contrainte ou contrainte de fait et, deuxièmement, qu'Ontario Hydro avait le devoir et l'obligation d'appliquer *The Power Corporation Act* et qu'elle était donc la première responsable de l'erreur et, en conséquence, Nepean et Ontario Hydro n'étaient pas parties à un acte illégal. Le juge Craig a conclu que les paiements étaient volontaires sur le plan juridique et que, par conséquent, la demande de remboursement des sommes payées fondée sur la contrainte ou la contrainte de fait devait être rejetée. A propos de ce qu'on peut librement appeler la question des parties à un acte illégal, le juge a conclu qu'il incombait à Ontario Hydro d'appliquer et d'interpréter correctement l'art. 76 de *The Power Corporation Act*; Ontario Hydro était tenue fondamentalement de se plier aux exigences de *The Power Corporation Act* et, en particulier, de savoir quels frais peuvent être imposés aux municipalités et à leurs services d'électricité; elle avait la responsabilité d'appliquer la Loi. On pouvait comprendre, du moins au premier abord, que Nepean avait présumé qu'Ontario Hydro n'agissait pas sans autorisation. Finalement, le juge a conclu que les parties n'étaient pas parties à un acte illégal en ce sens que la responsa-

Nepean into thinking that these charges were properly authorized.

Nepean was, however, denied recovery on the claim for money "had and received to the use of the plaintiff" for the reason that Ontario Hydro did not receive any benefit or beneficial interest of any kind, from the 'return of equity/cost of return' payments. While Hydro received the payments from Nepean they were credited to other municipalities or their utilities in the form of lower power bills. The alternative basis for liability—unjust enrichment or restitution—failed, in the opinion of the judge, for three reasons: (i) Ontario Hydro did not receive a benefit; (ii) Ontario Hydro would be unable to recover the amount of any judgment from the municipalities or utilities who received benefits from the overpayment by Nepean; (iii) Nepean had ample opportunity to investigate its legal rights and take legal advice in the first year or two of the system, rather than waiting eight years. I shall have more to say about these matters later in the judgment.

On appeal, MacKinnon A.C.J.O., speaking for the Court of Appeal of Ontario, in a short oral judgment, held that Mr. Justice Craig had correctly interpreted *The Power Corporation Act* in denying Ontario Hydro power and authority to make the impugned charges of \$921,463. The Court agreed that the payments made under mutual mistake of law were not made under the compulsion of urgent or present necessity or under 'practical compulsion' so as to permit recovery of the monies. Finally, the court held that (i) assuming, without deciding, that the trial judge was correct in his conclusion that the parties were not *in pari delicto* and (ii) accepting for the purpose of argument that the principles applicable for an order for the recovery of monies paid under a mistake of law are the same as those applicable for an order for the recovery of monies paid under a mistake of fact once it is established that the parties were not *in pari delicto*, the court could not say that the

bilité première de l'erreur incombait à Ontario Hydro; Ontario Hydro avait de bonne foi et par erreur amené Nepean à croire que ces frais étaient régulièrement autorisés.

On a cependant nié à Nepean le droit au recouvrement fondé sur l'«enrichissement sans cause de la demanderesse» pour le motif qu'Ontario Hydro n'a tiré aucun avantage ni aucun profit réel des paiements de «rendement des capitaux propres—frais de rendement». Ontario Hydro a reçu les paiements de Nepean, mais elle les a portés au crédit d'autres municipalités ou de leurs services d'électricité en réduisant le montant de leurs factures d'électricité. L'autre motif de responsabilité invoqué, l'enrichissement illégitime ou la restitution, a échoué, de l'avis du juge, pour trois raisons: (i) Ontario Hydro n'a tiré aucun avantage; (ii) Ontario Hydro serait incapable de recouvrer tout montant adjugé des autres municipalités ou services d'électricité qui ont profité des montants payés en trop par Nepean; (iii) Nepean a eu amplement la possibilité de s'enquérir de ses droits et de demander l'avis de conseillers juridiques au cours de la première ou deuxième année du programme, il ne lui était pas nécessaire d'attendre huit ans. Je reviendrai plus loin à ces questions.

En appel, le juge en chef adjoint MacKinnon, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans un court jugement oral, a décidé que le juge Craig avait interprété correctement *The Power Corporation Act* en niant à Ontario Hydro le pouvoir d'exiger les frais contestés de \$921,463. La cour a reconnu que les paiements fondés sur une erreur de droit commune n'ont pas été faits sous la contrainte d'un besoin pressant ou actuel ou sous une «contrainte de fait» qui aurait justifié le recouvrement. En définitive, la cour a conclu que (i) en supposant, sans décider, que le juge de première instance a eu raison de conclure que les parties n'étaient pas parties à un acte illégal et (ii) en acceptant aux fins de l'argumentation que les principes qui s'appliquent à une ordonnance de recouvrement de sommes payées en raison d'une erreur de droit sont les mêmes que ceux qui s'appliquent à une ordonnance de recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de fait après

trial judge erred in concluding it would be 'inequitable' to order Ontario Hydro to repay the monies paid to it under the mistake of law.

III

I turn first to the authority of Ontario Hydro to charge for 'cost of return'. I may say that I am in agreement with Mr. Justice Craig and the Ontario Court of Appeal that the payments for 'cost of return' made by Nepean were not authorized under the Act. I find the reasoning of Mr. Justice Craig on this point compelling. The Act entitled Ontario Hydro to charge for the cost of supplying and delivering power to its subscribers. The 'cost of return' was not a cost incurred by Ontario Hydro in connection with the delivery and supply of power. Rather, it was a levy designed to recognize payments which had been made in the past by certain municipalities. The whole return/cost system was based on a fiction. It involved Ontario Hydro playing the role of a corporate Robin Hood, taking from certain users and giving to others. As counsel for Nepean submits in his factum, the cost of supplying power would be identical, regardless of whether the charges for 'cost of return' were levied or not.

As Mr. Justice Craig pointed out, there is no statutory basis for the position of Ontario Hydro. The whole concept of certain utilities building up 'equity' in the assets of Ontario Hydro is a concept created by Ontario Hydro in its attempt to be 'fair' to certain users. The statute gives Ontario Hydro certain limited rights. These rights enable it to charge for the cost of supplying power. Ontario Hydro cannot, however, take from one user and give to another because it sees this as 'fair'. Redistributive schemes are not within its authority.

In my opinion, therefore, the appeal falls to be decided on the basis that Ontario Hydro did not have legal authority to levy charges for 'cost of return' from its subscribers.

qu'on a établi que les parties n'étaient pas parties à un acte illégal, la cour ne pouvait affirmer que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il serait «injuste» d'ordonner à Ontario Hydro de rembourser les sommes qui lui ont été payées en raison d'une erreur de droit.

III

Voyons d'abord le pouvoir qu'a Ontario Hydro d'imposer des «frais de rendement». Je puis dire que je partage l'avis du juge Craig et de la Cour d'appel de l'Ontario, selon lequel la Loi n'autorise pas les paiements de «frais de rendement» faits par Nepean. J'estime que les motifs du juge Craig sur ce point sont convaincants. La Loi autorise Ontario Hydro à réclamer ce qu'il lui en coûte pour fournir et livrer l'électricité à ses abonnés. Les «frais de rendement» ne constituent pas une dépense engagée par Ontario Hydro relativement à la livraison et à la fourniture d'électricité. Il s'agit plutôt d'un montant perçu afin de reconnaître les paiements que certaines municipalités ont faits dans le passé. Tout le système rendement-frais repose sur une fiction. Selon ce système, Ontario Hydro joue le rôle d'un Robin des Bois qui prend quelque chose de certains abonnés pour le donner à d'autres. Comme le soutient l'avocat de Nepean dans son mémoire, le coût de la fourniture d'électricité demeure le même, que les «frais de rendement» soient perçus ou non.

Comme l'a souligné le juge Craig, la position d'Ontario Hydro ne s'appuie sur aucune disposition législative. Tout le concept selon lequel certains services d'électricité locaux acquièrent une «participation» dans l'actif d'Ontario Hydro est créé par Ontario Hydro dans sa tentative d'être «juste» envers certains abonnés. La Loi confère à Ontario Hydro certains droits restreints. Ces droits lui permettent de réclamer ce qu'il lui en coûte pour fournir l'électricité. Ontario Hydro ne peut, cependant, prendre quelque chose à un abonné et le donner à un autre parce qu'elle estime cela «juste». Les plans de redistribution ne relèvent pas de sa compétence.

En conséquence, j'estime que le pourvoi doit être tranché en fonction de la thèse qu'Ontario Hydro n'était pas légalement habilitée à percevoir des «frais de rendement» de ses abonnés.

It was alleged at trial and on appeal that the money paid by Nepean was paid under a mistake of law. It is often said that money paid under a mistake of law is not recoverable. Indeed, Mr. Justice Craig makes this statement in his judgment and regards it as so self-evident that he does not even cite authority to support it. I would now like to address that point.

IV

The immediate difficulty one faces in any discussion of mistake of law is that to which Professor Winfield has referred ("Mistake of Law" (1943), 59 L.Q.R. 327) namely, when we ask what is the distinction between "law" and "fact" no exact answer is discoverable in the law reports. "The reason for this is that the intrinsic difficulty of laying down any hard and fast line separating the two ideas is so great as to make the task a practical impossibility" (at p. 327). As Roland Champness has noted in his work *Mistake in the Law of Contract* (1933), the statement often made that relief is given against mistake of fact but not against mistake of law is not completely correct in either of its propositions, adding at pp. 8-9:

Thus Stirling, J., in the case of *Allcard v. Walker*, (1896) 2 Ch. 369, at p. 381, is reported as having said: "It is not accurate to say that relief can never be given in respect of a mistake of law. It was laid down by Turner, L.J., in *Stone v. Godfrey* (1854), 5 D.M. & G. 76, at p. 90, that this Court [the Chancery Division] has power to relieve against mistakes of law as well as against mistakes in fact, and this statement was recognised in the judgments of the members of the Court of Appeal in *Rogers v. Ingham* (1876), 3 Ch. D. 351, and particularly by Mellish, L.J. (at p. 357), who refers to it and explains it in the following phrase: 'That is to say, if there is any equitable ground which makes it, under the particular facts of the case, inequitable that the party who received the money should retain it.'"

The distinction between a mistake of law and a mistake of fact in contract law is commonly regarded as having been made in the case of *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448 by Lord Ellenborough C.J. when, over-

On a soutenu en première instance et en appel que les sommes payées par Nepean ont été versées par suite d'une erreur de droit. On dit souvent qu'on ne peut recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de droit. En fait, le juge Craig le dit dans son jugement et il considère cet énoncé comme étant si évident en soi qu'il ne cite aucun texte à son appui. Je veux maintenant aborder cette question.

IV

La première difficulté qu'on rencontre en examinant l'erreur de droit est celle que mentionne le professeur Winfield («Mistake of Law» (1943), 59 L.Q.R. 327), savoir qu'on ne trouve dans les recueils de jurisprudence aucune réponse exacte à la question de savoir quelle est la différence entre «droit» et «fait». [TRADUCTION] «La raison en est que la difficulté intrinsèque d'établir une ligne de démarcation rigoureuse entre ces concepts est si grande qu'elle rend la tâche pratiquement impossible» (à la p. 327). Comme l'a fait remarquer Roland Champness dans son ouvrage *Mistake in the Law of Contract* (1933), aucun des deux éléments de l'énoncé souvent répété suivant lequel on remédie à l'erreur de fait mais non à l'erreur de droit n'est entièrement exact, et il ajoute aux pp. 8 et 9:

[TRADUCTION] Ainsi le juge Stirling, dans l'arrêt *Allcard v. Walker*, (1896) 2 Ch. 369, à la p. 381, a dit ce qui suit: «Il n'est pas juste de dire qu'on ne peut jamais remédier à une erreur de droit. Dans l'arrêt *Stone v. Godfrey* (1854), 5 D.M. & G. 76, à la p. 90, le lord juge Turner a statué que cette cour (division de la Chancellerie) a le pouvoir de remédier aux erreurs de droit tout comme aux erreurs de fait, et cette affirmation a été reconnue dans les motifs des membres de la Cour d'appel dans l'arrêt *Rogers v. Ingham* (1876), 3 Ch. D. 351, et en particulier par le lord juge Mellish (à la p. 357) qui la mentionne et l'explique en ces termes: «Autrement dit, s'il y a un motif équitable qui fait que, dans les circonstances particulières de l'espèce, il serait injuste que la partie qui a reçu la somme, la conserve.»

On considère généralement que la distinction entre une erreur de droit et une erreur de fait dans le droit des contrats a été établie par le lord juge en chef Ellenborough dans l'arrêt *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448,

turning a line of precedents running back two hundred years, he said at p. 472:

Every man must be taken to be cognizant of the law; otherwise there is no saying to what extent the excuse of ignorance might not be carried. It would be urged in almost every case. In *Lowrie [sic] v. Bourdieu*, money paid under a mere mistake of law (was endeavoured to be recovered back), and there Buller J. observed that *ignorantia juris non excusat, &c.*

There is a rule of law that in certain cases ignorance of law excuses no one; but there is no presumption that every one knows the law. The maxim *ignorantia juris non excusat, &c.* has no relevance to the case of a man seeking to recover back money paid by him in misapprehension of his legal rights, although it has often been so cited and misapplied. The "hasty and ill-considered utterance of Lord Ellenborough" as it was termed by Lord Wright (*Legal Essays and Addresses*, Preface xix (1939)), however, quickly crystallized into the rule that money paid under a mistake of law may not be recovered, whereas an action lies for the recovery of money paid under a mistake of fact.

Nine years after *Bilbie v. Lumley*, Lord Ellenborough did not hesitate to hold (*Perrott and Others v. Perrott* (1811), 14 East 423; 104 E.R. 665) that a deed cancelled under mistake as to the legal effect of a will was not to be regarded as cancelled. "And when once", said he at p. 440, "it is established, as it clearly is, that a mistake in point of fact may also destroy it, it seems difficult upon principle to say that a mistake in point of law, clearly evidenced by what occurs at the time of cancelling should not have the same operation". This correct statement of law seems to have been overlooked by later authorities and Lord Ellenborough's *instant* and erroneous statement in *Bilbie v. Lumley* survived. The apparent simplicity of the distinction between law and fact had immediate judicial appeal and generated a voluminous jurisprudence despite the "falsity of . . . [its] foundation" (note, (1931) 45 Harv. L. Rev. 336, at p. 337). As Professor Williston has observed, the rule distinguishing mistake of law from mistake of fact

lorsque, renversant un courant jurisprudentiel vieux de deux cents ans, il a dit, à la p. 472:

[TRANSLATION] Nul n'est censé ignorer la loi; sinon qui peut dire jusqu'où ira l'excuse d'ignorance. On la soulèverait dans presque tous les cas. Dans *Lowrie (sic) v. Bourdieu*, (on tentait de recouvrer) une somme payée en raison d'une simple erreur de droit et le juge Buller a souligné que l'ignorance de la loi n'est pas une excuse valable (*ignorantia juris non excusat, &c.*)

Il y a une règle de droit qui porte que dans certains cas, l'ignorance de la loi n'excuse personne; mais il n'y a pas de présomption que chacun connaît la loi. La maxime *ignorantia juris non excusat, &c.* n'a rien à voir avec le cas d'un homme qui cherche à récupérer une somme d'argent qu'il a payée par suite d'un malentendu quant aux droits que lui confère la loi, même si cette maxime a souvent été citée ainsi et appliquée à tort. Cependant, le [TRANSLATION] «propos imprudent et peu réfléchi de lord Ellenborough» comme l'a dit lord Wright (*Legal Essays and Addresses*, Preface xix (1939)) s'est rapidement cristallisé en une règle portant qu'on ne peut recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de droit alors qu'on peut recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de fait.

Neuf ans après l'arrêt *Bilbie v. Lumley*, lord Ellenborough n'a pas hésité à décider qu'un acte annulé en raison d'une erreur quant à l'effet juridique d'un testament ne devait pas être considéré comme annulé (*Perrott and Others v. Perrott* (1811), 14 East 423; 104 E.R. 665). [TRANSLATION] «Et après avoir établi», dit-il à la p. 440, «comme c'est nettement le cas, qu'une erreur sur une question de fait peut aussi l'annuler, il semble difficile en principe d'affirmer qu'une erreur sur une question de droit, établie clairement par ce qui se produit au moment de l'annulation, ne devrait pas avoir le même effet». Cet énoncé exact du droit semble avoir été négligé dans les décisions ultérieures, alors qu'a subsisté l'énoncé spontané et erroné de lord Ellenborough dans l'arrêt *Bilbie v. Lumley*. La simplicité apparente de la distinction entre le droit et le fait a plu immédiatement aux tribunaux et a donné lieu à une jurisprudence abondante en dépit de la [TRANSLATION] «fausseté de son fondement» (note, (1931) 45 Harv. L. Rev. 336, à la p.

is founded on no sound principle (*Williston on Contracts* (3rd ed.), vol. 13, para. 1581, at p. 536).

Professor Foulke writing in (1911), 11 *Columb. L.R.* 299 had this to say at p. 320:

The distinction between mistake of law and mistake of fact originated in the year 1802, in the notion that the maxim that everyone is presumed to know the law is of general application, and the distinction is still generally observed by the courts. Although some of the greatest lawyers have studied the matter attentively, no one of them has been able either to draw the distinction between a mistake of fact and a mistake of law, or to discover the principle upon which relief will be withheld in case of mistake of law. There are, therefore, good reasons for disregarding the distinction as a mere notion originating in a *dictum* incomprehensible to the greatest minds, having no support in reason, producing hopeless confusion, and incapable of practical application. It has therefore been assumed in the discussion that there is no reason, at least so far as the law of contract is concerned, for distinguishing between a mistake of law and a mistake of fact.

Until the decision in *Bilbie v. Lumley*, no distinction had been made between mistake of fact and mistake of law and money paid under a mistake of law was recoverable both in law and in equity (*Restatement of the Law of Restitution* (1937), "Introductory Note", at p. 179). The popularity of Lord Ellenborough's distinction was no doubt due in part to its coincidence with the beginning of a "period of rigidity in contract law" as Professor Waddams has called it, which also saw the suppression of the law of restitution, (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), at p. 213). "The notion of absolute sanctity of contract cannot live with a flexible system of granting relief against unjust enrichment, for the two sets of principles come too often into conflict" (*ibid.*) Having become firmly enrooted during the course of the nineteenth century as an immutable rule of the common law of contract, it has continued to flourish and sow confusion in this century. The English courts have been loathe to disturb the rule itself, all the while weaving a complicated web of exceptions and qualifications. Although some commentators have postulated that the very tenacity of

337). Comme l'a fait remarquer le professeur Williston, la règle qui distingue l'erreur de droit de l'erreur de fait ne s'appuie sur aucun principe valable (*Williston on Contracts* (3^e éd.), vol. 13, par. 1581, à la p. 536).

Le professeur Foulke, à (1911), 11 *Columb. L.R.* 299, écrit ce qui suit, à la p. 320:

[TRANSDUCTION] La distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait est apparue en 1802, avec l'idée que la maxime portant que chacun est censé connaître la loi est d'application générale, et les cours appliquent encore généralement cette distinction. Même si certains avocats parmi les meilleurs ont étudié attentivement la question, aucun n'a été capable de faire la distinction entre une erreur de fait et une erreur de droit, ou de découvrir le principe suivant lequel on ne peut pas remédier à une erreur de droit. En conséquence, il y a de bonnes raisons d'ignorer la distinction qui n'est qu'une simple notion émanant d'une opinion incidente que les plus grands esprits ne peuvent comprendre, qui ne s'appuie sur rien, qui engendre une confusion sans issue et qui est inapplicable en pratique. On a donc présumé, au cours des discussions, qu'il n'y a pas de raison, tout au moins en ce qui a trait au droit des contrats, de faire la distinction entre une erreur de droit et une erreur de fait.

Jusqu'à l'arrêt *Bilbie v. Lumley*, aucune distinction n'avait été faite entre l'erreur de fait et l'erreur de droit et toute somme payée en raison d'une erreur de droit pouvait être recouvrée tant en *common law* qu'en *equity* (*Restatement of the Law of Restitution* (1937), "Introductory Note", à la p. 179). Il n'y a pas de doute que la popularité de la distinction de lord Ellenborough est due en partie à ce qu'elle a coïncidé avec l'avènement de ce que le professeur Waddams a appelé une [TRANSDUCTION] «période de rigidité dans le droit des contrats», qui a coïncidé également avec la suppression du principe de la restitution (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), à la p. 213). [TRANSDUCTION] «La notion de l'inviolabilité absolue du contrat et un système souple de recours contre l'enrichissement illégitime ne peuvent coexister parce que ces deux principes entrent trop souvent en conflit» (*ibid.*) S'étant enracinée solidement au cours du dix-neuvième siècle comme règle immuable du droit des contrats, elle a continué à prospérer et à semer la confusion au cours du siècle présent. Les cours d'Angleterre n'ont pas voulu s'attaquer à la règle elle-même, tout en établissant

the rule is sufficient proof of its reasonableness, others have commented that the distinction between mistake of law and mistake of fact has been used as a substitute for adequate analysis of a problem (see Palmer, *The Law of Restitution* (1978), vol. III, para. 14.27, at p. 338). It is, as Corbin has termed it, a "handy rule". "When a court is convinced that restitution should not be decreed, in the pressure of work it is likely to seize upon the first plausible rule that comes handy; and the reader surely well knows how handy the 'mistake of law' rule has become" (*Corbin on Contracts* (1960), vol. 3, para. 617, at p. 756).

Legal writers and jurists have roundly condemned the rule. Cheshire (*Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (1976), 9th ed.) would appear to uphold the distinction in a passage at p. 641 but in the paragraph immediately following at pp. 641-42 we read:

But while, upon the weight and length of authority, the distinction, it is feared, must still be maintained, the exact demarcation between fact and law has never been determined. All that can be done in the present context is to indicate, by a citation of opposing instances, the considerations present to the minds of judges when they seek to make the distinction. A mistake as to the particular transaction for which or as to the particular individual to whom the money is paid is clearly one of fact.

As I have noted, Lord Ellenborough rested his distinction as to a mistake of law and a mistake of fact upon the maxim *ignorantia juris non excusat*. The maxim is a statement of the general applicability of rules of law and operates to preclude individuals from seeking to excuse themselves from criminal or other liability. Lord Ellenborough imported into the law of contract a maxim of criminal or public law. As Lord Wright has written, one cannot escape the application of a rule of law by pleading ignorance of it, adding:

Lord Ellenborough, however, stated as a dogma that every man must be taken to be cognizant of the law. Whatever force may be given to this in criminal law, it

un réseau compliqué d'exceptions et de réserves. Bien que certains glossateurs aient posé comme principe que la persistance même de la règle est une preuve suffisante de son bien-fondé, d'autres ont fait observer que la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait a été utilisée à la place d'une analyse appropriée d'un problème (voir Palmer, *The Law of Restitution* (1978), vol. III, para. 14.27, à la p. 338). Comme l'a dit Corbin, c'est une «règle commode». [TRADUCTION] «Lorsqu'une cour est convaincue qu'il n'y a pas lieu d'ordonner la restitution, il est probable que, devant un surcroît de travail, elle va recourir à la première règle commode plausible; et le lecteur sait très bien à quel point la règle de «l'erreur de droit» est devenue commode» (*Corbin on Contracts* (1960), vol. 3, para. 617, à la p. 756).

Les auteurs et les juristes ont condamné la règle avec vigueur. Cheshire (*Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (1976), 9^e éd.) semble soutenir la distinction dans un passage à la p. 641, mais on lit à l'alinéa qui suit immédiatement, aux pp. 641 et 642:

[TRADUCTION] Mais alors que, compte tenu de la jurisprudence importante et volumineuse, la distinction, craint-on, doit être maintenue, on n'a jamais établi de façon précise la ligne de démarcation entre le fait et le droit. Tout ce qu'on peut faire dans le contexte actuel, c'est indiquer, en citant des décisions opposées, les considérations que les juges ont à l'esprit lorsqu'ils cherchent à faire la distinction. Il est évident qu'une erreur quant à l'opération visée par le paiement ou quant à la personne à qui le paiement est fait est une erreur de fait.

Comme je l'ai fait remarquer, lord Ellenborough appuyait sa distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait sur la maxime *ignorantia juris non excusat*. Cette maxime est une affirmation de l'applicabilité générale des règles de droit et elle a pour effet d'empêcher les personnes de chercher à se dégager de leur responsabilité criminelle ou autre. Lord Ellenborough a introduit en droit des contrats une maxime de droit criminel ou de droit public. Comme l'a écrit lord Wright, on ne peut échapper à l'application d'une règle de droit en plaidant qu'on l'ignorait, et il ajoute:

[TRADUCTION] Cependant, lord Ellenborough a posé en dogme que nul n'est censé ignorer la loi. Quelle que soit la force qu'on lui prête en droit criminel, il est évident

is clearly not true as a general proposition. It is not only against principle and early authority but against common sense, and has been consistently disavowed by great judges, though often repeated by some who should have known better. The result has been a great confusion in the law relating to transfers by mistake of law, so that the actual position in England would be difficult precisely to define [*Legal Essays and Addresses* (1939), at p. 43].

That the maxim has no place in civil actions was stated in *Lansdown v. Lansdown* (1730), Mos. 364, at p. 365; J. & W. 205: "That maxim of law, Ignorantia juris non excusat, was in regard to the public, that ignorance cannot be pleaded in excuse of crimes, but did not hold in civil cases".

The courts will not enforce illegal contracts. A person with knowledge of the facts who has paid money under an illegal contract cannot recover it (*Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222); an obvious rule of public policy. Relief is given however where an innocent party seeks to redress a bargain which is in fact prohibited by statute. The maxim *ignorantia juris non excusat* would preclude recovery, participation in the transaction being conduct that the legislator has decided must be discouraged, if not sanctioned. The injustice which would often result is at times tempered by application of the doctrine of *in pari delicto*.

There is a distinction to be drawn between illegal contracts and contracts entered into under mistake of law. The public policy issues are not the same and the application of an essentially punitive maxim should not preclude the court from giving redress. In the case of contracts entered into under mistake of law: "Rather than trying to escape the consequences of a rule of law, the plaintiff is seeking to escape consequences that would not have occurred had the law been known and observed. In a general sense it can be said that he seeks to bring the situation into conformity with the rule of law, by asserting rights based upon it" (Palmer, *The Law of Restitution* (1978), vol. III, para. 14.27, at p. 340). Thus the maxim *ignorantia juris*

que ce n'est pas une affirmation générale exacte. Elle va non seulement contre les principes et la jurisprudence ancienne mais aussi contre le bon sens, et des juges éminents l'ont rejetée de façon constante même si certains, qui auraient dû être plus prudents, l'ont souvent reprise. Il en est résulté une grande confusion dans le droit applicable aux transferts par erreur de droit, de sorte qu'il serait difficile de définir de façon précise ce qu'il en est actuellement en Angleterre [*Legal Essays and Addresses* (1939), à la p. 43].

Dans l'arrêt *Lansdown v. Lansdown* (1730), Mos. 364, à la p. 365; 2 J. & W. 205, on a affirmé que cette maxime n'a pas sa place dans les instances civiles: [TRADUCTION] «Cette maxime de droit, *ignorantia juris non excusat*, portait, au point de vue du public, qu'on ne peut invoquer l'ignorance pour excuser un crime, mais elle n'a pas été retenue dans les instances civiles».

Les cours ne feront pas exécuter les contrats illégaux. Une personne qui, consciente des faits, a payé une somme conformément à un contrat illégal ne peut la recouvrer (*Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222); c'est une règle d'intérêt public évidente. Toutefois, il y a possibilité de recours lorsqu'une partie innocente cherche à régulariser un marché qui est effectivement interdit par la loi. La maxime *ignorantia juris non excusat* exclurait tout recouvrement, puisque la participation à l'opération est une conduite que le législateur a décidé de désapprouver, voire punir. L'injustice qui en résulterait souvent est parfois atténuée par l'application de la doctrine *in pari delicto*.

Il faut faire une distinction entre les contrats illégaux et les contrats conclus par suite d'une erreur de droit. Les questions d'intérêt public ne sont pas les mêmes et l'application d'une maxime essentiellement punitive ne devrait pas empêcher les cours d'accorder un redressement. Dans le cas des contrats conclus par suite d'une erreur de droit: [TRADUCTION] «Au lieu d'essayer d'échapper aux conséquences de la règle de droit, le demandeur cherche à échapper à des conséquences qui auraient été évitées s'il avait connu et observé la loi. D'une manière générale, on peut dire qu'il cherche à rendre la situation conforme à la règle de droit, en revendiquant des droits qui en découlent» (Palmer, *The Law of Restitution* (1978),

non excusat cannot serve as the foundation for the rule barring recovery.

The modern justification for the existence of the rule against recovery of monies paid under a mistake of law has been the stability of contractual relations. The rule though is often used as a handy means of disposing of cases where, in fact, recovery of money should be barred, and would be, under a more searching analysis of the case.

The adoption of the rule at the beginning of the nineteenth century occurred at a time when the spirit of the law was becoming opposed "to such idealistic formulations as '*aequum et bonum*'" (*Anson's Law of Contract*, 25th ed. (1979), at p. 646). This change in spirit was nourished by the prevailing philosophical, political and economic ideologies of the nineteenth century, the premise being that partners to a contract are enlightened individuals exercising discrimination and free will and courts should not disturb their contractual relations. Stability of contractual relations resulted from this policy of judicial non-interference; stability of contractual relations then became the justification for judicial non-interference. "The attempt in the last century and a half to establish the sanctity of contracts as an absolute value has led to the suppression of open recognition of relief for mistake" (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), at p. 212). The reasoning of Mellish L.J. in *Rogers v. Ingham* (1876), 3 Ch. D. 351 (C.A.) is representative of this trend in contract law; see also *Re Saxon Life Assurance Society* (1862), 2 J. & H. 408; 70 E.R. 1117.

The principle of sanctity of contract implies the assumption of risk by the parties of the consequences of contracting, again an implication perfectly consonant with the supremacy of free will and enlightened self-interest. But, as Professor Waddams points out at pp. 213-14:

... an examination of the cases shows that, as with unconscionability, so with mistake, contract values are

vol. III, par. 14.27, à la p. 340). Ainsi, la maxime *ignorantia juris non excusat* ne peut servir de fondement à la règle qui interdit le recouvrement.

De nos jours, on invoque la stabilité des rapports contractuels pour justifier l'existence de la règle qui interdit le recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de droit. Cependant, la règle est souvent utilisée comme un moyen commode de régler une affaire dans laquelle, en fait, le recouvrement d'une somme devrait être interdit, et le serait au terme d'une analyse plus poussée.

L'adoption de la règle au début du dix-neuvième siècle est survenue à une époque où l'esprit de la loi commençait à s'opposer [TRADUCTION] «à des formulations idéalistes comme «*aequum et bonum*»» (*Anson's Law of Contract*, 25^e éd. (1979), à la p. 646). Ce changement d'esprit était alimenté par les idéologies philosophiques, politiques et économiques dominantes du dix-neuvième siècle, ayant pour prémisse que les parties à un contrat sont des personnes éclairées qui agissent avec discernement et en toute liberté, et que les cours ne doivent pas s'immiscer dans leurs rapports contractuels. Cette politique de non-intervention judiciaire est à la source de la stabilité des rapports contractuels qui est alors devenue la justification de la non-intervention judiciaire. [TRADUCTION] «La tentative, au cours du dernier siècle et demi, d'établir en valeur absolue l'inviolabilité des contrats a entraîné la suppression de la reconnaissance claire du redressement en cas d'erreur» (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), à la p. 212). Les motifs du lord juge Mellish dans l'arrêt *Rogers v. Ingham* (1876), 3 Ch. D. 351 (C.A.) reflètent cette tendance en droit des contrats; voir aussi *Re Saxon Life Assurance Society* (1862), 2 J. & H. 408; 70 E.R. 1117.

Le principe de l'inviolabilité du contrat sous-tend que les parties acceptent à leurs risques les conséquences du contrat, ce qui est là encore parfaitement compatible avec la suprématie de la liberté et de l'intérêt personnel éclairé. Mais, comme le fait remarquer le professeur Waddams aux pp. 213 et 214:

[TRADUCTION] ... à l'examen de la jurisprudence, il ressort que, en présence de l'erreur tout comme en

not absolute and must be weighed against other considerations.

Everyone is against unjust enrichment, just as we are all in favour of enforcement of valid contracts. If the contract is enforceable, then the enrichment cannot be unjust. But if the enrichment is unjust then the contract must be unenforceable. The circle is inextricable. Unjust enrichment is no formula for easy solutions. But it does, it is suggested, provide a useful framework in which to strike the necessary balance.

Certainty in contractual relations cannot be the sole and overriding principle guiding the courts. As has been pointed out by innumerable authors and judges:

It is clear that any civilized system of law is bound to provide remedies for cases of what has been called unjust enrichment or unjust benefit, that is to prevent a man from retaining the money of or some benefit derived from another which it is against conscience that he should keep [*Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Limited*, [1943] A.C. 32, at p. 61 *per* Lord Wright].

Certainty in commerce and in public transactions would seem to be better served by the non-recognition of a rule which sows confusion and which has so little to recommend it.

Although the venerability of the distinction between mistake of fact and mistake of law is often paid lip service, legal commentators have for a long time been calling for its elimination and the judges have been eroding its force by means of numerous exceptions and qualifications. Corbin states emphatically that its "time has come":

In spite of the many decisions and dicta pro and con—indeed, because of them, it is believed that the time has come to say that the exceptions now make the rule, that social policy requires that mistake of law and mistake of fact be treated alike, and that in granting relief for mistake the attention of the court should be directed to the other factors in the case [*Corbin on Contracts* (1960), vol. 3, para. 616, at p. 752].

Palmer calls the distinction "unfortunate" and believes "the law of mistake could be administered

présence de l'inconscience, les valeurs contractuelles ne sont pas absolues et doivent être souspesées en fonction d'autres considérations.

Tous sont contre l'enrichissement illégitime, tout comme nous sommes tous en faveur de l'exécution des contrats valides. Si le contrat peut être exécuté, alors l'enrichissement ne peut être illégitime. Mais si l'enrichissement est illégitime, alors le contrat doit être inexécutable. C'est la quadrature du cercle. L'enrichissement illégitime n'est pas un mode de solution facile. Mais on estime qu'il fournit un cadre utile qui permet d'atteindre l'équilibre nécessaire.

La certitude dans les rapports contractuels ne peut être le seul principe essentiel qui guide les cours. Comme l'ont souligné de très nombreux auteurs et juges:

[TRADUCTION] Il est clair que tout régime de droit civilisé se doit de prévoir des recours dans le cas de ce qu'on a appelé l'enrichissement illégitime ou l'avantage indu, c'est-à-dire d'empêcher une personne de conserver l'argent ou un avantage qu'elle a perçu d'une autre personne et qu'il serait moralement inacceptable qu'elle conserve [*Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Limited*, [1943] A.C. 32, à la p. 61, motifs de lord Wright].

Il semble que la certitude dans le commerce et les transactions publiques serait mieux assurée par la non-reconnaissance d'une règle qui sème la confusion et qui présente si peu d'avantages.

Même si on rend souvent hommage pour la forme à la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, les glossateurs demandent son élimination depuis longtemps et les juges en ont miné la portée par de nombreuses exceptions et réserves. Corbin souligne énergiquement qu'elle est [TRADUCTION] «dépassée»:

[TRADUCTION] Malgré les nombreuses décisions et opinions pour et contre, et en fait à cause de celles-ci, on croit le moment venu de dire que désormais, les exceptions font la règle, que la politique sociale exige que l'erreur de droit et l'erreur de fait soient traitées également, et qu'en remédiant à l'erreur, la cour devrait s'attarder à d'autres facteurs présents en l'espèce [*Corbin on Contracts* (1960), vol. 3 (1960), par. 616, à la p. 752].

Palmer qualifie la distinction de [TRADUCTION] «malheureuse» et croit que [TRADUCTION] «le

more justly without it" (*The Law of Restitution* (1978), vol. III, para. 16.4, at p. 467). These are American authorities. Goff and Jones, however, in their major British text, also would eliminate the distinction between mistake of law and mistake of fact, with one exception:

In our view the principle in *Bilbie v. Lumley* should only preclude recovery of money which was paid in settlement of an honest claim. Any other payment made under a mistake of law should be recoverable if it would have been recoverable had the mistake been one of fact [*The Law of Restitution*, 2nd ed. (1978), at p. 91].

It is true that the general rule is often expressed in terms of non-recovery. However Goff and Jones are of the view that this proposition is based on an erroneous reading of *Bilbie v. Lumley*. They argue, convincingly, that *Bilbie v. Lumley* was a case in which a payment was made in settlement of an honest claim. Payment made in these circumstances is irrecoverable, even if later events indicate that the payor was foolish to have acceded to the request for payment. However, the authors do not believe that *Bilbie v. Lumley* and those cases which followed, should be taken to establish the broad proposition that all payments made under a mistake of law are *prima facie* irrecoverable. Goff and Jones suggest the general test, which I would adopt, that the money should be returned if, on general principles of equity, it would be unjust to allow the recipient of the benefit to retain it. In short, the question of mistake of law should be seen as just one more category in the general law of unjust enrichment. If the defendant has been unjustly enriched at the expense of the plaintiff, then he should be forced to disgorge the benefit. Goff and Jones are, in fact, espousing the adoption of the solution found in the *Restatement of the Law of Restitution*, para. 44.

Professor Fridman echoes the American authorities who see the distinction between mistake of law and mistake of fact as one whose time has come:

droit relatif à l'erreur serait mieux servi si on n'y avait pas recours» (*The Law of Restitution* (1978), vol. III, par. 16.4, à la p. 467). Il s'agit là d'auteurs américains. Toutefois, Goff et Jones, dans leur important ouvrage de droit britannique, élimineraient eux aussi la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait, à une exception près:

[TRADUCTION] A notre avis, le principe de l'arrêt *Bilbie v. Lumley* ne devrait exclure que le recouvrement d'une somme qui a été payée en règlement d'une réclamation honnête. Tout autre paiement fait en raison d'une erreur de droit devrait être recouvrable s'il était recouvrable dans le cas d'une erreur de fait [*The Law of Restitution*, 2^e éd. (1978), à la p. 91].

Il est vrai que la règle générale est souvent exprimée en termes de non-recouvrement. Goff et Jones sont cependant d'avis que cette thèse se fonde sur une interprétation erronée de l'arrêt *Bilbie v. Lumley*. Ils font valoir, d'une façon convaincante, que dans l'arrêt *Bilbie v. Lumley*, le paiement avait été fait en règlement d'une réclamation honnête. Un paiement fait dans ces circonstances n'est pas recouvrable, même si des événements ultérieurs indiquent qu'il était ridicule de la part de l'auteur du paiement d'acquiescer à la demande de paiement. Les auteurs ne croient pas toutefois que l'arrêt *Bilbie v. Lumley* et ceux qui l'ont suivi doivent s'interpréter comme posant le principe général que tous les paiements faits en raison d'une erreur de droit ne sont pas recouvrables à première vue. Goff et Jones proposent le critère général, que je suis d'avis d'adopter, selon lequel la somme devrait être remboursée si, selon les principes généraux de l'*equity*, il serait injuste de permettre à la personne qui l'a reçue de la conserver. En bref, il faudrait considérer la question de l'erreur de droit comme étant uniquement une autre catégorie du droit général applicable à l'enrichissement illégitime. Si le défendeur s'est enrichi injustement aux dépens du demandeur, alors il devrait être forcé de rendre ce qu'il a reçu. En fait, Goff et Jones préconisent l'adoption de la solution proposée dans *Restatement of the Law of Restitution*, par. 44.

Le professeur Fridman reprend la doctrine et la jurisprudence américaine qui estime que la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait est dépassée:

This [referring to the decision in *Solle v. Butcher*], it is suggested, indicates how narrow and indistinct is the line between fact and law in some, if not indeed, many instances. In view of this perhaps the time has come to eradicate from the law, at least in certain circumstances, this particular distinction [*The Law of Contract in Canada* (1976), at p. 88].

Professors Reiter and Swan in their recent text, *Studies in Contract Law*, speak of the difficulties of determining what is a mistake of law and what is a mistake of fact:

The impossibility of indicating what is a mistake of law and what is a mistake of fact forces any analysis of mistake to take the same view of all mistakes—mistakes of law as well as mistakes of fact. To deny relief because the mistake is one of law is simply to say that that risk was on the party who suffered the loss. This tacit risk allocation must be justified. No general rule to provide for an allocation of such risks can be laid down as each case must be decided on its own facts and with reference to the broad range of factors that have been already mentioned (at pp. 231-32).

Various means of avoiding the application of the rule precluding recovery of money paid under mistake of law have developed, the most obvious one being to characterize the mistake as one of fact. This was the technique used in *Solle v. Butcher*, [1950] 1 K.B. 671 (C.A.), the “artificiality” of which Cheshire has commented on (*Cheshire and Fifoot’s Law of Contract*, *supra*, at p. 644). (See also *George (Porky) Jacobs Enterprises Ltd. v. City of Regina*, [1964] S.C.R. 326 *per* Hall J.)

Another technique has been to engraft upon an already vague distinction (that between law and fact) an equally vague distinction between “general law” and “private right”; the so-called test formulated by Lord Westbury in *Cooper v. Phibbs, Cooper, and Others* (1867), L.R. 2 H.L. 149. The maxim *ignorantia juris non excusat* it is said, and thus the rule barring recovery of money paid under mistake of law, has no application where there is a private right involved as opposed to a question of the applicability of the general law. This is undoubtedly a more correct usage of the maxim. Thus a “[p]rivate right of ownership is

[TRANSLATION] Cela, dit-on, [au sujet de l’arrêt *Solle v. Butcher*] indique à quel point, dans certains sinon dans de nombreux cas, la ligne de démarcation entre le fait et le droit est ténue et confuse. Compte tenu de cette situation, il est peut-être temps d’éliminer du droit, au moins dans certains cas, cette distinction particulière [*The Law of Contract in Canada* (1976), à la p. 88].

Dans leur récent ouvrage *Studies in Contract Law*, les professeurs Reiter et Swan parlent de la difficulté de définir ce qu’est une erreur de droit et ce qu’est une erreur de fait:

[TRANSLATION] L’impossibilité de déterminer ce qu’est une erreur de droit et ce qu’est une erreur de fait oblige, dans un examen de l’erreur, à considérer toutes les erreurs, de fait ou de droit, sur un même pied. Le refus d’accorder un redressement parce qu’il s’agit d’une erreur de droit revient simplement à dire que le risque était assumé par la partie qui a subi la perte. Il faut justifier cette attribution tacite du risque. On ne peut poser aucune règle générale qui prévoie l’attribution de ces risques puisque chaque cas doit être décidé en tenant compte des faits de l’espèce et de la multiplicité des facteurs déjà mentionnés (aux pp. 231 et 232).

Divers moyens d’éviter l’application de la règle qui interdit de recouvrer une somme payée en raison d’une erreur de droit ont été élaborés, le plus évident étant de qualifier l’erreur d’erreur de fait. C’est le moyen qui a été utilisé dans l’arrêt *Solle v. Butcher*, [1950] 1 K.B. 671 (C.A.), et dont le «caractère artificiel» a fait l’objet d’observations de la part de Cheshire (*Cheshire and Fifoot’s Law of Contract*, précité, à la p. 644). (Voir aussi *George (Porky) Jacobs Enterprises Ltd. c. City of Regina*, [1964] R.C.S. 326, motifs du juge Hall).

Un autre moyen consiste à greffer à une distinction déjà vague (celle entre le droit et le fait) une distinction tout aussi vague entre «le droit en général» et «les droits privés»; c’est le supposé critère formulé par lord Westbury dans l’arrêt *Cooper v. Phibbs, Cooper, and Others* (1867), L.R. 2 H.L. 149. On dit que la maxime *ignorantia juris non excusat*, et par conséquent la règle qui interdit le recouvrement d’une somme payée en raison d’une erreur de droit, ne s’applique pas lorsqu’il s’agit d’un droit privé comparativement à la question de l’applicabilité du droit en général. Il n’y a pas de doute que c’est là un usage plus juste de la

a matter of fact; it may be the result also of matter of law; but if parties contract under a mutual mistake and misapprehension as to their relative and respective rights, the result is, that the agreement is liable to be set aside as having proceeded upon a common mistake" (*Cooper v. Phibbs*, *supra*, at p. 170). The private rights/general law distinction is really a variation on the judicial technique of characterizing mistakes of law as mistakes of fact.

Courts have also allowed money paid under a mistake of law to be recovered where the payment is not a "voluntary" payment. This is not surprising and is consonant with the strictest interpretation of the sanctity of contractual relations. Contracts are entered into by free and enlightened individuals acting in their own self-interest. Fraud, duress, oppression, undue influence, "compulsion" as it has been termed, vitiate the contract and the courts will remedy the wrong, irrespective of whether or not there has been a mistake of law. Thus in *Farmer v. Arundel* (1772), 2 Black W. 824; 96 E.R. 485, De Grey C.J. said at pp. 825-26:

When money is paid by one man to another on a mistake either of fact or of law, or by deceit, this action will certainly lie. But the proposition is not universal, that whenever a man pays money which he is not bound to pay, he may by this action recover it back. Money due in point of honour or conscience, though a man is not compellable to pay it, yet if paid, shall not be recovered back: as a bonâ fide debt, which is barred by the Statute of Limitations.

In *Bize v. Dickason and Another* (1786), 1 T.R. 285; 99 E.R. 1097, Mansfield C.J. expressed the principle in these words at pp. 286-87:

[T]he rule had always been, that if a man has actually paid what the law would not have compelled him to pay, but what in equity and conscience he ought, he cannot recover it back again in an action for money had and received. So where a man has paid a debt, which would otherwise have been barred by the Statute of Limitations; or a debt contracted during his infancy, which in

maxime. Ainsi, un [TRADUCTION] «droit de propriété privé est une question de fait, il peut découler aussi d'une question de droit; mais si les parties ont passé un contrat en raison d'une erreur et d'une méprise communes quant à leurs droits relatifs et respectifs, il en résulte que le contrat peut être annulé parce qu'il découle d'une erreur commune» (*Cooper v. Phibbs*, précité, à la p. 170). La distinction entre les droits privés et le droit en général est véritablement un changement de la technique judiciaire qui consiste à qualifier d'erreur de fait une erreur de droit.

Les cours ont également autorisé le recouvrement de sommes payées en raison d'une erreur de droit lorsque le paiement n'était pas «volontaire». Cela n'est pas étonnant et est conforme à l'interprétation la plus stricte de l'inviolabilité des rapports contractuels. Les contrats sont conclus par des personnes libres et éclairées qui agissent dans leur propre intérêt. La fraude, la violence, l'oppression, l'intimidation, l'influence induite, la «contrainte» comme on l'a appelée, vicie le contrat et les cours y remédieront, peu importe qu'il y ait eu ou non une erreur de droit. Ainsi, dans l'arrêt *Farmer v. Arundel* (1772), 2 Black W. 824; 96 E.R. 485, le juge en chef De Grey a affirmé ce qui suit, aux pp. 825 et 826:

[TRADUCTION] Lorsqu'un homme paie à un autre une somme par suite d'une erreur de fait ou de droit, ou d'une fraude, ce recours lui est certainement permis. Mais on ne peut pas ériger en principe général que dans tous les cas où un homme paie une somme qu'il n'est pas tenu de payer, il peut la recouvrer en exerçant ce recours. Une somme due sur l'honneur ou en conscience, si elle est payée alors qu'on ne peut être forcé de la payer, ne peut être recouvrée; le recouvrement de cette dette réelle est interdit par la *Statute of Limitations*.

Dans l'arrêt *Bize v. Dickason and Another* (1786), 1 T.R. 285; 99 E.R. 1097, le juge en chef Mansfield a énoncé comme suit le principe, aux pp. 286 et 287:

[TRADUCTION] La règle a toujours été que si un homme a effectivement payé une somme qu'il devait en toute équité et conscience, mais qu'il n'aurait pas été tenu de payer en vertu de la loi, il ne peut la recouvrer au moyen d'une action pour enrichissement sans cause. Ainsi, si un homme a acquitté une dette qui serait par ailleurs prescrite en vertu de la *Statute of Limitations*, ou une

justice he ought to discharge, though the law would not have compelled the payment, yet the money being paid, it will not oblige the payee to refund it. But where money is paid under a mistake, which there was no ground to claim in conscience, the party may recover it back again by this kind of action.

This principle of Lord Mansfield seems to have been transformed into the proposition enunciated by Craig J. in this case [at p. 156] that "money paid voluntarily (and not paid under protest) under a mutual mistake of law is not recoverable" Such a proposition is simply untenable. Money paid under a mistake of law (or fact for that matter) would rarely be paid under protest; the parties under a mutual mistake of law assume that the money is, in law, due and owing.

A further judicial development to circumvent the rule barring recovery under mistake of law is what might be termed the *Kiriri* principle (*Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192). Basically it allows a party to benefit from a "protective statute" and to recover money paid under a mistake of law, where the "law" in question is a statute whose purpose is to protect his interests. This is surely a common sense proposition. It is impossible to know all the law, presumptions and maxims to the contrary notwithstanding. To deprive a citizen of the benefit of a statute designed precisely for his protection solely because he is unaware of its existence is an absurdity.

Finally, the most significant judicial development in the area of mistake of law is not an exception or qualification to the rule but rather the resurgence in English and Canadian jurisprudence of the doctrine of restitution or unjust (or unjustified) enrichment. The *Fibrosa* decision, and Lord Wright's reasons in particular, marked the "modern revival of restitution as a flexible and growing system" (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), at p. 213, n. 6). Once a doctrine of restitution or unjust enrichment is recognized, the distinction as to mistake of law and mistake of fact

dette contractée pendant sa minorité, qu'il se devait en toute justice d'acquitter même si la loi ne pouvait le forcer à la payer, une fois la somme payée, celui qui l'a reçue ne pourra être forcé à la rembourser. Mais lorsque la somme est payée en raison d'une erreur et qu'il n'y avait moralement aucun motif de la réclamer, la partie peut la recouvrer au moyen d'une telle action.

Ce principe de lord Mansfield semble s'être transformé en la thèse énoncée par le juge Craig en l'espèce [à la p. 156] portant que [TRADUCTION] «la somme payée volontairement (et non sous réserve) en raison d'une erreur de droit commune ne peut être recouvrée . . . » Cette thèse est tout simplement insoutenable. Une somme payée en raison d'une erreur de droit (ou de fait dans ce cas) est rarement payée sous réserve; les parties à une erreur de droit commune présument que la somme est légalement due et payable.

Un autre moyen que les juges ont utilisé pour contourner la règle qui interdit le recouvrement dans le cas d'une erreur de droit est ce qu'on pourrait appeler le principe de l'arrêt *Kiriri* (*Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192). Fondamentalement, ce principe permet à une partie de se prévaloir d'une «loi protectrice» et de recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de droit lorsque la «loi» en question vise à protéger ses intérêts. Cette proposition s'appuie certainement sur le bon sens. Il est impossible de connaître toutes les lois, nonobstant les présomptions et les maximes contraires. Il serait absurde d'empêcher un citoyen de tirer avantage d'une loi conçue précisément pour assurer sa protection simplement parce qu'il ne la connaît pas.

Enfin, l'apport judiciaire le plus important dans le domaine de l'erreur de droit n'est pas une exception ni une restriction à la règle, mais plutôt la réapparition, dans la jurisprudence anglaise et canadienne, de la doctrine de la restitution ou de l'enrichissement illégitime (ou injustifié). L'arrêt *Fibrosa* et, en particulier, les motifs de lord Wright ont marqué le [TRADUCTION] «retour moderne de la restitution comme système souple et de plus en plus répandu» (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), à la p. 213, n. 6). Une fois admise la doctrine de la restitution ou de l'enri-

becomes simply meaningless.

This Court has applied the doctrine of restitution or unjust enrichment in the case of the *Corporation of the County of Carleton v. Corporation of the City of Ottawa*, [1965] S.C.R. 663. In this case the County of Carleton had mistakenly paid for the maintenance of an indigent whose maintenance, pursuant to by-law and agreement, was properly the responsibility of the City of Ottawa. There was no discussion as to the existence of a mistake of law (responsibility under the by-law or the several agreements providing for social welfare) or a mistake of fact (the solicitor for the County of Carleton had neglected to include this particular indigent in a list of welfare cases delivered to the City of Ottawa). The action was based and decided upon the doctrine of restitution. Citing Lord Wright's famous statement in the *Fibrosa* case Hall J. held at p. 669 that:

The respondent [City of Ottawa] by the act and fact of annexation and by the terms of said Exhibit 11, para. 10 assumed responsibility for the social service obligations of the appellant [County of Carleton] to the residents of the area annexed, and the fact that one welfare case was inadvertently omitted from the list cannot permit the respondent to escape the responsibility for that case. To paraphrase Lord Wright, it is against conscience that it should do so.

Were it not for the fact that an action for recovery exists for money paid under a mistake of fact, there might be an argument that a rule precluding recovery of money paid by mistake serves a legitimate purpose; the rule assures the finality of transactions. A hard rule, but an unambiguous one. However, as Palmer has written:

The policy against reopening settled transactions has insufficient force to lead to a refusal of restitution of money paid in the belief that it is owed when it is not. This is clear if the mistake is one of fact, and no reason is suggested or is present to support a different view because the mistake is one of law [Palmer, *The Law of Restitution* (1978), vol. III, para. 14.27, at p. 342].

chissement illégitime, la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait perd simplement tout son sens.

Dans l'arrêt *Corporation of the County of Carleton c. Corporation of the City of Ottawa*, [1965] R.C.S. 663, cette Cour a appliqué la doctrine de la restitution ou de l'enrichissement illégitime. Dans cette affaire, le comté de Carleton avait par erreur payé l'entretien d'un indigent et, conformément à un règlement et à une entente, la responsabilité de cet entretien incombait en réalité à la ville d'Ottawa. On n'a pas mentionné l'existence d'une erreur de droit (la responsabilité en vertu du règlement ou de plusieurs ententes en matière d'aide sociale) ou d'une erreur de fait (le procureur du comté de Carleton avait négligé d'inscrire le nom de cet indigent sur la liste des bénéficiaires de l'aide sociale fournie à la ville d'Ottawa). L'action a été intentée et décidée conformément à la doctrine de la restitution. En citant l'énoncé de lord Wright dans l'arrêt *Fibrosa*, le juge Hall a conclu ce qui suit, à la p. 669:

[TRADUCTION] L'intimée [la ville d'Ottawa], du fait de l'annexion et aux termes de ladite pièce 11, par. 10, a assumé les obligations d'aide sociale de l'appelant [le comté de Carleton] envers les résidents de la zone annexée, et le fait que le nom d'un bénéficiaire de l'aide sociale ait été omis de la liste par inadvertance ne permet pas à l'intimée de se dégager de sa responsabilité à l'égard de ce bénéficiaire. Pour reprendre les termes de lord Wright, il serait moralement inacceptable qu'elle puisse le faire.

Si l'action en recouvrement n'existait pas dans le cas d'une somme payée en raison d'une erreur de fait, on pourrait faire valoir que la règle qui interdit le recouvrement d'une somme payée en raison d'une erreur répond à une fin légitime; la règle assure l'irrévocabilité des transactions. Une règle sévère, mais claire. Toutefois, comme l'a écrit Palmer:

[TRADUCTION] La politique qui interdit le réexamen des transactions conclues n'a pas suffisamment de force pour entraîner le refus de restituer une somme payée par une personne convaincue qu'elle est due alors qu'elle ne l'est pas. Cela est évident s'il s'agit d'une erreur de fait, et on ne propose ni ne présente aucune raison appuyant une opinion différente parce qu'il s'agit d'une erreur de droit [Palmer, *The Law of Restitution* (1978), vol. III, par. 14.27, à la p. 342].

By allowing an action for recovery of money paid under mistake of fact the courts have recognized that the finality of transactions is not an absolute value. With the greatest respect for those of contrary view, I am of opinion that the distinction between mistake of law and mistake of fact serves no useful purpose. The commentators have been unable to find a real basis for its existence and have been unsparing in their criticism of it. And in other legal systems the distinction does not exist. The Quebec Civil Code, basing itself on the French Civil Code, sets out the rules applicable to recovery of money not due with precision and clarity in arts. 1047 and following. Article 1047 reads:

Art. 1047. He who receives what is not due to him, through error of law or of fact, is bound to restore it; or if it cannot be restored in kind, to give the value of it.

If the person receiving be in good faith, he is not obliged to restore the profits of the thing received. [Emphasis added.]

The Quebec codifiers in 1866 were very careful to guard against the unwarranted importation of the distinction between mistake of law and mistake of fact into Quebec law.

The policy question which must be determined is whether this Court wishes to recognize, and to perpetuate, what has been rightly referred to by Judge Learned Hand as "that most unfortunate doctrine" (*St. Paul & Marine Ins. Co. v. Pure Oil Co.*, 63 F.2d 771 (2d Cir. 1933), at p. 773), and by Patterson ("Improvements in the Law of Restitution" (1954-55), 40 Cornell L.Q. 667, at p. 676) as the "monstrous mistake of law made by Lord Ellenborough" or whether we should apply to claims for relief on the ground of mistake of law the same criteria and principles that would apply to a mistake of fact. Unless the contract or payment is tainted with illegality there is no compelling reason why recovery of payments made under mistake should be denied simply by reason of the fact that the mistake is one of law rather than one of fact.

I should prefer to reach this result by putting mistakes of law and mistakes of fact on the same footing rather than by increasing the number of

En accueillant une action en recouvrement d'une somme payée en raison d'une erreur de fait, les cours ont reconnu que l'irrévocabilité des transactions n'est pas une valeur absolue. Avec les plus grands égards pour ceux qui sont d'avis contraire, j'estime que la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait est inutile. Les glossateurs n'ont pu trouver de fondement réel à son existence et ils n'ont pas manqué de la critiquer. En outre, la distinction n'existe pas dans d'autres régimes juridiques. Le Code civil du Québec, qui s'inspire du Code civil français, énonce avec précision et clarté aux art. 1047 et suivants les règles applicables au recouvrement d'une somme indue. L'article 1047 se lit comme suit:

Art. 1047. Celui qui reçoit par erreur de droit ou de fait, ce qui ne lui est pas dû est obligé de le restituer; et s'il ne peut le restituer en nature, d'en payer la valeur.

Si la personne qui reçoit est de bonne foi, elle n'est pas obligée de restituer les profits qu'elle a perçus de la chose. [C'est moi qui souligne.]

En 1866, les codificateurs du Québec ont pris soin de ne pas introduire sans raison en droit québécois la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait.

La question générale qu'il faut trancher est de savoir si cette Cour souhaite reconnaître et perpétuer ce que le juge Learned Hand a qualifié à juste titre de [TRADUCTION] «doctrine si regrettable» (*St. Paul & Marine Ins. Co. v. Pure Oil Co.*, 63 F.2d 771 (2d Cir. 1933), à la p. 773), et ce que Patterson («Improvements in the Law of Restitution» (1954-55), 40 Cornell L.Q. 667, à la p. 676) a qualifié de [TRADUCTION] «erreur de droit monstrueuse commise par lord Ellenborough», ou si elle devrait appliquer aux demandes de recouvrement fondées sur l'erreur de droit les mêmes critères et principes qui s'appliquent à l'erreur de fait. A moins que le contrat ou le paiement ne soit entaché d'illégalité, il n'y a aucune raison impérieuse de refuser le recouvrement de paiements faits par erreur pour le simple motif qu'il s'agit d'une erreur de droit plutôt que d'une erreur de fait.

Je préférerais en arriver à ce résultat en traitant l'erreur de droit et l'erreur de fait sur le même pied plutôt qu'en augmentant le nombre des excep-

exceptions engrafted on the rule and which have already, to a great extent, emasculated the rule. One author (32 Harv. L. Rev. 283) has noted ten exceptions to the rule, which he characterized as a "decrepit doctrine unsupportable on principle, and unjust in its operation" (at p. 285). The tendency to further extension is to be noted in two decisions of this Court (*George (Porky) Jacobs Enterprises Ltd. v. City of Regina*, *supra*, and *Eadie v. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573). Professor McTurnan in a lengthy article, "An Approach to Common Mistake in English Law", (1963), 41 Can. Bar Rev. 1, writes at p. 34:

It would be best to abolish the mistake of law rule, place mistakes of law and of fact on an equal footing, and recognize that with mistakes of law the principle of conscious ignorance or conscious assumption of risk will often prevent relief. The next best course — perhaps the one the courts are taking — would be to expand the exceptions and thereby deny relief for a mistake of law only where the risk legitimately belonged to the bargain.

The true doctrine must surely be that enunciated by Lord Mansfield in *Bize v. Dickason*, *supra*, at p. 287:

... where money is paid under a mistake, which there was no ground to claim in conscience, the party may recover it back

V

If the distinction between mistake of fact and mistake of law is eliminated then any discussion of *in pari delicto* is really unnecessary. Mr. Justice Craig spent considerable time attempting to show that there was a primary obligation on Ontario Hydro to interpret the statute and therefore Nepean was not '*in pari delicto*'. The analogy was drawn to *Kiriri Cotton*, where a tenant who had made a payment under an illegal contract was found not to be '*in pari delicto*' with the landlord; therefore the tenant was entitled to recover the illegal premium. The general rule is that money paid under an illegal contract is not recoverable. Therefore, it was necessary for the courts to find that the parties were not '*in pari delicto*' in order for the tenant to recover the benefit.

tions à la règle, qui, dans une large mesure, l'ont déjà affaiblie. Un auteur (32 Harv. L. Rev. 283) a relevé dix exceptions à la règle qu'il a qualifiée de [TRADUCTION] «doctrine décrépète insoutenable en principe et injuste dans son application» (à la p. 285). La tendance à ajouter des exceptions est à souligner dans deux arrêts de cette Cour (*George (Porky) Jacobs Enterprises Ltd. c. City of Regina*, précité, et *Eadie c. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573). Dans un long article intitulé «An Approach to Common Mistake in English Law», (1963), 41 R. du B. Can. 1, le professeur McTurnan écrit, à la p. 34:

[TRADUCTION] Il serait préférable d'abolir la règle de l'erreur de droit, de traiter sur un même pied les erreurs de droit et de fait et de reconnaître que dans le cas d'une erreur de droit, le principe de l'ignorance consciente ou de l'acceptation consciente du risque empêchera souvent le recours. La seconde solution, peut-être celle qu'adoptent les cours, serait d'accroître le nombre d'exceptions et de ne refuser ainsi le recours fondé sur l'erreur de droit que lorsque le contrat comporte un risque légitime.

La véritable doctrine doit sûrement être celle énoncée par lord Mansfield dans l'arrêt *Bize v. Dickason*, précité, à la p. 287:

[TRADUCTION] . . . lorsque la somme est payée en raison d'une erreur et qu'il n'y avait moralement aucun motif de la réclamer, la partie peut la recouvrer . . .

V

Si on élimine la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, alors il n'est plus vraiment nécessaire de débattre la question des parties à un acte illégal. Le juge Craig a consacré beaucoup de temps à tenter d'établir que l'obligation première d'interpréter la loi incombait à Ontario Hydro et que, par conséquent, Nepean n'était pas partie à un acte illégal. On a fait le lien avec l'arrêt *Kiriri Cotton*, dans lequel on a conclu qu'un locataire qui avait fait un paiement en vertu d'un contrat illégal n'était pas partie à un acte illégal avec le propriétaire; par conséquent, le locataire avait le droit de recouvrer la prime illégale. En règle générale, on ne peut recouvrer une somme payée en vertu d'un contrat illégal. Il était donc nécessaire que les cours concluent que les parties n'étaient pas parties à un acte illégal pour que le locataire puisse recouvrer la somme versée.

I agree with the judge at trial that the primary obligation for interpretation of the relevant issue rested on the shoulders of Ontario Hydro. An analogy can be drawn between this case and the case of *Eadie v. The Corporation of the Township of Brantford*, *supra*. In the *Eadie* case, a township had demanded payment of sums under certain by-laws which were subsequently declared *ultra vires*. This Court held that the township was under a duty to the taxpayers of the municipality; when it exacted payment of money on the basis of an illegal by-law, then it was not *in pari delicto* with the taxpayer who was required to pay.

VI

This leaves what is perhaps the most difficult issue of the case. It is simply this: are there any equitable reasons which preclude recovery by Nepean? This question is crucial whether one adopts the approach which I would prefer or the '*in pari delicto*' analysis of the Ontario Court of Appeal and of Mr. Justice Craig. As the trial judge recognized, even if the parties are not '*in pari delicto*' the court may still deny recovery if there are equitable considerations weighing in favour of the recipient.

In my view honesty and common justice require that Ontario Hydro repay Nepean the monies paid in the mistaken belief that Ontario Hydro had the authority to exact them. Three courts have found that Ontario Hydro was not entitled to receive the money; what reasons of policy justify retention of it by Ontario Hydro?

I do not find persuasive the argument that Nepean should not recover because, it is said, some municipalities or their hydro utilities were under-billed and in the result Ontario Hydro did not benefit directly. This was simply another error on the part of Ontario Hydro, the financial impact of which should in justice be borne by Ontario Hydro. There is ample authority to support the view that it is not enough that the recipient has "spent the money beyond recall" (*per* Denning L.J. in *Larner v. London County Council*, [1949] 2 K.B. 683, at p. 688, cited by Martland J. in *Rural*

Je suis d'accord avec le juge de première instance que l'obligation première d'interpréter la question pertinente incombait à Ontario Hydro. La présente affaire peut être comparée à l'affaire *Eadie c. The Corporation of the Township of Brantford*, précitée. Dans l'affaire *Eadie*, un canton avait demandé le paiement de sommes en vertu de certains règlements qui ont par la suite été déclarés *ultra vires*. Cette Cour a décidé que le canton avait une obligation envers les contribuables de la municipalité; lorsqu'il a exigé le paiement de sommes en vertu d'un règlement illégal, il n'était pas partie à un acte illégal avec le contribuable qui était tenu de payer.

VI

Il reste à résoudre la question qui est peut-être la plus complexe en l'espèce. Cette question est tout simplement la suivante: y a-t-il des motifs équitables d'empêcher Nepean de recouvrer les sommes payées? Cette question est cruciale, que l'on adopte la solution que je préfère ou l'analyse des parties à un acte illégal qu'ont faite la Cour d'appel de l'Ontario et le juge Craig. Comme l'a reconnu le juge de première instance, même si les parties ne sont pas parties à un acte illégal, la cour peut encore refuser le recouvrement s'il y a des considérations équitables en faveur du bénéficiaire.

A mon avis, l'honnêteté et la simple justice exigent qu'Ontario Hydro rembourse à Nepean les sommes qu'elle a payées en croyant erronément qu'Ontario Hydro avait le pouvoir de les exiger. Trois cours ont conclu qu'Ontario Hydro n'avait pas le droit de recevoir ces sommes; quels motifs justifient Ontario Hydro de les conserver?

Je ne considère pas convaincant l'argument selon lequel Nepean n'a pas droit au recouvrement parce que, dit-on, certaines municipalités ou leurs services d'électricité respectifs ont été trop peu facturés et qu'en définitive, Ontario Hydro n'a tiré aucun avantage direct. C'est là simplement une autre erreur d'Ontario Hydro qui en toute justice devrait en subir les conséquences sur le plan financier. Il existe une jurisprudence abondante appuyant l'opinion selon laquelle il ne suffit pas que la personne qui a reçu l'argent [TRADUCTION] «l'ait dépensé sans possibilité de le récupérer» (le

Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd., [1976] 2 S.C.R. 147, at p. 166).

Mr. Justice Craig held that equities did not oblige Ontario Hydro to refund the money. With respect, I think he was wrong. In reaching his conclusion he relied on three "important matters". I should like to deal with each in turn.

The first matter was that Ontario Hydro did not receive a benefit. The point here was that the payments or credits given by Ontario Hydro for return on equity balanced the payments or debits exacted for cost of return. Thus, it is said, Ontario Hydro, as such, was not enriched by the receipt of a benefit. This is no answer to Nepean's claim. As between the parties, Nepean, in paying its power bills, in fact conferred a benefit on Ontario Hydro. I agree with counsel for Nepean that the determination as to whether Ontario Hydro received a benefit should be made in relation to the transactions between Nepean and Ontario Hydro rather than in relation to the ultimate position of Ontario Hydro under the new power costing system. At trial the question was raised as to what would be the position of Ontario Hydro and the other municipalities and their respective hydro commissions if Mr. Laidlaw, counsel for Nepean, were successful. The following exchange took place between the court and Mr. Wilson, counsel for Ontario Hydro, at pp. 208-09 of the appeal case:

HIS LORDSHIP: Mr. Wilson, is there any possibility that these municipalities should be parties, if the result of this case would affect them?

MR. WILSON: Well, My Lord, that thought has not entered my mind, but I think, under the relevant legislation, while originally the contract was made with the municipality, the legislation empowers the particular municipality set [*sic*] set up a Commission, and that Commission is the entity which deals with Ontario Hydro under the two Acts that we are discussing.

HIS LORDSHIP: What would happen if Mr. Laidlaw is successful?

lord juge Denning, dans l'arrêt *Larner v. London County Council*, [1949] 2 K.B. 683, à la p. 688, cité par le juge Martland dans l'arrêt *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147, à la p. 166).

Le juge Craig a conclu que l'équité n'obligeait pas Ontario Hydro à rembourser les sommes reçues. Avec égards, j'estime qu'il a tort. Il appuie sa conclusion sur trois «facteurs importants». Je tiens à les examiner à tour de rôle.

Le premier facteur est qu'Ontario Hydro n'a tiré aucun avantage. Ce point porte que les paiements ou les crédits consentis par Ontario Hydro au titre du rendement des capitaux propres contre-balançaient les paiements ou débits exigés à titre de frais de rendement. Ainsi, dit-on, Ontario Hydro, à vrai dire, ne s'est pas enrichie en tirant un profit. Ce n'est pas une réponse à la réclamation de Nepean. Sur le plan des parties, en payant ses factures d'électricité, Nepean a procuré un avantage à Ontario Hydro. Je partage l'avis de l'avocat de Nepean, selon lequel on doit déterminer si Ontario Hydro a tiré un avantage en fonction des transactions qui ont eu lieu entre Nepean et Ontario Hydro plutôt qu'en fonction de la situation ultime d'Ontario Hydro en vertu du nouveau programme d'établissement du coût de l'électricité. En première instance, on a soulevé la question de savoir quelle serait la position d'Ontario Hydro, des autres municipalités et de leurs services d'électricité respectifs si M^e Laidlaw, l'avocat de Nepean, avait gain de cause. La cour et M^e Wilson, l'avocat d'Ontario Hydro, ont tenu la conversation suivante, aux pp. 208 et 209 du dossier d'appel:

[TRADUCTION] LA COUR: M^e Wilson, serait-il possible que les municipalités soient impliquées si jamais l'issue de l'espèce les touche?

M^e WILSON: Votre Seigneurie, cette idée ne m'est pas venue à l'esprit, mais je crois qu'en vertu de la loi pertinente, même si à l'origine le contrat a été conclu avec la municipalité, la loi autorise cette municipalité à établir une commission et cette commission est l'entité qui traite avec Ontario Hydro en vertu des deux lois dont nous discutons.

LA COUR: Qu'advierait-il si M^e Laidlaw avait gain de cause?

MR. WILSON: Well, I hate to think of it. I have thought of it, but in any lawsuit you always think of the good and the bad, and I can assure you that there will be a very complex set of problems arise. I don't know that it will be helpful to explore them with Your Lordship at this stage.

Certainly, the municipalities in the same position of [*sic*] Nepean, if it [*sic*] successful, will actually make a claim, and the question will then arise as to the right of Ontario Hydro to recoup itself as against the other municipalities, who, on balance, had a net credit.

And the problem is so extensive and involves so much money, that apart from the question of statute of limitations, acquiescence, and delay, which are legal questions, Your Lordship would have to deal with, if he thought—came to the conclusion that Nepean's got a legal right, there would still be a considerable amount, because, on balance, there's thirty million dollars in the same position as Nepean's claim here, in the overall figure for the system.

The same point arose again at p. 244 of the appeal case:

MR. LAIDLAW: And I think I understand what Your Lordship's problem was. Sure the older municipalities would be worse off, if I'm right.

HIS LORDSHIP: That's right. The older municipalities, or some municipalities had a reduction in bills.

MR. LAIDLAW: Sure they did, at my expense and that is the whole point of the case.

HIS LORDSHIP: The other municipalities aren't here.

MR. LAIDLAW: Well I'm not suing them. It is the Hydro that took it from me. That is their problem.

I do not think it is any answer in law for Ontario Hydro to say to Nepean "True, we took your money unlawfully but we do not have to repay it because we mistakenly paid it out to other people". The fact is that Ontario Hydro did receive, and did have the use and benefit of Nepean's money. What it did with it is, as Mr. Laidlaw said, a problem for Ontario Hydro. The mere spending of the money is not, of itself, sufficient to establish a defence (*Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada Ltd.*, *supra*). The authorities are clear that for a defendant to succeed he must show a detrimental change of position as a result of the payment, something which Ontario Hydro is

M^e WILSON: Je préfère ne pas y penser. J'y ai réfléchi, mais dans toute poursuite, vous pesez toujours le pour et le contre, et je puis vous assurer que cela soulèverait une série de problèmes très complexes. Je ne crois pas qu'il soit utile de les examiner avec Votre Seigneurie à ce stade-ci.

Il est certain que les municipalités dans la même situation que Nepean, si elle a gain de cause, vont produire des réclamations et il se posera alors la question du droit d'Ontario Hydro de récupérer ses pertes auprès des autres municipalités qui, tout compte fait, ont obtenu un crédit net.

Et le problème est si considérable et porte sur une si grande somme d'argent que, mise à part la question de la prescription, l'acquiescement et les délais, qui sont d'ordre juridique, que Votre Seigneurie aurait à examiner, si elle estime, si elle vient à la conclusion que l'action de Nepean est bien fondée, il y aurait encore un montant considérable parce que, tout compte fait, dans le montant global pour l'ensemble du programme, on parle de trente millions de dollars en réclamations de la nature de celle de Nepean.

Ce point est soulevé de nouveau à la p. 244 du dossier d'appel:

[TRADUCTION] M^e LAIDLAW: Et je crois comprendre quel était le problème de la Cour. Les municipalités plus anciennes seraient dans une situation encore pire, si je ne m'abuse.

LA COUR: C'est exact. Les municipalités plus anciennes, ou certaines municipalités ont vu réduire leur facture.

M^e LAIDLAW: C'est certain, et à mes frais, et c'est là toute l'affaire.

LA COUR: Les autres municipalités ne sont pas ici.

M^e LAIDLAW: Je ne les poursuis pas. C'est Ontario Hydro qui me l'a pris. C'est son problème.

Je ne crois pas qu'en droit, Ontario Hydro puisse répondre à Nepean: «C'est vrai, nous avons pris votre argent illégalement, mais nous n'avons pas à le rembourser parce que nous avons commis l'erreur de le verser à d'autres». Le fait est qu'Ontario Hydro a reçu et utilisé l'argent de Nepean et en a profité. Ce qu'elle en a fait, comme l'a dit M^e Laidlaw, c'est le problème d'Ontario Hydro. Le simple fait d'avoir dépensé l'argent ne suffit pas en soi à établir un moyen de défense (*Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada Ltd.*, précité). La jurisprudence établit clairement que pour avoir gain de cause, le défendeur doit prouver que le paiement aura pour effet de modi-

unable to show. Difficulty in restoring the parties to their original position will not be reason for denying recovery where the ground for relief is well established. See the well-known case of *Earl Beauchamp v. Winn* (1873), L.R. 6 E. & I. App. 223 (H.L.) Two passages of the headnote read:

Where, in the making of an agreement between two parties, there has been a mutual mistake as to their rights, occasioning an injury to one of them, the rule of equity is in favour of interposing to grant relief.

The Court of Equity will not, if such a ground for relief is clearly established, decline to grant relief merely because, on account of the circumstances which have intervened since the agreement was made, it may be difficult to restore the parties exactly to their original condition.

That case concerned mistake as to rights and interests under a grant of land. The fact that the mistake upon which the plaintiff founded his equity was one which had existed for more than sixty years did not defeat his claim, nor did the fact that the plaintiff knew or had the means of knowing what his rights were and that at all events his mistake was one of law. The plaintiff succeeded in his action.

Holt v. Markham, [1923] 1 K.B. 504, is a different type of case. The plaintiff had led the defendant to believe that he, the defendant, might treat the money as his own, and in that belief the defendant had altered his position by spending the money. The defendant had spent part of the money in a company which had since gone into liquidation. It was held that the plaintiffs were estopped from alleging that it was paid under a mistake. In the case at bar it was neither pleaded nor argued that Nepean was estopped.

If Ontario Hydro changed its position for the worse by distributing to some utilities monies illegally collected from others (or by undercharging the former) it was not prompted by any action on the part of Nepean or by reason of the payment from Nepean. If Ontario Hydro is in a difficult position it is not due to Nepean. The general

fier sa situation de façon préjudiciable, ce qu'Ontario Hydro est incapable de démontrer. La difficulté de replacer les parties dans leur situation initiale n'est pas une raison de refuser le recouvrement lorsque le motif du recours est bien fondé. Voir l'arrêt bien connu *Earl Beauchamp v. Winn* (1873), L.R. 6 E. & I. App. 223 (C.L.) Deux passages du sommaire se lisent comme suit:

[TRADUCTION] Lorsque, dans la conclusion d'un accord entre deux parties, une erreur commune quant à leurs droits a causé un préjudice à l'une d'elles, la règle de l'*equity* permet une intervention pour y remédier.

Si ce motif de recours est clairement établi, la cour d'équité ne refusera pas d'accorder le redressement simplement parce que, étant donné les circonstances survenues depuis la conclusion de l'accord, il peut être difficile de replacer les parties exactement dans leur situation initiale.

Cet arrêt portait sur une erreur quant aux droits et aux intérêts liés à la concession d'un bien-fonds. Le fait que l'erreur sur laquelle le demandeur fondait son droit en *equity* se fût perpétuée pendant plus de soixante ans n'a pas fait échec à sa réclamation, pas plus que le fait que le demandeur connaissait ou était en mesure de connaître quels étaient ses droits, et qu'en tout état de cause, il se soit agi d'une erreur de droit. Le demandeur a eu gain de cause.

L'arrêt *Holt v. Markham*, [1923] 1 K.B. 504, est différent. Le demandeur avait amené le défendeur à croire que lui-même, le défendeur, pouvait considérer l'argent comme sien et le défendeur, qui l'a cru, avait modifié sa situation en dépensant l'argent. Le défendeur avait investi une partie de l'argent dans une compagnie qui avait été liquidée depuis. On a conclu que les demandeurs ne pouvaient faire valoir que la somme avait été payée en raison d'une erreur. En l'espèce, on n'a ni plaidé ni opposé une fin de non-recevoir à l'action de Nepean.

Si Ontario Hydro a empiré sa situation en distribuant à des services d'électricité les sommes qu'elle a perçues illégalement d'autres services (ou en réduisant les factures des premiers), elle n'y a pas été incitée par les actes de Nepean ou par le paiement reçu de Nepean. Si Ontario Hydro est dans une situation difficile, ce n'est pas la faute de

principle to be applied in these situations is that enunciated by Denning L.J. in *Larner v. London County Council*, [1949] 2 K.B. 683 at pp. 688-89:

Speaking generally, the fact that the recipient has spent the money beyond recall is no defence unless there was some fault, as, for instance, breach of duty — on the part of the paymaster and none on the part of the recipient.

VII

A second matter was taken into account by Craig J. in denying Nepean's claim. He said at pp. 161-62:

Secondly, the circumstances of this case are quite unusual. While Nepean was improperly charged it is legitimate to look at the source of funds to satisfy any judgment that might require Ontario Hydro to repay Nepean. I do not prejudge or intend to prejudge or influence any possible further litigation that might arise between Ontario Hydro and any other municipality or utility arising out of the payments pursuant to the "return on equity"/"cost of return" concept; but it is not in dispute that the only ultimate source of funds available to Ontario Hydro to satisfy such a judgment would be from those same customers (municipalities and utilities) who have already received the benefits or incurred the losses under "return on equity"/"cost of return". Can Ontario Hydro apportion the amount of any such judgment against only those municipalities or utilities who received the benefits resulting from overpayment by Nepean? In my opinion it cannot do so. I have held that the payments by Nepean were made under mistake of law; and similarly Ontario Hydro acted under mistake of law in charging these payments and crediting them to the other municipalities or utilities. Clearly Ontario Hydro cannot claim compulsion, duress, oppression or lack of delictual parity against these municipalities or utilities so as to give rise to a claim for return of money paid under mistake of law; therefore, in my opinion, Ontario Hydro would be unable to recover the amount of any such judgment against these municipalities and utilities only (whether by way of apportionment in the power bills or otherwise). It is impossible to restore the status quo ante. It follows that all those municipalities and utilities (and the evidence indicates that there is a substantial number) that have been overcharged already, in the same way as Nepean, would be required to pay their proportionate share (with those who benefited) to satisfy any judgment in favour of Nepean. This

Nepean. Le principe général qu'il faut appliquer dans ces cas est celui énoncé par lord Denning dans l'arrêt *Larner v. London County Council*, [1949] 2 K.B. 683, aux pp. 688 et 689:

[TRADUCTION] En général, le fait que la personne qui a reçu l'argent l'ait dépensé sans possibilité de le récupérer ne constitue pas un moyen de défense à moins qu'une faute n'ait été commise, comme par exemple, un manquement au devoir de la part du payeur et non du bénéficiaire.

VII

En refusant la réclamation de Nepean, le juge Craig a tenu compte d'un deuxième facteur. Il dit, aux pp. 161 et 162:

[TRADUCTION] En deuxième lieu, les circonstances de l'espèce sont peu communes. Même si on a irrégulièrement réclamé des frais à Nepean, il est légitime d'examiner la source de financement qui permettrait de donner suite à un jugement qui forcerait Ontario Hydro à rembourser Nepean. Je ne porte aucun jugement prématuré et je n'ai pas l'intention de le faire ou d'influencer tout autre litige possible qui pourrait survenir entre Ontario Hydro et une autre municipalité ou un service d'électricité en raison des paiements faits conformément au programme de «rendement des capitaux propres» et de «frais de rendement»; mais on ne conteste pas que la seule source de financement dont disposerait finalement Ontario Hydro pour se conformer à un tel jugement serait ces mêmes abonnés (municipalités et services d'électricité) à qui le programme de «rendement des capitaux propres» et de «frais de rendement» a déjà profité ou occasionné des pertes. Ontario Hydro peut-elle répartir le coût d'un tel jugement uniquement entre les municipalités ou les services d'électricité qui ont profité du paiement en trop de Nepean? A mon avis, elle ne peut le faire. J'ai conclu que Nepean a payé en raison d'une erreur de droit et, de la même manière, Ontario Hydro a commis une erreur de droit en réclamant ces paiements et en les créditant aux autres municipalités ou services d'électricité. Il est évident qu'Ontario Hydro ne peut invoquer la contrainte, la violence, l'oppression ou la disparité délictuelle contre ces municipalités ou services afin de réclamer le remboursement des sommes payées en raison d'une erreur de droit; à mon avis, Ontario Hydro ne pourrait donc recouvrer seulement de ces municipalités ou services le coût d'un tel jugement (que ce soit par voie de répartition des factures d'électricité ou autrement). Il est impossible de rétablir le statu quo ante. Il s'ensuit que toutes les municipalités et services d'électricité (et la preuve indique qu'ils sont

would really impose a double penalty on some municipalities and utilities.

I have some difficulty with the reasoning in the foregoing passage. The judge says that the case is unusual. That can be said of most cases. The statement is then made that Nepean was improperly charged. This merely expresses in another way the illegality and unlawfulness of the charge Ontario Hydro levied against Nepean. The judge then says that notwithstanding the impropriety of the charge it is legitimate to look at the source of funds to satisfy any judgment that might require Ontario Hydro to repay Nepean. Ontario Hydro did not plead that it lacked the funds to satisfy any judgment that Nepean might obtain or that it could not meet a judgment. Ontario Hydro's ability to pay was not discussed at trial. It will be recalled that the trial judge raised with counsel for Ontario Hydro the position of the other municipalities, and whether they should be parties. Counsel replied that that thought had never entered his mind. The court pursued the matter by inquiring what would happen if Nepean were successful. Counsel replied that he hated to think of it, "I can assure you that a very complex set of problems arise". Counsel concluded "I don't know that it will be helpful to explore them with Your Lordship at this stage". The complex problems were not explored at that stage or at any other stage of the trial.

In the case of *Baylis v. Bishop of London*, [1913] 1 Ch. 127, the Bishop resisted a claim for monies paid to him by mistake on the ground that he had applied the money in a proper manner and that it was inequitable that he should be made to repay when he could not himself recover from those to whom he had paid it. The Court of Appeal rejected this contention and held that the Bishop must repay the money. See also *In re Diplock. Diplock v. Wintle (And Associated Actions)*, [1948] Ch. 465 (C.A.), *aff'd*. [1951] A.C. 251.

nombreux) qui ont déjà payé en trop, comme Nepean, devraient payer leur quote-part (avec ceux qui ont tiré profit) afin de donner suite à un jugement en faveur de Nepean. Cela imposerait vraiment une double peine à certaines municipalités et à certains services d'électricité.

Je m'explique mal les motifs du juge dans le passage qui précède. Le juge affirme qu'il s'agit d'un cas peu commun. On peut dire cela dans la plupart des cas. Il dit ensuite qu'on a irrégulièrement réclamé des frais à Nepean. Cela revient tout simplement à dire que les frais qu'Ontario Hydro a perçus de Nepean sont illégaux et illégitimes. Le juge affirme ensuite que nonobstant l'irrégularité des frais exigés, il est légitime d'examiner la source de financement qui permettrait de donner suite à un jugement qui forcerait Ontario Hydro à rembourser Nepean. Ontario Hydro n'a pas soutenu qu'elle n'avait pas les fonds suffisants pour se conformer à un jugement qui serait en faveur de Nepean ou qu'elle ne pourrait pas s'y conformer. La capacité de payer d'Ontario Hydro n'a fait l'objet d'aucune discussion au cours du procès. Il faut se rappeler que le juge de première instance a soulevé, avec l'avocat d'Ontario Hydro, la question de la position des autres municipalités et celle de savoir si elles devraient être impliquées. L'avocat a répondu que cette idée ne lui était jamais venue à l'esprit. La cour a poursuivi en demandant ce qui se produirait si Nepean avait gain de cause. L'avocat a répondu qu'il préférerait ne pas y penser, «je puis vous assurer que cela soulèverait une série de problèmes très complexes». Il a conclu en disant «je ne crois pas qu'il soit utile de les examiner avec Votre Seigneurie à ce stade-ci». Ces problèmes complexes n'ont pas été examinés à ce stade ni à aucun autre stade du procès.

Dans l'arrêt *Baylis v. Bishop of London*, [1913] 1 Ch. 127, l'évêque contestait la demande de remboursement de sommes qui lui avaient été payées par erreur, pour le motif qu'il en avait disposé régulièrement et qu'il serait injuste qu'il soit tenu de les rembourser alors qu'il ne pouvait lui-même les recouvrer de ceux à qui il les avait versées. La Cour d'appel a rejeté cet argument et a conclu que l'évêque devait rembourser les sommes. Voir également *In re Diplock. Diplock v. Wintle (And Associated Actions)*, [1948] Ch. 465 (C.A.), confirmé à [1951] A.C. 251.

In my view the trial judge in denying Nepean's claim was wrong in law in considering the possible source of funds to satisfy any judgment Nepean might obtain. We have not been referred to any case, and I know of none, where the court has applied what amounts to a "means" test and a plaintiff, without fault, has been denied recovery because of doubt as to the "source of funds" to satisfy the judgment.

Even if this were a proper consideration in law it is apparent from the transcript that the "very complex set of problems" to which Mr. Wilson referred was neither identified, quantified nor subjected to examination and cross-examination. Without evidence on this point, and argument from all concerned including those who were beneficiaries of the return of equity/cost of return concept and from those who suffered thereby it is impossible to know in what manner and from what source Ontario Hydro might properly pay any judgment recovered against it by Nepean. Such speculation is both unwise and unnecessary in the present litigation.

Counsel for Nepean submits that the courts below mistakenly concluded that the primary method of redress available to Ontario Hydro as against the "net recipients" under the new power costing system would be by way of an action to recover money paid under a mistake in law. He says that remedy would not be available or appropriate to Ontario Hydro because Ontario Hydro did not make a payment to the "net recipients"; the "net recipients", by reason of mistaken calculation of the cost of power, were the undercharged and Ontario Hydro has the authority under the Act to correct errors in its power bills and thereby adjust their cost of power to the correct amount and collect same (*The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, c. 354, ss. 58 and 76). He submits that by appropriate adjustment to power costs to correct and collect undercharges, Ontario Hydro can raise the money required to reimburse Nepean and other customers with similar claims. In the

A mon avis, le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsque, pour rejeter la réclamation de Nepean, il a examiné la source de financement possible qui permettrait de donner suite à un jugement rendu en faveur de Nepean. On ne nous a soumis aucun arrêt, et je n'en connais aucun, où la cour a appliqué ce qui correspond à un critère de «moyens» et où l'on a refusé à un demandeur non fautif, de recouvrer une somme en raison d'un doute quant à la «source de financement» nécessaire pour donner suite au jugement.

Même s'il s'agissait là d'un facteur pertinent sur le plan juridique, il ressort de la transcription que la «série de problèmes très complexes» dont a fait mention M^c Wilson n'a été ni identifiée ni quantifiée et n'a fait l'objet d'aucun interrogatoire et contre-interrogatoire. En l'absence de preuve à ce sujet et faute d'argumentation de la part de toutes les parties concernées, y compris celles qui ont tiré profit du programme de rendement des capitaux propres et de frais de rendement et celles qui en ont fait les frais, il est impossible de savoir comment et à partir de quelle source Ontario Hydro pourrait adéquatement assumer le coût d'un jugement prononcé contre elle en faveur de Nepean. De telles hypothèses sont à la fois mal avisées et inutiles en l'espèce.

L'avocat de Nepean soutient que les cours d'instance inférieure ont conclu à tort que le principal recours qui s'offre à Ontario Hydro contre les «bénéficiaires nets» du nouveau programme d'établissement des coûts de l'électricité serait une action en recouvrement d'une somme payée en raison d'une erreur de droit. Il affirme que ce recours serait inaccessible ou inutile à Ontario Hydro puisque Ontario Hydro n'a fait aucun paiement aux «bénéficiaires nets»; les «bénéficiaires nets», en raison d'une erreur de calcul du coût de l'électricité, sont ceux à qui on a réclamé un coût moindre et, en vertu de la Loi, Ontario Hydro a le pouvoir de rectifier ses erreurs de facturation et ainsi de rajuster de manière appropriée leur coût d'électricité et de le percevoir (*The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, chap. 354, art. 58 et 76). Il soutient qu'en rajustant de manière appropriée les coûts d'électricité pour rectifier les sommes réclamées en moins et les percevoir, Ontario

alternative, payment by Ontario Hydro in the discharge of such obligations is an expenditure "necessary . . . in carrying on . . . the operations of (Hydro) . . ." within s. 7(3)(b) or a "cost of operation" for the purposes of s. 76(a) of the Act. As such, they are properly includable in the cost of power to be charged to municipalities and utilities which, and to the extent that they received a benefit under the illegal power costing scheme (*The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, c. 354, ss. 7(3)(a) and 76). Accordingly, counsel for Nepean submits, the *status quo ante* can be achieved, perhaps not without administrative difficulty, throughout the entire Hydro system. Counsel may be correct in these submissions or he may not be correct. We do not have to decide. The point is that the courts below without pleadings, without evidence, without argument and in the absence of other utilities directly affected speculated on the consequences of a judgment in favour of Nepean against Ontario Hydro.

VIII

The third reason given by the trial judge in concluding that the "ties of natural justice and equity are against Nepean" (at p. 162) is this:

Thirdly, in balancing the equities between the parties I find that Ontario Hydro was acting *bona fide*, although under mistake of law. While all of the elements of acquiescence and estoppel are not present so as to give rise to a defence on either of those grounds, Nepean was aware from the outset that Ontario Hydro was passing on the benefits of the "return on equity"/"cost of return" system to other municipalities or their utilities annually. Nepean had ample opportunity to investigate its legal rights and take legal advice in the first year or two of the system—rather than waiting eight years.

Hydro peut rassembler l'argent nécessaire pour rembourser Nepean et les autres abonnés ayant des réclamations semblables. En l'occurrence, le paiement fait par Ontario Hydro pour acquitter de telles obligations constitue une dépense «nécessaire . . . pour poursuivre . . . l'exploitation de (Ontario Hydro) . . . » au sens de l'al. 7(3)b), ou des «frais d'exploitation» aux fins de l'al. 76a) de la Loi. A ce titre, ils peuvent être inclus dans le coût de l'électricité qui peut être imposé aux municipalités et services d'électricité qui ont tiré profit du programme illégal d'établissement du coût de l'électricité, dans la mesure où ils en ont effectivement tiré profit (*The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, chap. 354, al. 7(3)a) et art. 76). L'avocat de Nepean fait donc valoir qu'il est possible de rétablir, peut-être non sans difficulté administrative, le *statu quo ante* dans tout le réseau d'Ontario Hydro. Cet argument de l'avocat peut être exact ou inexact. Il ne nous appartient pas d'en décider. Il n'en reste pas moins que sans plaidoiries, sans preuve, sans argumentation et en l'absence d'autres services d'électricité directement touchés, les cours d'instance inférieure ont spéculé sur les conséquences d'un jugement qui serait rendu en faveur de Nepean contre Ontario Hydro.

VIII

La troisième raison que donne le juge de première instance pour conclure que [TRADUCTION] «les règles de la justice naturelle et de l'équité défavorisent Nepean» (à la p. 162) est la suivante:

[TRADUCTION] Troisièmement, en soupesant les droits des parties, je conclus qu'Ontario Hydro a agi *de bonne foi*, même si c'est en raison d'une erreur de droit. Même si on ne retrouve pas tous les éléments de l'acquiescement et de la fin de non-recevoir qui justifieraient un moyen de défense fondé sur l'un ou l'autre de ces motifs, Nepean savait dès le début qu'Ontario Hydro crédait annuellement à d'autres municipalités ou à leurs services d'électricité les profits du programme de «rendement des capitaux propres» et de «frais de rendement». Nepean a eu amplement la possibilité de s'enquérir de ses droits et demander l'avis de conseillers juridiques au cours de la première ou deuxième année du programme, il ne lui était pas nécessaire d'attendre huit ans.

Counsel for Nepean conceded that Nepean's claim is barred by *The Statute of Limitations* except with respect to the six years preceding the date of the issue of the writ on the 13th day of December, 1974. The judge held that the defence of laches is only allowed where there is no statutory bar: *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 16, para. 1476, p. 998, referring to *Re Pauling's Settlement Trusts. Younghusband v. Coutts & Co.*, [1961] 3 All E.R. 713, aff'd. [1964] 1 Ch. 303 (C.A.), at p. 353, where Wilberforce J. stated at p. 735:

There being an express statutory provision, providing a period of limitation for the plaintiffs' claims, there is no room for the equitable doctrine of laches.

Mr. Justice Craig stated at p. 151: "It is, therefore, my view that the action for repayment is not barred by the doctrine of laches. On the question of acquiescence, no authority was cited to me by counsel for Ontario Hydro".

Having rejected the defences of laches, acquiescence and estoppel the judge finds Nepean at fault in failing to act and to investigate its legal rights and take legal advice in the first year or two of the system. Why? It is obvious that Nepean had opportunity to take legal advice at an early date but why should it have done so when on the judge's earlier findings the parties were not '*in pari delicto*'; Ontario Hydro was responsible for the proper application and interpretation of its Act; Ontario Hydro had primary responsibility of knowing what charges could be imposed upon municipalities and their utilities, and Ontario Hydro had misled Nepean into thinking that the charges were properly authorized. The judge found that Nepean did not support the proposed charges and had objected consistently thereto. Why then, and when, did an obligation fall upon Nepean to incur legal expenses in making an independent investigation as to the statutory powers of Ontario Hydro? What we are talking about is not some general rule of law which could be presumed to be a matter of common knowledge but rather a highly technical deduction from facts and law, both

L'avocat de Nepean a admis que la réclamation de Nepean est prescrite par *The Statute of Limitations* sauf en ce qui concerne les six années précédant le 13 décembre 1974, date de délivrance du bref. Le juge a conclu que la défense de retard indu n'est admise que lorsqu'aucun empêchement n'est prévu par la loi: *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 16, par. 1476, p. 998, qui cite *Re Pauling's Settlement Trusts. Younghusband v. Coutts & Co.*, [1961] 3 All E.R. 713, confirmé à [1964] 1 Ch. 303 (C.A.), à la p. 353, où le juge Wilberforce affirme, à la p. 735:

[TRADUCTION] Puisqu'il y a une disposition législative expresse qui prévoit un délai de prescription applicable aux réclamations des demandeurs, il n'y a pas lieu d'appliquer la doctrine d'*equity* du retard indu.

Le juge Craig a affirmé ce qui suit, à la p. 151: [TRADUCTION] «Je suis par conséquent d'avis que l'action en remboursement n'est pas exclue par la doctrine du retard indu. Quant à la question de l'acquiescement, l'avocat d'Ontario Hydro ne m'a cité aucune jurisprudence portant sur le sujet».

Après avoir rejeté les défenses de retard indu, d'acquiescement et d'irrecevabilité, le juge conclut que Nepean a commis une faute en omettant d'agir et de s'enquérir de ses droits et de demander l'avis de conseillers juridiques au cours de la première ou deuxième année du programme. Pourquoi? Il est évident que Nepean avait la possibilité de consulter un avocat plus tôt, mais pourquoi l'aurait-elle fait puisque le juge a déjà conclu que les parties n'étaient pas parties à un acte illégal; il appartenait à Ontario Hydro d'appliquer et d'interpréter correctement la Loi; il incombait fondamentalement à Ontario Hydro de savoir quels frais pouvaient être imposés aux municipalités et à leurs services d'électricité et Ontario Hydro a induit Nepean en erreur en l'amenant à croire que ces frais étaient valablement autorisés. Le juge a conclu que Nepean n'a pas donné son appui aux frais proposés et s'y est toujours objectée. Alors pourquoi et quand Nepean s'est-elle vue dans l'obligation de payer des frais de conseillers pour mener une enquête indépendante quant aux pouvoirs que la loi accorde à Ontario Hydro? On ne parle pas ici d'une règle de droit générale qui

involving fields of special learning.

Nepean's claim should not be defeated on the ground that Nepean made a voluntary payment. As the authors of Goff and Jones, *The Law of Restitution*, state at p. 31:

The principle of voluntary payment has no application where there is something in the recipient's conduct "which shows that he is the one primarily responsible for the mistake"

There is no doubt a head of public policy which recognizes the need to preserve the validity of compromises freely entered into under advice but we are not here concerned with the compromise of a doubtful right or with a family arrangement releasing rights under a will.

I would allow the appeal, set aside the judgments of the courts below and direct payment by Ontario Hydro to The Hydro Electric Commission of the Township of Nepean of the sum of \$921,463 with costs throughout. I would deny the motion of Ontario Hydro to vary the decision of the Court of Appeal for Ontario assuming that, lacking leave to appeal, Ontario Hydro was entitled to address the Court on the point. I would hold that Ontario Hydro's charges and credits on account of "cost of return" and "return of equity" are not authorized under *The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, c. 354, and the Act does not entitle Ontario Hydro to receive and disburse such charges and credits.

The judgment of Martland, Estey and Lamer JJ. was delivered by

ESTEY J.—The Ontario Court of Appeal found that neither the appellant, The Hydro Electric Commission of The Township of Nepean, nor the respondent, Ontario Hydro, could recover, either retrospectively or prospectively, moneys paid or owing on account because both obligations arose by reason of a mutual mistake of law. From this disposition the appellant comes to this Court principally on the submission that, be it mistake of law or mistake of fact, the appellant should succeed because the parties to the mistake were not *in pari*

pourrait être présumée de notoriété publique mais plutôt d'une déduction hautement technique, découlant des faits et du droit qui touchent des domaines spécialisés.

La réclamation de Nepean ne devrait pas être rejetée pour le motif que Nepean a fait un paiement volontaire. Comme l'affirment Goff et Jones, les auteurs de *The Law of Restitution*, à la p. 31:

[TRADUCTION] Le principe du paiement volontaire ne s'applique pas lorsqu'il y a quelque chose dans la conduite de la personne qui a reçu le paiement, «qui démontre qu'elle est la première responsable de l'erreur» . . .

Il est certainement d'intérêt public de reconnaître la nécessité de préserver la validité des transactions réfléchies et librement conclues, mais il ne s'agit pas en l'espèce d'une transaction douteuse ni d'une convention familiale visant le renoncement à des droits que confère un testament.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmes les jugements des cours d'instance inférieure et d'ordonner à Ontario Hydro de payer à The Hydro Electric Commission of the Township of Nepean la somme de \$921,463 et les dépens dans toutes les cours. Je suis d'avis de rejeter la requête d'Ontario Hydro visant à réviser la décision de la Cour d'appel de l'Ontario, en presumant qu'à défaut d'une autorisation d'appel, Ontario Hydro avait le droit de saisir la Cour de cette question. Je conclus que les débits et crédits d'Ontario Hydro au titre des «frais de rendement» et du «rendement des capitaux propres» ne sont pas autorisés par *The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, chap. 354, et que la Loi n'autorise pas Ontario Hydro à percevoir ces frais et à accorder ces crédits.

Version française du jugement des juges Martland, Estey et Lamer rendu par

LE JUGE ESTEY—La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que ni l'appelante, The Hydro Electric Commission of The Township of Nepean (ci-après la Commission), ni l'intimée, Ontario Hydro, ne pouvaient recouvrer, que ce soit de façon rétroactive ou prospective, des sommes payées ou dues en règlement partiel parce que les deux obligations sont issues d'une erreur de droit commune. L'appelante se pourvoit devant cette Cour en alléguant principalement que, peu importe qu'il s'agisse d'une erreur de droit ou de fait, elle doit avoir gain

delicto and therefore a court should not apply any further tests in the sense of equity as between the parties. The respondent, by notice to vary, seeks in effect to cross-appeal from the dismissal of the respondent's claim against the appellant for unpaid charges under the scheme for the years 1974 to 1978 inclusive. The hearing in this Court proceeded on the assumption (without deciding) that the respondent had the right to advance the cross-appeal.

Both courts below have found that there is no provision under *The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, c. 354, ("the Act"), for the scheme adopted by the respondent in 1966 for the inclusion in its billing for electricity delivered to the local hydro agencies of a charge or a credit calculated with reference to the total outstanding debt of the respondent and shared as between the distribution agencies on the basis of the electrical load delivered to each of them by the respondent in the year in question. This scheme was a successor plan to one adopted and carried on for years prior to 1966 which has no relevance here other than with regard to the calculation of the charges and credits arising under the scheme. Both schemes were apparently devised to give credit to a municipality for its past contributions towards the assets of the system built up over the years by the respondent. The appellant for some years was opposed to the scheme because it was said to favour older local public utilities and to discriminate against the newer utilities. The complex details surrounding the computation by the respondent of a charge entitled "Cost of Return" based on total outstanding indebtedness of the respondent, and a credit "Return on Equity" based on prior debt retirement payments need not be reviewed here as a detailed understanding of the plan is not necessary to a resolution of this dispute. In total the "Cost of Return" charged to all utility customers of the respondent equalled the "Return on Equity" credits granted under the scheme to the public utility customers by the respondent. The calculation of these charges and credits was made under the scheme after all the usual accounting procedures had been taken in order to determine

de cause parce que les parties à l'erreur ne sont pas parties à un acte illégal et que, par conséquent, une cour ne devrait appliquer aucun autre critère pour rétablir l'équité entre les parties. L'intimée, par avis de modification, cherche en fait à former un pourvoi incident à l'encontre du rejet de sa réclamation dirigée contre l'appelante, relativement à des frais impayés au titre du programme applicable aux années 1974 à 1978 inclusivement. Cette Cour a tenu son audience en présumant, sans toutefois décider, que l'intimée avait le droit de former le pourvoi incident.

Les deux cours d'instance inférieure ont conclu qu'aucune disposition de *The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, chap. 354, («la Loi») ne pouvait servir de fondement au programme adopté par l'intimée en 1966 en vue d'inclure dans sa facturation de l'électricité livrée aux commissions hydro-électriques locales un débit ou un crédit calculés en fonction du montant total de la dette impayée de l'intimée et partagés entre les distributeurs selon la quantité d'électricité livrée à chacun d'eux par l'intimée pendant l'année en question. Ce programme a remplacé celui qui fut en vigueur pendant plusieurs années avant 1966 mais qui n'est d'aucun intérêt en l'espèce si ce n'est pour le calcul des débits et crédits qui résultent du programme. Ces deux programmes visaient apparemment à attribuer un crédit aux municipalités qui avaient contribué à l'actif du réseau mis sur pied par l'intimée au cours des années. Pendant quelques années, l'appelante s'est opposée au programme parce qu'il favorisait, disait-elle, les services d'électricité locaux plus anciens au détriment des plus récents. Il n'est pas nécessaire ici d'examiner les détails complexes de la méthode utilisée par l'intimée pour calculer un débit appelé [TRADUCTION] «frais de rendement», fondé sur la dette totale de l'intimée, et un crédit appelé [TRADUCTION] «rendement des capitaux propres», fondé sur des remboursements de dettes antérieurs, car il n'est pas indispensable de comprendre à fond le programme pour trancher ce différend. Au total, les «frais de rendement» imposés à tous les abonnés du service d'électricité de l'intimée correspondaient aux crédits de «rendement des capitaux propres» que l'intimée accordait en vertu du programme aux abonnés du service public. Ces débits et crédits étaient

the cost of electricity (as defined in the Act) delivered to the customer. Both the courts below found no authority in the Act for the scheme. As will be seen, I have reached the same conclusion. Hence a more detailed review of the history and workings of the scheme will serve no purpose here. There is no dispute between the parties as to the amounts of money claimed in the appeal and the cross-appeal. Finally, as regards quantum claimed by the parties in their respective claim and cross-claim, there is reference only to the years 1968 to 1974, the earlier years being barred by the limitations period contained in *The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246. It should perhaps be noted (although it has no bearing on these proceedings) that the 1966 scheme was again revised after the period in question in this litigation and has now been phased out.

In its cross-appeal the respondent makes claim to the sum of \$359,512 being the net difference between credits and charges made by the respondent against the appellant in the years from 1974 to May 23, 1978 inclusive, which sum includes nine percent interest from the date of the various billings making up the account to the date of trial. In order to dispose of the counter-claim it is necessary to examine, although only briefly, the statutory provisions upon which the respondent relies in making this claim. Those provisions are found in ss. 58, 76 and 7(3)(a) of the Act. Section 58 provides as follows:

58. The purposes and business of the Corporation include the generation, transmission, distribution, supply, sale and use of power and, except with respect to the exercise of powers requiring the prior authority of the Lieutenant Governor in Council under this Act, the Corporation has power and authority to do all such things as in its opinion are necessary, usual or incidental to the furtherance of such purposes and to the carrying on of its business.

It is the respondent's submission with reference to this section that the establishment of a scheme for the recognition of accrued "equity" in the respondent's system related to debt retirement by its cus-

calculés conformément au programme après avoir comptabilisé de la manière habituelle le coût de l'électricité (tel que le définit la Loi) livrée à l'abonné. Les deux cours d'instance inférieure ont conclu que la Loi ne permettait pas la mise sur pied de ce programme. Comme nous le verrons, j'en suis arrivé à la même conclusion. Il s'ensuit qu'il ne sera aucunement nécessaire, en l'espèce, d'examiner plus en détail l'historique et le fonctionnement du programme. Les parties ne contestent pas les montants réclamés dans le pourvoi principal et le pourvoi incident. Enfin, pour ce qui est du montant que les parties réclament respectivement dans la demande principale et la demande incidente, il n'est question que des années 1968 à 1974, les années antérieures faisant l'objet de la prescription prévue par *The Limitations Act*, R.S.O. 1970, chap. 246. Il faudrait peut-être souligner (bien que cela n'ait aucune incidence en l'espèce) que le programme de 1966 a de nouveau été révisé après la période en cause dans le présent litige et qu'il a été éliminé progressivement depuis.

Dans son pourvoi incident, l'intimée réclame la somme de \$359,512, soit la différence nette entre les crédits et les débits qu'elle a appliqués à l'appelante de 1974 jusqu'au 23 mai 1978 inclusivement; cette somme comprend un intérêt de neuf pour cent compté depuis la date des différentes facturations qui forment le compte jusqu'à la date du procès en première instance. Pour trancher la demande reconventionnelle, il est nécessaire d'examiner, quoique brièvement, les dispositions législatives sur lesquelles l'intimée fonde sa réclamation. Il s'agit des art. 58 et 76 et de l'al. 7(3)a) de la Loi. L'article 58 se lit comme suit:

[TRADUCTION] **58.** Les objectifs et l'entreprise de la Société comprennent la production, la transmission, la distribution, la fourniture, la vente et l'utilisation d'électricité et, sauf en ce qui concerne l'exercice d'un pouvoir requérant l'autorisation préalable du lieutenant-gouverneur en conseil en vertu de la présente loi, la Société peut faire tout ce qu'elle juge nécessaire, habituel ou accessoire à la poursuite de ces objectifs et à l'exploitation de son entreprise.

Relativement à cet article, l'intimée prétend que l'établissement d'un programme destiné à reconnaître une «participation» courue dans son actif, liée au remboursement de la dette par ses abonnés,

tomers falls within the corporation's power and authority "to do all such things as in its opinion are necessary, usual or incidental . . . to the carrying on of its business". It must be borne in mind when appreciating the operation of this scheme that the respondent has already, in its accounting and in its billing of its customers, made provision for the recovery in its charges for electricity sold of all those expenditures incurred in the generation and distribution of electricity. The trial judge found s. 58 inapplicable because:

. . . this section is in the nature of a basket clause; and in my opinion charging for a "return in equity" resulting in off-setting debits and credits does not involve "the generation, transmission, distribution, supply, sale and use of power . . .". In my view s. 58 is not intended to apply to billings to municipalities and utilities which are specifically dealt with by s. 76.

The Court of Appeal concluded that the trial judge had correctly interpreted all the sections of the Act advanced by the respondent in support of its scheme. I, with respect, also agree with the comments of the learned trial judge.

I turn now to s. 76 which provides as follows:

76. Notwithstanding anything in any general or special Act passed before the 3rd day of April, 1928, or in any contract entered into before the 3rd day of April, 1928, and, except where under the terms of any such contract power is to be supplied to a municipal corporation at a fixed price, the price payable for power by any municipal corporation is the cost to the Corporation, as determined by it, of supplying and delivering power to the municipal corporation, including the municipal corporation's proportion, as adjusted by the Corporation, of,

- (a) the cost of operation, maintenance, depreciation and insurance of the works and the cost of administration of the Corporation;
- (b) interest and expenses of debt service and interest credited on the balances remaining from time to time to the credit of reserve accounts established under this Act;
- (c) an annual sum sufficient to form in forty years, with interest at 4 per cent per year, a sinking fund for the repayment of the advances made by the Province of Ontario under this Act for the

relève de son pouvoir de «faire tout ce qu'elle juge nécessaire, habituel ou accessoire . . . à l'exploitation de son entreprise». En appréciant le fonctionnement de ce programme, il faut se rappeler que, dans son système de comptabilité et de facturation de ses abonnés, l'intimée a déjà prévu la récupération, à même le prix de vente de l'électricité, de toutes les dépenses engagées dans la production et la distribution d'électricité. Le juge de première instance a conclu à l'inapplicabilité de l'art. 58 parce que:

[TRADUCTION] . . . cet article s'apparente à une clause omnibus et, à mon avis, le paiement exigé pour un «rendement des capitaux propres», qui résulte en débits et crédits compensatoires n'a rien à voir avec «la production, la transmission, la distribution, la fourniture, la vente et l'utilisation d'électricité . . .». A mon avis, l'art. 58 n'est pas destiné à s'appliquer à la facturation des municipalités et services dont traite spécifiquement l'art. 76.

La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait bien interprété tous les articles de la Loi invoqués par l'intimée à l'appui de son programme. Avec égards, je souscris également aux observations du savant juge de première instance.

Passons maintenant à l'art. 76 qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] **76.** Nonobstant toute loi générale ou spéciale adoptée avant le 3 avril 1928, ou tout contrat passé avant le 3 avril 1928, et sauf si en vertu d'un tel contrat, l'électricité doit être fournie à prix fixe à une municipalité, le prix qu'une municipalité doit payer pour l'électricité correspond à ce qu'il en coûte à la Société, suivant ses calculs, pour fournir et livrer l'électricité à la municipalité, y compris la part, établie par la Société, que doit assumer la municipalité en ce qui concerne

- a) les frais d'exploitation, d'entretien, d'amortissement et d'assurance des ouvrages, et les frais d'administration de la Société;
- b) l'intérêt et les dépenses du service de la dette, et l'intérêt porté au crédit des soldes créditeurs qui, à l'occasion, apparaissent aux comptes de réserve établis en vertu de la présente loi;
- c) une somme annuelle suffisante pour constituer en quarante ans, à un taux d'intérêt annuel de quatre pour cent, un fonds d'amortissement permettant de rembourser à la province de l'Ontario

cost of the works, for the repayment of any other indebtedness incurred or assumed by the Corporation in respect of the cost of the works, and for the restoration of any reserve or other funds of the Corporation utilized for the payment of the cost of the works; and

- (d) an amount to be determined by the Corporation for the purposes of sections 14 and 16 and clause c of section 15.

Under the scheme adopted by the respondent in 1966 the local hydro distribution agencies were assessed a charge calculated on the basis of the total outstanding debt of the respondent. Prior to 1966 this charge was made to the local hydro distribution agencies on the basis of the total assets of Hydro. The share of the individual local distribution agency was calculated with reference to the quantity of electricity or load taken from the respondent by the local authority. At the same time, in the 1966 plan the local authority was given a credit for the total debt retirement payments or a deemed "equity" acquired by the local authorities by reason of payments made under the pre-1966 debt retirement program. The difference between the charge and the credit with respect to debt retirement under the 1966 charge is what is here in issue. The following table sets out the arithmetic result as between the appellant and the respondent during the periods from 1966 to the date of the action.

	<u>Return on Equity</u>	<u>Cost of Return</u>
1966	(24,041.00)	105,407.00
1967	(28,357.00)	125,560.00
1968	(36,826.00)	140,988.00
1969	(46,274.00)	153,499.00
1970	(56,334.00)	179,965.00
1971	(68,206.00)	197,848.00
1972	(81,776.00)	214,755.00
1973	(97,034.00)	237,289.00
	438,848.00	1,360,311.00
		438,848.00
		921,463.00

les avances qu'elle a versées conformément à la présente loi pour payer les ouvrages, pour rembourser toute autre dette que la Société a contractée ou assumée pour payer les ouvrages, et pour reconstituer un fonds de réserve ou autre de la Société, qui a servi au paiement des ouvrages; et

- d) une somme qu'établit la Société aux fins des articles 14 et 16 et de l'alinéa 15c.

Selon le programme adopté par l'intimée en 1966, les commissions hydro-électriques locales se sont vues imposer des frais calculés en fonction du montant total de la dette de l'intimée. Avant 1966, ces frais étaient perçus des commissions hydro-électriques locales en fonction de l'actif total d'Ontario Hydro. La part de chaque commission hydro-électrique locale était calculée en fonction de la quantité d'électricité ou de la charge qu'elle recevait de l'intimée. En même temps, aux termes du programme de 1966, la commission locale touchait un crédit correspondant au montant total des remboursements applicables à la dette ou une «participation» que les commissions locales étaient présumées avoir acquise en raison des paiements faits en vertu du programme de remboursement de la dette en vigueur avant 1966. Le point en litige en l'espèce porte sur la différence entre le débit et le crédit en ce qui concerne le remboursement de la dette en vertu des frais de 1966. Le tableau qui suit offre une comparaison entre les chiffres relatifs à l'appellante et ceux relatifs à l'intimée au cours de la période comprise entre 1966 et la date de l'action.

	<u>Rendement des capitaux propres</u>	<u>Frais de rendement</u>
1966	(24,041.00)	105,407.00
1967	(28,357.00)	125,560.00
1968	(36,826.00)	140,988.00
1969	(46,274.00)	153,499.00
1970	(56,334.00)	179,965.00
1971	(68,206.00)	197,848.00
1972	(81,776.00)	214,755.00
1973	(97,034.00)	237,289.00
	438,848.00	1,360,311.00
		438,848.00
		921,463.00

The total difference between the charge and the credit is the net amount of \$921,463 of which the appellant may claim only that portion not statute barred. In any case, the parties are agreed on the amounts in issue.

As will be seen above, s. 76 authorizes the respondent to charge the municipal corporation "the cost . . . of supplying and delivering power". Nowhere in the section is there anything approaching a precise legislative authorization for the 1966 scheme. The trial judge concluded with reference to the proper interpretation of s. 76:

... clearly the "price payable for power" must be a "cost to the Corporation . . . of supplying and delivering power". Therefore, with reference to the amounts charged by Ontario Hydro (represented by "return on equity"/"cost of return"), unless they are a cost of delivering and supplying power they are not authorized by s. 76.

It is unnecessary to prowl through the statutory origins of these provisions, as for example *The Power Commission Amendment Act, 1909*, 1909 (Ont.), c. 19, and the agreements thereby validated because, whether or not the local distribution authority acquired an equity in law or in fact in the assets of Ontario Hydro, nothing in s. 76 can be found to support or authorize the post-1966 scheme for charges and credits between the respondent and the local distribution authority. There is no question but that the title to the assets of the respondent is in law in the respondent free and clear of any and all claims in law or equity by the local distribution authority. Section 39(4) of the Act provides:

39. . . .

(4) The Corporation may, upon such terms as it considers proper, sell, lease or otherwise dispose of any property, real or personal, that it finds unnecessary for its purposes.

Furthermore, we are not concerned with whether or not the post-1966 scheme was instituted in order to do justice between various hydro users with respect to an accumulated credit or an accumulated charge between the parties arising

La différence totale entre les débits et les crédits est la somme nette de \$921,463 dont l'appelante ne peut réclamer que la partie non prescrite. En tout état de cause, les parties s'entendent sur les montants en jeu.

Comme on l'a vu, l'art. 76 autorise l'intimée à exiger de la municipalité «ce qu'il en coûte . . . pour fournir et livrer l'électricité». Il n'y a rien dans cet article qui ressemble à une autorisation législative précise du programme de 1966. Relativement à l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 76, le juge de première instance a conclu:

[TRADUCTION] . . . il est évident que le «prix qu'une municipalité doit payer pour l'électricité» doit être «ce qu'il en coûte à la Société . . . pour fournir et livrer l'électricité». Par conséquent, les montants exigés par Ontario Hydro (représentés par le «rendement des capitaux propres» et les «frais de rendement») ne sont pas autorisés par l'art. 76, à moins qu'il s'agisse de ce qu'il en coûte pour livrer et fournir l'électricité.

Il n'est pas nécessaire de s'attarder aux origines législatives de ces dispositions, comme par exemple *The Power Commission Amendment Act, 1909*, 1909 (Ont.), chap. 19, et les accords que cette loi a ratifiés parce que, peu importe que les commissions hydro-électriques locales aient acquis ou non dans l'actif d'Ontario Hydro une participation de droit ou de fait, rien dans l'art. 76 n'étaie ou n'autorise le programme de débits et de crédits en vigueur depuis 1966 entre l'intimée et les commissions hydro-électriques locales. Il n'y a pas de doute que le titre de propriété de l'intimée sur l'actif qu'elle possède est en droit franc et quitte de toute réclamation que peut faire valoir, en *common law* ou en *equity*, une commission hydro-électrique locale. Le paragraphe 39(4) de la Loi prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] 39. . . .

(4) La Société peut, aux conditions qu'elle juge appropriées, vendre, louer ou autrement aliéner tout bien, meuble ou immeuble, jugé inutile à la réalisation de ses objectifs.

En outre, nous n'avons pas à examiner si le programme en vigueur depuis 1966 a été établi en vue de faire justice aux divers abonnés du réseau relativement à un crédit ou débit couru entre les parties par suite du programme en vigueur avant

out of the pre-1966 plan. The simple question before this Court is whether or not s. 76 and the related sections of the Act can support the charges made by the respondent to the appellant. It is to be noted that s. 76, as in the case of s. 58, includes a discretion in the respondent to determine the cost of supplying and delivering power. As in the case of s. 58, however, this flexibility granted by the statute must be construed in the context of the balance of the section and cannot, in my opinion, be extended to authorize or support the post-1966 scheme of charges or credits with which we are here concerned. With respect, I agree once again with the learned trial judge with respect to the inapplicability of s. 76 as the basis for this 1966 scheme.

I turn therefore to the remaining statutory provision stated to be relevant on this matter, namely s. 7(3)(a) and (b), which provides as follows:

7. ...

(3) Any expenditure heretofore or hereafter incurred by the Corporation,

(a) for works or services in carrying out the directions of the Lieutenant Governor in Council or for which the Corporation has had other proper authority and that has not already been included in the cost of power to municipal corporations under contract with the Corporation but that, in the opinion of the Corporation, has proved or may ultimately prove beneficial to municipal corporations under contract with the Corporation for a supply of power, or to municipal corporations that may from time to time thereafter enter into such contracts;

(b) considered necessary or desirable by the Corporation in the interests of municipal corporations then or that may thereafter be under contract with the Corporation for a supply of power, in carrying on, promoting or extending the operations of the Corporation in connection with the generation, distribution or supply of power or for any work or service considered by the Corporation incidental thereto,

may be included by the Corporation as part of the cost of supplying power to any of such municipalities and shall be apportioned by the Corporation as provided in this section and section 76.

1966. La simple question soumise à cette Cour est de savoir si l'art. 76 et les articles connexes de la Loi peuvent étayer les frais imposés à l'appelante par l'intimée. Il faut remarquer que l'art. 76, tout comme l'art. 58, accorde à l'intimée le pouvoir discrétionnaire d'établir ce qu'il en coûte pour fournir et livrer l'électricité. A l'instar de l'art. 58 toutefois, cette souplesse que confère la Loi doit s'interpréter en fonction du reste de l'article et ne peut, à mon avis, être élargie de façon à autoriser ou à étayer le programme des débits ou crédits en vigueur depuis 1966, qui nous intéresse en l'espèce. Avec égards, je souscris une fois de plus à l'opinion du savant juge de première instance selon laquelle l'art. 76 ne peut servir de fondement au programme de 1966.

J'en viens donc à la dernière disposition législative que l'on dit pertinente en l'espèce, savoir les al. 7(3)a) et b) qui se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 7. ...

(3) Toute dépense jusqu'ici ou désormais engagée par la Société,

a) pour les ouvrages faits ou les services dispensés en exécution des directives du lieutenant-gouverneur en conseil ou pour lesquels la Société a obtenu une autre autorisation valable et qui n'ont pas déjà été inclus dans le coût de l'électricité réclamé aux municipalités liées par contrat avec la Société mais qui, de l'avis de la Société, se sont révélés utiles ou pourront, en fin de compte, se révéler utiles aux municipalités liées avec la Société par un contrat de fourniture d'électricité, ou aux municipalités qui peuvent ultérieurement conclure de tels contrats;

b) jugée nécessaire ou souhaitable par la Société, dans l'intérêt des municipalités qui sont alors liées ou qui peuvent ultérieurement se lier avec la Société par un contrat de fourniture d'électricité, pour poursuivre, promouvoir ou accroître l'exploitation de la Société relativement à la production, à la distribution ou à la fourniture d'électricité ou pour un ouvrage ou un service qui s'y rattache selon la Société,

peut-être incluse par la Société dans ce qui lui en coûte pour fournir de l'électricité aux municipalités et doit être répartie par la Société de la façon prévue au présent article et à l'article 76.

This provision authorizes the inclusion by the respondent in the "cost of supplying power" of "expenditures" made by the respondent for "works or services . . . not already . . . included in the cost of power" in the case of para. (a), and made "in connection with the generation, distribution or supply of power" in connection with para. (b). Obviously, there has been no expenditure made in an amount equal to the charges made against the appellant by the respondent under the 1966 scheme; and certainly none have been made thereto with reference to the construction of works or the provision of services or for the generation or distribution of power. It was argued by the respondent that the concluding words of para. (b), "for any work or service considered by the Commission incidental thereto," would authorize the inclusion of the net charge under the 1966 scheme. Such an extension of the words produces an unnatural result and cannot, in my view, be reasonably interpreted to support the charges here before the Court. The learned trial judge concluded with reference to these sections:

As to section 7(3)(a), for the reasons stated earlier, charging for a "return on equity" is not an "expenditure" related to the cost of power; and in any event it is not one for which Ontario Hydro "has had other proper authority"; under section 7(3)(b) it is not an "expenditure" in connection with the generating, distribution or supply of power . . .; under section 7(4) it does not come within "expenses".

With respect, I agree with his conclusions.

These are the sections of the Act relied upon by the respondent as justifying the 1966 scheme under which the amount under claim by the appellant was charged against the appellant by the respondent. The Court of Appeal came to the same conclusion as the trial judge as to the correct interpretation of the statute and concluded:

It would require much clearer and more definitive words in the statute to give to Hydro the power and authority now claimed.

A word should be said about s. 82 of the Act which qualifies s. 76. It reads:

Cette disposition autorise l'intimée à inclure dans «ce qu'il lui en coûte pour fournir de l'électricité aux municipalités» les «dépenses» engagées pour «des ouvrages . . . ou les services . . . qui n'ont pas déjà été inclus dans le coût de l'électricité» dans le cas de l'al. a) et les dépenses engagées «relativement à la production, à la distribution ou à la fourniture d'électricité» dans le cas de l'al. b). Il est évident que l'intimée n'a faite aucune dépense pour un montant égal aux frais exigés de l'appelante en vertu du programme de 1966 et il est certain qu'aucune n'a été faite pour la construction d'ouvrages ou la prestation de services ou pour la production ou la distribution d'électricité. L'intimée a fait valoir que les derniers mots de l'al. b), «pour un ouvrage ou un service qui s'y rattache selon la Société» permettraient d'inclure le montant net des frais exigés en vertu du programme de 1966. Pareille extension du sens des mots aboutit à un résultat anormal et on ne peut, à mon avis, interpréter raisonnablement ces mots pour justifier les frais dont il est question en l'espèce. Traitant de ces dispositions, le savant juge de première instance a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] Quant à l'al. 7(3)a), pour les motifs déjà énoncés, le montant exigé pour un «rendement des capitaux propres» n'est pas une «dépense» liée au coût de l'électricité et, en tout état de cause, ce n'est pas une dépense pour laquelle Ontario Hydro «a obtenu une autorisation valable»; en vertu de l'al. 7(3)b), ce n'est pas une «dépense» liée «à la production, à la distribution ou à la fourniture d'électricité . . .»; ce n'est pas une «dépense» au sens du par. 7(4).

Avec égards, je souscris à ses conclusions.

Ce sont là les articles de la Loi que l'intimée invoque pour justifier le programme de 1966 en vertu duquel elle a exigé de l'appelante le montant que celle-ci veut maintenant récupérer. La Cour d'appel en est arrivée à la même conclusion que le juge de première instance pour ce qui est de l'interprétation qu'il convient de donner à la loi et elle a conclu:

[TRADUCTION] Il faudrait trouver dans la loi des termes plus clairs et plus explicites pour donner à la Société le pouvoir qu'elle revendique maintenant.

Il convient de mentionner l'art. 82 de la Loi qui limite la portée de l'art. 76. Cet article se lit comme suit:

82.—(1) The Corporation shall annually adjust and apportion the amounts payable by municipal corporations under sections 76 to 81.

(2) The Corporation shall also annually adjust and apportion among the municipal corporations all such expenditures made by the Corporation in exercise of the powers conferred upon the Corporation by this Act as have been incurred for or on behalf of the municipal corporations.

(3) The adjustment and apportionment made by the Corporation is final and binding upon the municipal corporations.

This section is, as in the case of the sections already examined, concerned with “such expenditures” made by the respondent. In contrast with accounting entries or deemed expenses and charges, one should read this as a reference to “actual” expenditures. One must also, in reading these sections in isolation, appreciate that the Act already has made provision for the charging by the respondent of such non-cash items as depreciation. The accounting system thus produces the charges to be made for the “cost of supplying power” by the respondent to its utility customers. It is only after this process has been completed that we come to the “equity” program instituted in the pre-1966 schemes by the respondent, and continued in a different form in the post-1966 scheme.

It was strenuously argued, and indeed found to be so in the courts below, that the respondent did not gain or lose revenue by reason of the operation of this scheme. Each customer utility received charges or credits according to the calculations made under the plan and this resulted in net charges or net credits to such utilities. Since the plan operated without reference to actual outstanding debts or debts amortized, but rather on a basis whereby credits were created in recognition of previous payments made by some utilities, and charges were made to other utilities which offset or matched the credits, the respondent neither gained nor lost revenue as a result. This would leave the respondent in a flat position having experienced neither gain nor loss by reason of the operation of the plan. All this is irrelevant to the determination of the issue. The plan is either

[TRANSLATION] 82.—(1) La Société rajuste et répartit annuellement les montants que doivent payer les municipalités en vertu des articles 76 à 81.

(2) La Société rajuste et répartit aussi annuellement entre les municipalités toutes les dépenses engagées, dans l'exercice des pouvoirs que lui accorde la présente loi, aux fins ou au nom des municipalités.

(3) Le rajustement et la répartition que fait la Société sont définitifs et lient les municipalités.

A l'instar des articles déjà examinés, cet article vise «les dépenses» de l'intimée. Il faut voir dans cet article une mention à des dépenses «réelles», par rapport aux écritures comptables ou aux dépenses et frais présumés. En lisant ces articles séparément, il faut en outre se rendre compte que la Loi a déjà prévu l'imputation par l'intimée de postes hors caisse comme l'amortissement. Ainsi, le système comptable fait que l'intimée impose aux abonnés du service de l'électricité des frais pour «ce qu'il en coûte pour fournir l'électricité». Ce n'est qu'une fois ce processus achevé que nous en venons au plan de «participation» mis sur pied par l'intimée dans les programmes antérieurs à 1966 et maintenu sous une forme différente dans le programme en vigueur depuis 1966.

On a soutenu avec vigueur, ce qui a effectivement été constaté dans les cours d'instance inférieure, que l'intimée n'a ni tiré ni perdu aucun revenu par suite de l'application de ce programme. Chaque service d'électricité s'est vu inscrire des débits ou des crédits suivant les calculs faits en vertu du programme et il en est résulté pour chaque service des débits ou crédits nets. Puisque le programme a été appliqué indépendamment des dettes réelles en souffrance ou amorties, mais plutôt en fonction du principe suivant lequel des crédits étaient établis en considération des paiements antérieurs que certains services avaient faits, et des frais étaient imposés à d'autres services pour contrebalancer ou compenser les crédits, l'intimée n'a finalement ni tiré ni perdu aucun revenu. Ainsi la situation de l'intimée n'a pas changé puisqu'elle n'a réalisé aucun gain ni subi

authorized by statute or it is not.

For the respondent to succeed it is necessary to find a place in the Act in which to fit this scheme. This could only be found in the charge authorized by the statute to be made for power by the respondent to its customers, and in my view, no such place can be found for the scheme which produced the charges here in issue.

The conclusion that the scheme is not authorized must, of course, apply to all amounts put in issue both in the claim and in the counterclaim. The moneys paid by the appellant for which recovery is here sought were in payment of charges which the Act did not authorize. In the result, the courts below concluded, and I respectfully agree, that these moneys were paid by the appellant to the respondent under a mutual mistake of law. In the case of the claim by the appellant, therefore, we must proceed to the issue of the recoverability of the moneys paid by the appellant and received by the respondent under the 1966 scheme.

The law of mistake, with particular reference to the recovery of moneys paid under mistake law, was for many years regarded as settled. A concise record of the state of this branch of the law is found in *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9th ed. 1976), p. 641:

To entitle the plaintiff to recover, the mistake upon which he has acted must be one of fact, not of law. The distinction was drawn by Lord ELLENBOROUGH in *Bilbie v. Lumley* in 1802 [(1802), 2 East 469], and affirmed in *Brisbane v. Dacres* in 1813 [(1813), 5 Taunt. 143]. The Judicial Committee of the Privy Council, however, held in 1960 that a plaintiff may recover money paid on a mistake of law provided that he is not *in pari delicto* with the defendant. They relied especially on the observations of Lord MANSFIELD in a number of cases between 1760 and 1780. But it is difficult to believe that these observations survived the decisions in *Bilbie v. Lumley* and *Brisbane v. Dacres*. In 1943, indeed, CROOM-JOHNSON, J., thought the proposition

aucune perte par suite de l'application du programme. Tout cela n'est d'aucune utilité pour régler le litige. Ou la loi permet le programme, ou elle ne le permet pas.

Pour que l'intimée ait gain de cause, il est nécessaire de trouver dans la Loi une disposition qui autorise ce programme. Seules les dispositions qui autorisent l'intimée à imposer à ses abonnés des frais d'électricité pourraient permettre ce programme, et à mon avis, aucune de ces dispositions n'autorise le programme à l'origine des frais dont il est question en l'espèce.

La conclusion que le programme n'est pas autorisé doit, certes, s'appliquer à tous les montants en question, tant dans la demande principale que dans la demande reconventionnelle. Les sommes que l'appelante a versées et qu'elle cherche à recouvrer en l'espèce représentent des paiements de frais non autorisés par la Loi. En définitive, les cours d'instance inférieure ont conclu, et je souscris respectueusement à leur conclusion, que l'appelante a payé ces sommes à l'intimée par suite d'une erreur de droit commune. Par conséquent, dans le cas de la réclamation de l'appelante, il faut examiner la question de savoir si l'appelante peut recouvrer les sommes qu'elle a payées à l'intimée en vertu du programme de 1966.

Pendant plusieurs années, on a considéré comme établi le droit applicable à l'erreur, en ce qui concerne en particulier le recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de droit. On trouve une brève mention de l'état de cet aspect du droit dans l'ouvrage de *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9^e éd. 1976), à la p. 641:

[TRADUCTION] Pour que le demandeur ait droit au recouvrement, il doit avoir agi en raison d'une erreur de fait, non d'une erreur de droit. Cette distinction a été faite par lord ELLENBOROUGH dans l'arrêt *Bilbie v. Lumley* en 1802 [(1802), 2 East 469], et confirmée dans l'arrêt *Brisbane v. Dacres* en 1813 [(1813), 5 Taunt. 143]. En 1960 toutefois, le Comité judiciaire du Conseil privé a décidé qu'un demandeur peut recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de droit pourvu qu'il ne soit pas partie à un acte illégal avec le défendeur. Le Comité a invoqué en particulier les observations de Lord MANSFIELD dans plusieurs décisions rendues entre 1760 et 1780. Mais on peut difficilement croire que ces observations ont survécu aux décisions

that "a voluntary payment under a mistake of law cannot be recovered" to be "beyond argument at this period in our legal history." English juristic opinion is categorical. Perhaps the most impressive statement is that of Winfield in his edition of *Pollock on Contracts*: "money paid under a mistake of law cannot in any case be recovered."

In contrast with this principle is the law relating to the recovery of moneys paid under mistake of fact. Baron Parke in *Kelly v. Solari* (1841), 9 M.&W. 54, at p. 58 stated the rule:

... where money is paid to another under the influence of a mistake, that is, upon the supposition that a specific fact is true, which would entitle the other to the money, but which fact is untrue, and the money would not have been paid if it had been known to the payer that the fact was untrue, an action will lie to recover it back, ...

The application of these principles in the courts went along for 150 years without significant variation until a judgment of the Judicial Committee of the Privy Council in *Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192. By a Uganda statute it was made an offence "[to ask] for ... or receive ... money other than rent ...". The lessor demanded and the lessee paid a premium at the time of execution of a seven-year lease. The Judicial Committee found that neither party thought they were doing anything illegal and that the payment was made and received under a mutual mistake of law arising out of a failure of their respective lawyers to appreciate the true meaning of the statute in question. The offence thereby committed by the lessor was punishable by a fine or imprisonment. The statute did not make it an offence for the lessee to pay the premium. Lord Denning limited the general rule of mistake of law to instances where a party to an "illegal contract" sought the aid of a court in its enforcement. No remedy was of course available in such a circumstance. Where, however, the recovery of money already paid over was in issue the Judicial Committee considered two rules would operate. Where the contract was still executory, moneys paid thereunder were recoverable; but when fully exe-

rendues dans les arrêts *Bilbie v. Lumley* et *Brisbane v. Dacres*. En effet, en 1943, le juge CROOM-JOHNSON a estimé que la thèse selon laquelle «on ne peut recouvrer un paiement volontaire dû à une erreur de droit» était «indéniable à ce moment de l'histoire de notre droit». L'opinion des juristes anglais est catégorique. La déclaration la plus imposante est sans doute celle de Winfield dans son édition de *Pollock on Contracts*: «on ne peut en aucun cas recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de droit».

Le droit relatif au recouvrement de sommes payées en raison d'une erreur de fait contraste avec ce principe. Dans *Kelly v. Solari* (1841), 9 M.&W. 54, à la p. 58, le baron Parke a énoncé la règle suivante:

[TRADUCTION] ... si un montant d'argent est payé à une autre personne à la suite d'une erreur, c'est-à-dire en raison de la conviction de l'exactitude d'un fait précis qui donne à l'autre personne droit à cet argent, et que ce fait se révèle inexact, de sorte que le débiteur ne l'aurait pas payé s'il avait su que ce fait était inexact ... une action peut être intentée pour recouvrer le montant payé ...

Pendant 150 ans, les cours ont appliqué ces principes sans les modifier sensiblement, jusqu'à l'arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé *Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192. Une loi de l'Ouganda érigeait en infraction le fait de [TRADUCTION] «[demander] ... ou de recevoir ... une somme d'argent autre qu'un loyer ...». Le locateur a exigé et le locataire a payé une prime au moment de la signature d'un bail de sept ans. Le Comité judiciaire a conclu qu'aucune des parties ne croyait commettre un acte illégal et que le paiement avait été fait et reçu par suite d'une erreur de droit commune découlant de l'omission, par leurs conseillers juridiques respectifs, d'apprécier le vrai sens de la loi en question. L'infraction ainsi commise par le locateur était punissable d'une amende ou d'un emprisonnement. La loi n'érigeait pas en infraction le paiement de la prime par le locataire. Lord Denning a restreint l'application de la règle générale de l'erreur de droit aux cas où une partie à un «contrat illégal» demande à une cour de faire exécuter le contrat. Aucun recours n'était évidemment possible dans un tel cas. Toutefois, dans les cas où le recouvrement de la somme déjà versée était en cause, le Comité judiciaire a estimé que deux règles devaient s'appliquer. Si le contrat n'est pas encore exécuté, il

cuted, no recovery was possible “unless the parties were not *in pari delicto*”. The contract in *Kiriri*, *supra*, was executed, that is, the premium had been paid, the lease delivered, and the lessee was in possession. Hence the sole issue to be determined was whether, in connection with this executed contract, the parties thereto were “*in pari delicto*”. The principle upon which the Judicial Committee proceeded to that point is stated by Lord Denning at p. 204:

Nor is it correct to say that money paid under a mistake of law could never be recovered back. The true proposition is that money paid under a mistake of law, by itself and without more, cannot be recovered back. . . . If there is something more in addition to a mistake of law—if there is something in the defendant’s conduct which shows that, of the two of them, he is the one primarily responsible for the mistake—then it may be recovered back. Thus, if as between the two of them the duty of observing the law is placed on the shoulders of the one rather than the other—it being imposed on him specially for the protection of the other—then they are not *in pari delicto* and the money can be recovered back; see *Browning v. Morris* [(1778) 2 Cowp. 790, 792], by Lord Mansfield. Likewise, if the responsibility for the mistake lies more on the one than the other—because he has misled the other when he ought to know better—then again they are not *in pari delicto* and the money can be recovered back; see *Harse v. Pearl Life Assurance Co.*, [[1904] 1 K.B. 558, 564], by Romer L.J.

The Judicial Committee of the Privy Council then applied the principle to the statute in question and found at p. 205 that:

The duty of observing the law is firmly placed by the Ordinance on the shoulders of the landlord for the protection of the tenant: and if the law is broken, the landlord must take the primary responsibility.

because whatever be the circumstance it is the landlord who is to blame “... [for] using his property rights so as to exploit those in need of a roof over their heads” (p. 205). In applying the test of “*in pari delicto*”, the Judicial Committee analysed the statute, found that the statute was for the benefit of the plaintiff lessee and placed a primary responsibility for any breach upon the lessor-defendant, and ordered the repayment of the

est possible de recouvrer les sommes payées en vertu de ce contrat; mais une fois le contrat entièrement exécuté, aucun recouvrement n’est possible [TRADUCTION] «à moins que les parties ne soient pas parties à un acte illégal». Dans l’affaire *Kiriri*, précitée, le contrat était exécuté, c’est-à-dire que la prime avait été payée, le bail était signé et le locataire avait pris possession des lieux. Ainsi, il suffisait de déterminer si les parties à ce contrat exécuté étaient «parties à un acte illégal». Lord Denning a énoncé, à la p. 204, le principe sur lequel s’est fondé le Comité judiciaire pour trancher cette question:

[TRADUCTION] Il n’est pas exact non plus de dire qu’on ne peut jamais recouvrer une somme payée en raison d’une erreur de droit. En réalité, on prétend qu’une somme payée en raison d’une erreur de droit seulement, sans plus, ne peut être recouvrée. . . . S’il y a plus qu’une erreur de droit (s’il ressort de la conduite du défendeur que c’est lui qui est le premier responsable de l’erreur), alors la somme peut être recouvrée. Ainsi, si entre eux, l’obligation d’observer la loi incombe à l’un plutôt qu’à l’autre (si elle lui incombe spécialement pour la protection de l’autre), ils ne sont pas alors parties à un acte illégal et la somme peut être recouvrée; voir *Browning v. Morris* [(1778) 2 Cowp. 790, 792], motifs de lord Mansfield. De même, si la responsabilité de l’erreur incombe plus à l’un qu’à l’autre (parce qu’il a induit l’autre en erreur alors qu’il aurait dû être plus prudent), encore là ils ne sont pas parties à un acte illégal et la somme peut être recouvrée; voir *Harse v. Pearl Life Assurance Co.*, [[1904] 1 K.B. 558, 564], motifs du lord juge Romer.

Le Comité judiciaire du Conseil privé a alors appliqué le principe à la loi en question et il a conclu, à la p. 205, que:

[TRADUCTION] Selon l’ordonnance, l’obligation d’observer la loi incombe nettement au propriétaire pour la protection du locataire: et si la loi est enfreinte, le propriétaire en est le premier responsable.

parce que, quelles que soient les circonstances, c’est le propriétaire qui doit se voir reprocher [TRADUCTION] «... d’utiliser ses droits de propriété pour exploiter les personnes qui ont besoin d’un logis» (p. 205). En appliquant le critère des «parties à un acte illégal», le Comité judiciaire a analysé le texte de loi, il a constaté que ce texte favorisait le locataire demandeur et attribuait au locateur défendeur la responsabilité première de

money. Thus the important step in the process in the eyes of the Judicial Committee of the Privy Council was the classification of the statute as to its object in order to locate a primary burden so as to ultimately determine if the parties to the contract were "*in pari delicto*". It perhaps should be noted that Lord Denning makes reference to a Court of Appeal judgment (*Green v. Portsmouth Stadium, Ltd.*, [1953] 2 All E.R. 102) where the plaintiff failed to recover although the statute again made it an offence for the defendant to recover from the plaintiff the moneys in issue. Lord Denning, sitting at the time in the Court of Appeal, denied recovery on the ground that the statute was silent as to recovery of the moneys wrongfully collected but imposed a penalty thereby raising the inference that "no other remedy is available". The statute was there found not to be for the benefit of the bookmakers (of which the plaintiff was one) at a race track, but was for the regulation of race tracks. The Court of Appeal relied upon *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790, to reach the opposite result (p. 104 of *Green, supra*) from that obtained on the analysis of the statute in *Kiriri (supra, at p. 204)*). The two cases can only be reconciled where the statute is found to have been enacted for the benefit of a section of the community which includes the plaintiff. In each statute an offence was created and penalties prescribed. In each case one class of members of the community were entitled to protection from overcharging by another class. In *Green*, however, it was considered that the presence of a penalty in the provision in the statute foreclosed an action for money had and received; but in *Kiriri, supra*, such an action succeeded. It is possible, therefore, that each was a case for the application of the exemption from the mistake of law rule by the application of the *in pari delicto* test, but one statute was taken as a bar to the action (*Green, supra*) and the other was construed as not barring the action (*Kiriri, supra*) because the statute was for the benefit and protection of the plaintiff and his ilk in the community. In *Green, supra*, Lord Denning concluded, at p. 104:

toute violation, et il a ordonné le remboursement de la somme versée. Ainsi, selon le Comité judiciaire du Conseil privé, l'étape importante du processus consiste à classer la loi suivant son objet en vue d'établir à qui incombe la responsabilité première de façon à déterminer ensuite si les parties au contrat sont «parties à un acte illégal». On devrait peut-être remarquer que lord Denning mentionne un arrêt de la Cour d'appel (*Green v. Portsmouth Stadium, Ltd.*, [1953] 2 All E.R. 102) où le demandeur n'a pu obtenir un recouvrement même si, encore là, la loi prévoyait que le défendeur commettrait une infraction s'il recouvrait du demandeur les sommes en litige. Lord Denning, qui siégeait à l'époque en Cour d'appel, a refusé le recouvrement pour le motif que la loi ne parlait pas du recouvrement des sommes perçues illicitement mais qu'elle imposait une amende, d'où la déduction que [TRADUCTION] «aucun autre recours n'était possible». On y a conclu que la loi visait non pas la protection des preneurs aux livres (ce qu'était le demandeur) à une piste de course, mais plutôt la réglementation des pistes de course. En s'appuyant sur l'arrêt *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790, la Cour d'appel a conclu à l'opposé (p. 104 de l'arrêt *Green*, précité) de ce qui a été conclu après avoir analysé la loi dans l'arrêt *Kiriri* (précité, à la p. 204). Les deux arrêts ne peuvent être conciliés que si l'on conclut que la loi a été adoptée au profit d'une catégorie de personnes dont fait partie le demandeur. Chaque loi créait une infraction et prescrivait des amendes. Dans chaque cas, une catégorie de personnes avait le droit d'être protégée contre tout paiement excessif exigé par les membres d'une autre catégorie. Dans l'arrêt *Green* toutefois, on a jugé que le fait qu'une peine soit prévue par la loi empêchait une action pour enrichissement sans cause, mais dans l'arrêt *Kiriri*, précité, une telle action a été accueillie. Il se peut donc que chaque cas en était un où il était possible d'appliquer l'exception à la règle de l'erreur de droit par l'application du critère des parties à un acte illégal, mais une loi a été interprétée comme interdisant l'action (*Green*, précité) et l'autre, comme n'interdisant pas l'action (*Kiriri*, précité) pour le motif qu'elle visait la protection du demandeur et des autres personnes dans la même situation. Dans l'arrêt *Green*, précité, lord Denning a conclu, à la p. 104:

... the Act was not passed for the protection of the bookmakers ... It is for the regulation of racecourses, and the mode of regulation is by means of the criminal courts, and not by way of civil action.

It is difficult in any case to find support in *Green, supra*, although it was cited in *Kiriri, supra*, because it was not, on its facts or indeed on the reasoning in the judgment, a case where mistake of either fact or law was present.

The learned author of Treitel, *The Law of Contract* (5th ed. 1979), at p. 369 treats the principle of *Kiriri* as limited to "class-protecting statutes" and makes no reference to an "*in pari delicto*" exception to the general rule of non-recovery of moneys paid under mistake of law. In Goff and Jones, *The Law of Restitution* (2nd ed. 1978), at p. 96, *Kiriri* is taken as recognizing an exception to the prohibition against recovery of moneys paid under mistake of law as laid down by *Hastelow v. Jackson* (1828), 8 B.&C. 221 at p. 226, where the parties to an illegal contract, even if fully executed are not *in pari delicto*, or "on equal terms".

Assuming for the moment the test to be as stated in *Kiriri, supra*, namely that if the plaintiff finds himself in the class for whose protection the offended statute was enacted, he may recover moneys paid to the offender, does the principle enable the appellant to succeed here? First of all there is no contract in the sense that the appellant and the respondent agreed, as in *Kiriri, supra*, and *Green, supra*, for the payment annually of a net "cost of return". In 1964 the parties agreed respectively to take and supply electrical power and that the appellant would pay the respondent all charges therefor including a charge for the retirement of the respondent's debt. No contract was subsequently entered into by the parties to cover the charges which give rise to the action for recovery now brought by the appellant. It was argued in the court below that the appellant had agreed through the Ontario Municipal Electric

[TRANSDUCTION] ... la Loi n'a pas été adoptée en vue de protéger les preneurs aux livres ... Elle vise la réglementation des pistes de course et le mode de réglementation s'effectue au moyen des cours de juridiction criminelle et non au moyen de recours civils.

Même s'il a été cité dans l'arrêt *Kiriri*, précité, on peut difficilement invoquer l'arrêt *Green*, précité, parce que, d'après les faits qu'il comporte ou même les motifs de décision, ce n'est pas un cas où l'on trouvait une erreur de fait ou de droit.

Le savant auteur de Treitel, *The Law of Contract*, (5e éd. 1979), à la p. 369, considère que le principe énoncé dans l'arrêt *Kiriri* se limite aux [TRANSDUCTION] «lois visant la protection d'une catégorie de personnes» et il ne mentionne aucunement le principe des «parties à un acte illégal» comme une exception à la règle générale du non-recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de droit. Dans l'ouvrage de Goff et Jones, *The Law of Restitution* (2e éd. 1978), à la p. 96, l'arrêt *Kiriri* est interprété comme reconnaissant une exception à l'interdiction de recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de droit, énoncée dans l'arrêt *Hastelow v. Jackson* (1828), 8 B.&C. 221, à la p. 226, lorsque les parties à un contrat illégal, même entièrement exécuté, ne sont pas parties à un acte illégal, [TRANSDUCTION] ou «sur un pied d'égalité».

En supposant pour l'instant que le critère applicable est celui énoncé dans l'arrêt *Kiriri*, précité, savoir que le demandeur qui fait partie d'une catégorie de personnes que la loi enfreinte vise à protéger, peut recouvrer les sommes payées au contrevenant, ce principe permet-il à l'appelante d'avoir gain de cause en l'espèce? Tout d'abord, il n'y a pas de contrat en ce sens que l'appelante et l'intimée auraient convenu, comme c'était le cas dans les affaires *Kiriri* et *Green*, précitées, du paiement chaque année de «frais de rendement» nets. En 1964, les parties ont accepté respectivement de recevoir et de livrer de l'électricité et elles ont convenu que l'appelante paierait à l'intimée tous les frais y relatifs, y compris un débit applicable au remboursement de la dette de l'intimée. Les parties n'ont par la suite conclu aucun contrat à l'égard des frais qui sont à l'origine de l'action en recouvrement intentée par l'appelante. On a fait

Association of which it is a member, to pay such charges, but the courts below found against the respondent on that argument and the submission was not advanced here. Thus we are not faced with the executed or executory tests mentioned in *Kiriri, supra*, nor are we concerned with the precise base of that case, namely, the recovery of moneys paid under an illegal contract. The parties here did not 'agree' to do something prohibited by the Act. The respondent submitted a claim for payment of charges for power supplied, which were not authorized by the Act under which the parties were operating and the appellant, in all innocence, paid the account so rendered. The "*in pari delicto*" test and its terminology seem most inappropriate and utterly unconnected to the realities of the transaction.

Furthermore, the Act in question cannot be said to have been passed for the benefit of the appellant, in the words of *Green, supra*; nor did the statute impose a duty on the respondent more than the appellant to observe its terms, in the words of *Kiriri, supra*; nor can the statute be said to impose a duty specially on the respondent "for the protection of" the appellant again in the words of *Kiriri, supra*, p. 204.

The statute here was enacted to continue a pre-existing Corporation engaged in the generation and supply of electric power throughout the province and to authorize it to carry on and expand its operations as the Lieutenant Governor in Council may authorize. Provisions incidental to these functions include the compensation of persons affected by works undertaken by the respondent, including municipal corporations and commissions. Part II of the statute applies to the supply of power by the respondent to municipal agencies such as the appellant and, in this connection, certain general municipal powers under other statutes are incorporated by reference. It is important to note that s. 76(3), *supra*, is found in a part of the Act dealing with the supply of power not just to municipal corporations but to the community generally.

valoir devant la cour d'instance inférieure que l'appelante avait accepté, par l'intermédiaire de l'Ontario Municipal Electric Association dont elle est membre, de payer ces frais, mais les cours d'instance inférieure ont rejeté cet argument de l'intimée qui n'a pas été repris ici. Ainsi, nous n'avons pas à examiner les critères du contrat exécuté ou non exécuté dont il est fait mention dans l'arrêt *Kiriri*, précité, ni à examiner le fondement précis de cet arrêt, savoir le recouvrement de sommes payées en vertu d'un contrat illégal. Les parties en l'espèce n'ont pas «convenu» d'accomplir un acte interdit par la Loi. L'intimée a produit une demande de paiement des frais d'électricité fournie, lesquels n'étaient pas autorisés par la Loi régissant les parties, et l'appelante, en toute innocence, a acquitté ce compte. Le critère des «parties à un acte illégal» et sa terminologie semblent vraiment inappropriés et absolument sans rapport avec les faits de l'opération.

En outre, on ne peut pas dire que la Loi en question a été adoptée au profit de l'appelante, suivant les termes de l'arrêt *Green*, précité; et la Loi n'impose pas à l'intimée plus qu'à l'appelante une obligation de se conformer à ses dispositions, selon les termes de l'arrêt *Kiriri*, précité; on ne peut pas dire non plus que la Loi impose à l'intimée une obligation spéciale «afin de protéger» l'appelante, toujours suivant les termes de l'arrêt *Kiriri*, précité, p. 204.

La loi en l'espèce a été adoptée en vue de maintenir une société déjà existante qui s'occupe de la production et de la fourniture d'électricité dans toute la province, et de l'autoriser à poursuivre et à accroître son exploitation selon que peut l'autoriser le lieutenant-gouverneur en conseil. Les dispositions accessoires à ces fonctions comprennent l'indemnisation des personnes lésées par les ouvrages que l'intimée entreprend, y compris les municipalités et les commissions municipales. La partie II de la Loi porte sur la fourniture d'électricité par l'intimée aux organismes municipaux comme l'appelante et, à cet égard, certains pouvoirs généraux que possèdent les municipalités en vertu d'autres lois y sont incorporés par renvoi. Il importe de remarquer que le par. 76(3), précité, se trouve dans une partie de la Loi qui traite de la

Other parts of the statute authorize the respondent to distribute power directly to the residents in any part of the province not serviced by municipal agencies who have contracts with the respondent. The purpose of the Act may be described in the simplest terms as being to establish the facilities for the production and supply of electric power at cost throughout the province either by the respondent directly or through municipal corporations or other agencies; (for the term "at cost" see ss. 7, 76 and 84; for the respondent's supervising powers over the distribution of electrical energy see ss. 93 and 96).

The only offences established by the statute relate to breaches of the regulations of the respondent concerning inspection, equipment and construction and repair of facilities; and for the failure of a municipal commission to distribute power at rates approved by the respondent, but the penalty in that connection is disqualification of the members of the municipal corporation or commission from responsible posts for five years. By s. 101 of the Act, the respondents may, where a municipal agency neglects or refuses to carry out "any direction or regulation lawfully given or made under the Act," appoint a person to remedy such default and the cost of doing so shall be added to the charges for power supplied under s. 76, *supra*. There is a general penalty imposed for breach of specified sections of the Act but these do not relate to those invoked by the respondent or the appellant in connection with the charges for power here in issue.

The Judicial Committee in *Kiriri*, *supra*, in reciting the general principle that "without more", money paid under mistake of law may not be recovered, gave illustrations as to what "more" must be present. These are (all taken from p. 204):

fourniture d'électricité non seulement aux municipalités mais aussi à la collectivité en général. D'autres parties de la Loi autorisent l'intimée à distribuer l'électricité directement aux résidents de tout endroit de la province non desservi par des organismes municipaux liés par contrat avec l'intimée. On peut décrire l'objet de la Loi de la manière la plus simple comme étant l'établissement des installations nécessaires à la production et à la fourniture d'électricité au prix coûtant partout dans la province, soit directement par l'intimée, soit par l'intermédiaire des municipalités ou d'autres organismes; (pour ce qui est de l'expression «au prix coûtant», voir les art. 7, 76 et 84; en ce qui concerne les pouvoirs de surveillance de l'intimée en matière de distribution d'électricité, voir les art. 93 et 96).

Les seules infractions créées par la Loi concernent la violation des règlements de l'intimée en matière d'inspection, d'équipement, de construction et de réparation des installations, ainsi que l'omission, par une commission municipale, de distribuer l'électricité selon les taux approuvés par l'intimée, mais la peine prévue à cet égard est l'interdiction faite, pendant cinq ans, aux membres de la municipalité ou de la commission municipale d'occuper un poste qui comporte des responsabilités. Aux termes de l'art. 101 de la Loi, l'intimée peut, lorsqu'un organisme municipal néglige ou refuse d'appliquer [TRADUCTION] «une directive donnée ou un règlement édicté légitimement en vertu de la Loi», charger une personne de remédier à cette situation et les frais qui en découlent sont ajoutés aux frais d'électricité fournie en vertu de l'art. 76, précité. Une peine générale est prévue en cas de contravention à certains articles de la Loi, mais ces articles n'ont rien à voir avec ceux invoqués par l'intimée ou l'appelante relativement aux frais d'électricité en cause en l'espèce.

Dans l'arrêt *Kiriri*, précité, en énonçant le principe général qu'une somme payée en raison d'une erreur de droit «sans plus» ne peut être recouvrée, le Comité judiciaire a illustré ce qu'il doit y avoir de «plus», savoir (extrait de la p. 204):

(a) 'By the defendant's conduct he is the one primarily responsible for the mistake.' Here the payor and the payee are two public authorities operating under a statute enacted by the Legislature to bring electric power at cost to all members of the provincial community. Each has its staff and organization, including legal advisors. The appellant had for years gone along with the plan. H.R. McDonald, a member and sometime chairman of the appellant who acted as counsel for the appellant on this very issue on at least one occasion, had testified that while he frequently and vigorously spoke against the respondent's equity "cost/credit" scheme, he did not realize that it was unlawful until 1974 when this action was instituted. The following exchange occurred in his cross-examination:

Q. Now, I think you've told my friend that no challenge of the legality of the return on equity and the cost of return was made until you made a submission to the Ontario Energy Board in May of 1974?

A. Yes, sir. That never occurred to me until then.

Q. But you, as a lawyer, particularly, and as an official of this utility, you appreciated that for—from 1966 to 1974, that Hydro had been paying out return on equity and had been charging that cost of return to and prorating it among all the utilities who were under contract with it?

A. Yes. I appreciated they had been doing that. I know that prior to that we had taken a strong opposition against it as we could everywhere we went, and the question of the legality of it, as I say, never occurred to me, as a practising lawyer.

I took the view that the Commission had solicitors and counsel, and I wasn't sitting there to give legal advice, unfortunately, or fortunately.

I got into the Ontario Energy Board thing because it was sprung upon us, and it was really difficult to find counsel who understood anything about electrical energy; and I made the decision—the Commission made the decision that I would represent them then.

a) «De par sa conduite, le défendeur est le premier responsable de l'erreur.» En l'espèce, la partie qui effectue le paiement et celle qui le reçoit sont deux organismes publics régis par une loi adoptée par la Législature afin de fournir l'électricité au prix coûtant à tous les membres de la collectivité provinciale. Chaque organisme possède son personnel et son organisation, y compris des conseillers juridiques. Pendant des années, l'appelante a souscrit à ce programme. H.R. McDonald, un membre et ancien président de l'appelante, qui a agi à titre de procureur de l'appelante sur cette question précise à au moins une occasion, a témoigné que même s'il s'est souvent prononcé fortement contre le programme de participation «coût et crédit» de l'intimée, il ne s'est rendu compte de l'illégalité de ce programme qu'en 1974, au moment où la présente action a été intentée. Le contre-interrogatoire qu'il a subi comporte les questions et réponses suivantes:

Q. Maintenant, je pense que vous avez dit que la légalité du rendement des capitaux propres et des frais de rendement n'a été contestée que lorsque vous êtes adressé à l'Ontario Energy Board en mai 1974?

R. Oui monsieur; je ne m'en étais pas rendu compte avant.

Q. Mais vous-même, à titre de conseiller juridique en particulier, et en qualité de dirigeant de ce service d'électricité, vous avez constaté que de 1966 à 1974, Ontario Hydro a payé un rendement des capitaux propres et imposé des frais de rendement, selon un mode de calcul proportionnel, à tous les services d'électricité liés à elle par contrat?

R. Oui, je l'ai constaté. Je sais qu'auparavant, nous nous y sommes fortement opposés partout où nous allions, et comme je vous le dis, la question de la légalité ne m'est jamais venue à l'esprit, à titre de conseiller juridique.

J'ai estimé que la Commission possédait un service de contentieux et, heureusement ou malheureusement, je n'y siégeais pas pour prodiguer des conseils juridiques.

Je me suis lancé dans l'affaire de l'Ontario Energy Board parce que cela s'imposait et il était vraiment difficile de trouver un avocat qui comprenne quelque chose en matière d'énergie électrique, et j'ai pris la décision, la Commission a alors décidé que je la représenterais.

And I must say that is the first time I really took a look at it from a legal point of view, as opposed to a management point of view, or a political point of view.

When one considers the complexity of the respondent's scheme and the magnitude of the operations carried on by the respondent and the public utilities under the Act throughout the province, one must have the greatest sympathy for Mr. McDonald in attempting to determine the proper course of the appellant to follow as these events unfolded and the operations of the scheme progressed. I can find nothing in the statute to make either the respondent or the appellant primarily responsible for this mistake; nor can I find anything in the statute which makes the term "*in pari delicto*" appropriate in describing the action of either party.

- (b) 'As between the two of them, the duty of obeying the law is placed on the shoulders of one rather than the other.' Because the statute here is administrative in nature and authorizes each party to undertake a role in the statutory plan, this test is inappropriate. Obviously the respondent is the dominant player on the team. It generates and distributes all electric power in the province. The appellant has a responsibility confined geographically and restricted to distribution of power. But in their respective spheres they are each responsible and accountable public agencies playing their roles in providing to the people of Ontario electricity at cost. The duties are complementary, not competitive or even matching.
- (c) 'The duty of observing the law is imposed on the one for the protection of the other.' The relationship in these proceedings does not lend itself to this type of analysis. The respondent has a duty to supply power to the appellant and all other distributors and consumers, at cost. That duty is to ensure a result, namely the delivery of electrical power to the population of the province, at cost. The duties of the parties in the plan are mutual, not reciprocal or even sequential. It can hardly be said that

Et je dois dire que c'est la première fois que je l'ai vraiment envisagée sous un angle juridique, plutôt que sous un angle administratif ou politique.

Si on considère la complexité du programme de l'intimée et l'ampleur des activités que poursuit l'intimée et les services d'électricité en vertu de la Loi dans toute la province, on ne peut qu'avoir une profonde sympathie pour M^e McDonald qui a tenté de déterminer la ligne de conduite que l'appelante devait suivre au moment où se déroulaient ces événements et où le programme prenait de l'essor. Je ne trouve rien dans la Loi qui attribue la responsabilité première de l'erreur à l'intimée ou à l'appelante; je ne trouve rien non plus dans la Loi qui fait que l'expression «partie à un acte illégal» convient pour décrire la conduite de l'une ou l'autre des parties.

- b) «Entre eux, l'obligation d'observer la loi incombe à l'un plutôt qu'à l'autre.» Parce que la Loi en l'espèce est de nature administrative et qu'elle autorise chaque partie à jouer un rôle dans le programme qu'elle prévoit, ce critère est inopportun. Il est évident que l'intimée joue un rôle dominant. Elle produit et distribue toute l'énergie électrique dans la province. La responsabilité de l'appelante est limitée sur le plan géographique et se résume à la distribution de l'électricité. Mais dans leurs sphères respectives, elles sont toutes deux des organismes publics responsables qui jouent chacun un rôle dans la fourniture d'électricité au prix coûtant aux consommateurs de l'Ontario. Leurs fonctions sont complémentaires et non pas concurrentielles ni même équivalentes.
- c) «L'obligation d'observer la loi incombe à l'un pour la protection de l'autre.» Les rapports qui existent en l'espèce ne se prêtent pas à une analyse de ce genre. L'intimée est tenue de fournir l'électricité au prix coûtant à l'appelante et à tous les autres distributeurs et consommateurs. Cette obligation vise notamment à assurer la livraison de l'électricité à la population de la province, au prix coûtant. Les obligations des parties au programme sont mutuelles, non réciproques ni même suc-

the provisions of this long and complex statute have been brought into the law for the protection of the appellant. Indeed, the appellant is subjected to numerous constraints in the statute, not for the protection of the respondent, but as in the case of the constraints applied to the respondent, for the purpose of achieving the object of the statute, that is the generation and delivery of electricity to the community at cost.

- (d) 'Does the responsibility for the mistake lie more on one party than on the other because he has misled the other when he ought to know better?' The factual background here dictates otherwise. While the respondent calculated the charges for power delivered, it communicated those charges in an itemized account which clearly isolated the amounts now in dispute. The appellant was aware of the process applied by the respondent before and after 1966 when the plan in question began. The plan was the subject of much discussion, indeed debate, between the parties over several years. Legal practitioners experienced in the field were present and available for advice to the appellant at meetings, and representations on this very plan were made early in the period of implementation and throughout the operation of the plan. It cannot be said that the respondent misled the appellant. The respondent considered (and apparently considers) the scheme to be a valid exercise of the respondent's discretion in calculating its costs for the supply of power under the statute and the respondent's view of the statute and the plan was not challenged by litigation on the part of the appellant for eight years.

Another element which bears upon the determination of the equities between the parties is the absence of oppression, force or pressure of the circumstances which might have the effect of reducing the plaintiff-appellant to a subservient position at the time of the payment of the moneys in question. The learned justice at trial found:

In my view the payments were made without protest in the sense that it intended to preserve legal rights. Nepean did voice its objections from time to time; but in

cessives. On peut difficilement dire que les dispositions de cette loi élaborée et complexe ont été adoptées pour la protection de l'appelante. De fait, la Loi assujettit l'appelante à de nombreuses contraintes, non pour la protection de l'intimée, mais, comme dans le cas des contraintes imposées à l'intimée, aux fins de réaliser l'objectif de la loi, c'est-à-dire la production et la livraison de l'électricité à la collectivité, au prix coûtant.

- d) «La responsabilité de l'erreur incombe-t-elle plus à une partie qu'à l'autre parce qu'elle a induit l'autre en erreur alors qu'elle aurait dû être plus prudente?» Il ressort des faits en l'espèce que ce n'est pas le cas. Bien qu'elle ait calculé les frais d'électricité livrée, l'intimée a communiqué ces frais dans un compte détaillé qui montrait clairement chacun des montants maintenant contestés. L'appelante connaissait la méthode appliquée par l'intimée avant et après 1966 lorsqu'est entré en vigueur le programme en question. Le programme a été amplement analysé et même débattu par les parties durant plusieurs années. Des avocats expérimentés en la matière étaient présents aux réunions et prêts à conseiller l'appelante, et des représentations concernant ce programme même ont été faites dès son implantation et tout au long de son application. On ne peut pas dire que l'intimée a induit en erreur l'appelante. L'intimée a jugé (et elle considère apparemment) que le programme constitue un exercice valide du pouvoir discrétionnaire que lui attribue la Loi pour ce qui est du calcul de ce qu'il lui en coûte pour fournir l'électricité, et sa perception de la loi et du programme n'a pas été contestée en justice par l'appelante pendant huit ans.

Un autre élément qui entre en jeu dans la détermination des droits des parties est l'absence de pression, de contrainte ou d'influence des circonstances qui auraient pu avoir pour résultat de réduire la demanderesse appelante à l'état de subalterne au moment du paiement des sommes en question. Le savant juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] A mon avis, les paiements ont été effectués sans réserve, dans le but de préserver des droits. Nepean a formulé des objections à l'occasion; mais à

my view the circumstances do not go beyond what can be described as quibbling and grumbling. It cannot be inferred from the circumstances that the payments were involuntary in the legal sense.

While I find that in making payments from 1966 to 1974 there was no intention on the part of Nepean to preserve any legal rights, I would have difficulty in finding that the conversation between Mr. Hargreaves and Mr. Graham constituted a real threat to "put trustees in", particularly in the light of what happened when Nepean eventually did refuse to pay in 1974.

For these reasons I find that Nepean made these payments under mistake of law; the payments were voluntary according to law and accordingly the claim for return of money fails, in so far as it is based on compulsion or practical compulsion.

This is not a case of an illegal agreement. Electric power was supplied by the respondent to the appellant under the statutory plan. The respondent billed the appellant. In doing so, charges not authorized in the statute for the supply of power at cost were included. The appellant paid the accounts as rendered. Neither party committed a wrong or delict in the sense of a tortious act, an act against common business morality, or an offence under a statute. Neither public body was authorized to make or receive these payments by the statute. Is the effect of the lack of authority in the Act for these additional charges, simply to reduce the burden otherwise arising under either a mutual or unilateral contract to pay the cost for electricity delivered? If so, the accounts rendered by the respondent were in breach of the contract arising on delivery of power under the Act and not susceptible to classification as an illegal transaction.

I therefore conclude that assuming the law to be as enunciated in *Kiriri, supra*, the appellant has not brought itself within that law in the circumstances of this case. Therefore, the general principles of mistake of law apply and the appellant is not entitled to recover the moneys paid.

mon avis, ces objections se sont résumées à ce qu'on peut qualifier de rouspétance. On ne peut déduire des circonstances que les paiements étaient involontaires au sens de la loi.

Même si je conclus qu'en effectuant les paiements de 1966 à 1974, Nepean n'avait pas l'intention de préserver un droit quelconque, je pourrais difficilement conclure que la conversation qu'ont eue MM. Hargreaves et Graham constituait une menace réelle de «demander la tutelle», compte tenu en particulier de ce qui s'est produit lorsque Nepean a finalement refusé de payer en 1974.

Pour ces motifs, je conclus que Nepean a fait ces paiements par suite d'une erreur de droit; les paiements étaient volontaires selon la loi et, par conséquent, la demande de recouvrement des sommes payées échoue pour autant qu'elle s'appuie sur la contrainte ou sur la contrainte de fait.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'une convention illégale. L'intimée a fourni l'électricité à l'appelante conformément au programme prévu par la loi. L'intimée a facturé l'appelante. Ce faisant, des frais non autorisés par la loi pour la fourniture d'électricité au prix coûtant ont été inclus. L'appelante a payé les factures reçues. Aucune des parties n'a commis un méfait ou un délit au sens d'un acte préjudiciable, un acte à l'encontre de l'éthique commerciale, ni une infraction à une loi. Aucun de ces organismes publics n'était autorisé par la Loi à effectuer ou à recevoir ces paiements. L'absence d'autorisation de ces frais additionnels par la Loi a-t-elle pour effet simplement de réduire l'obligation, qui autrement découle d'un contrat mutuel ou unilatéral, de payer le coût de l'électricité fournie? Si c'est le cas, les comptes remis par l'intimée ont constitué une violation du contrat relatif à la livraison d'électricité en vertu de la Loi et ne pouvaient être qualifiés d'opération illégale.

Je conclus donc, en supposant que le droit applicable est celui énoncé dans l'arrêt *Kiriri*, précité, que l'appelante n'a pas établi que ce droit lui est applicable en l'espèce. Par conséquent, les principes généraux de l'erreur de droit s'appliquent et l'appelante n'a pas le droit de recouvrer les sommes versées.

I do not believe, however, that the principle applicable here is that discussed in *Kiriri, supra*, and therefore I propose to dispose of this case on other grounds.

As noted above, the Judicial Committee of the Privy Council in *Kiriri, supra*, purported to find the root for the variation of the general law pertaining to the recovery of moneys paid under mistake of law in the judgments of Lord Mansfield from 1760 to 1780. These are the cases to which reference was made directly and indirectly: *Smith v. Bromley* (1760), 2 Doug. 696; 99 E.R. 441 (*in notis*); *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790; 98 E.R. 1364; and *Lowry and Another v. Bourdieu* (1780), 2 Doug. 468; 99 E.R. 299. These judgments, however, concern the rule invoked in actions for the recovery of moneys paid under an illegal transaction. In *Smith v. Bromley, supra*, for example, Lord Mansfield was concerned with the recovery of moneys paid under extortionate circumstances by a relative of a bankrupt to a creditor of the bankrupt in order to facilitate bankruptcy proceedings. The payment was contrary to statute and, in the view of the Court, to the common law prior to the passage of the statute. There is no mention in the report of any mistake of law, fact or anything else. The sister of the bankrupt was the victim of simple extortion by a creditor and sued to recover the money extorted from her. His Lordship stated in part, at p. 444 of the English Reports:

But the present is the case of a transgression of a law made to prevent oppression, either on the bankrupt, or his family, and the plaintiff is in the case of a person oppressed, from whom money has been extorted and advantage taken of her situation and concern for her brother.

Earlier in the judgment Lord Mansfield said, at p. 443:

If the act is in itself immoral, or a violation of the general laws of public policy, there, the party paying shall not have this action; for where both parties are equally criminal against such general laws, the rule is, *potior est conditio defendentis*. But there are other laws, which are calculated for the protection of the subject against oppression, extortion, deceit, &c. If such laws

Je ne crois pas cependant que le principe applicable en l'espèce est celui énoncé dans l'arrêt *Kiriri*, précité, et je propose donc de fonder ma décision sur d'autres motifs.

Comme je l'ai déjà souligné, le Comité judiciaire du Conseil privé a, dans l'arrêt *Kiriri*, précité, prétendu puiser dans les décisions rendues par lord Mansfield entre 1760 et 1780 la source du changement du droit général applicable au recouvrement des sommes versées par suite d'une erreur de droit. Voici les arrêts qui ont été mentionnés directement ou indirectement: *Smith v. Bromley* (1760), 2 Doug. 696; 99 E.R. 441 (*in notis*); *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790; 98 E.R. 1364; *Lowry and Another v. Bourdieu* (1780), 2 Doug. 468; 99 E.R. 299. Toutefois, ces décisions ont trait à la règle invoquée dans les actions en recouvrement des sommes payées aux termes d'une opération illégale. Par exemple, dans *Smith v. Bromley*, précité, lord Mansfield était saisi d'un recouvrement de sommes versées, dans un cas d'extorsion, par un parent d'un failli à un créancier de la faillite en vue de faciliter les procédures de faillite. Le paiement était contraire à la loi et, de l'avis de la cour, contraire à la *common law* en vigueur avant l'adoption de la loi en question. Le jugement ne fait état d'aucune erreur de droit, de fait ou autre. La sœur du failli a été victime d'une extorsion simple de la part d'un créancier et a entamé une poursuite en recouvrement de la somme dont elle a été extorquée. Lord Mansfield affirme notamment, à la p. 444 des English Reports:

[TRADUCTION] Mais il s'agit en l'espèce de la violation d'une loi adoptée en vue d'empêcher l'oppression tant du failli que de sa famille, et la demanderesse est dans la situation d'une personne opprimée, à qui on a extorqué de l'argent et dont la situation et la préoccupation à l'égard de son frère ont été exploitées.

Lord Mansfield avait déjà dit dans ce jugement, à la p. 443:

[TRADUCTION] Si l'acte est en soi immoral, ou s'il constitue une violation des lois générales d'intérêt public, alors, la partie qui a effectué le paiement n'a pas droit à ce recours; en effet, si les deux parties ont également violé ces lois, la règle *potior est conditio defendentis* s'applique. Mais il y a d'autres lois qui visent à protéger le citoyen contre l'oppression, l'extor-

are violated, and the defendant takes advantage of the plaintiff's condition or situation, there the plaintiff shall recover, and it is astonishing that the reports do not distinguish between the violation of the one sort and the other.

For good measure His Lordship added, at p. 444:

It is absurd to say, that any one transgresses a law made for his own advantage, willingly.

In *Browning v. Morris*, *supra*, Lord Mansfield pronounced the principle applicable to the recovery of moneys paid under a transaction prohibited by statute as follows, at pp. 1364-65 of the English Reports:

But, where contracts or transactions are prohibited by positive statutes, for the sake of protecting one set of men from another set of men; the one, from their situation and condition, being liable to be oppressed or imposed upon by the other; there, the parties are not in *pari delicto*; and in furtherance of these statutes, the person injured, after the transaction is finished and completed, may bring his action and defeat the contract. For instance, by the Statute of Usury, taking more than 5 per cent. is declared illegal, and the contract void; but these statutes were made, to protect needy and necessitous persons from the oppression of usurers and monied men, who are eager to take advantage of the distress of others; . . .

Again there is no reference in the report to a mistake of any kind, including a mistake of law. The Court was only concerned with a complicated lottery ticket insurance scheme operated between two professionals in the business. The transaction was apparently expressly prohibited by statute. His Lordship concluded at p. 1365:

So that the plaintiff was not only in *pari delicto*, but also stood in the light and under the description of that species of insurer, from whom the statute meant to protect the unwary.

In the result, the plaintiff failed to recover the moneys.

In the third case, *Lowry v. Bourdieu*, *supra*, the plaintiff sought recovery of a premium paid on a void insurance contract which, by reason of its nature, amounted to a gaming contract. The plain-

sion, la fraude, etc. Si ces lois sont violées et que le défendeur exploite la situation et l'état de la demanderesse, alors la demanderesse a droit au recouvrement, et je m'étonne que les recueils ne fassent pas la distinction entre la violation des lois d'une catégorie et de celles d'une autre catégorie.

Par mesure de précaution, lord Mansfield ajoute, à la p. 444:

[TRADUCTION] Il est absurde d'affirmer qu'une personne puisse, volontairement, enfreindre une loi adoptée pour sa propre protection.

Dans l'arrêt *Browning v. Morris*, précité, lord Mansfield a énoncé comme suit le principe applicable au recouvrement des sommes payées en vertu d'une opération illégale, aux pp. 1364 et 1365 des English Reports:

[TRADUCTION] Mais lorsque des contrats ou des opérations sont interdits par des lois en vigueur en vue de protéger une catégorie de personnes contre une autre catégorie de personnes, lorsque, de par leur situation et leur état, les personnes d'une catégorie sont sujettes à l'oppression ou à la duperie des personnes de l'autre catégorie, alors les parties ne sont pas parties à un acte illégal; et aux fins de ces lois, la personne lésée peut, une fois l'opération complétée, intenter son action et annuler le contrat. Par exemple, en vertu de la *Statute of Usury*, il est illégal d'exiger plus de 5 pour 100 et, le cas échéant, le contrat est nul; toutefois ces lois ont été adoptées pour la protection des personnes démunies contre l'oppression des usuriers et des biens nantis qui s'empressent de profiter de l'infortune d'autrui . . .

Là encore, le recueil ne fait mention d'aucune erreur ni même d'une erreur de droit. La cour n'était saisie que d'un plan complexe d'assurance à lots exploité par deux professionnels. Cette activité était manifestement expressément interdite par la loi. Lord Mansfield a conclu, à la p. 1365:

[TRADUCTION] Ainsi le demandeur n'était pas seulement partie à un acte illégal mais il agissait aussi ouvertement et en qualité d'assureur de cette espèce, contre qui la loi visait à protéger l'imprudent.

En définitive, le demandeur n'a pu recouvrer les sommes en litige.

Dans le troisième arrêt, *Lowry v. Bourdieu*, précité, le demandeur cherchait à recouvrer une prime versée aux termes d'une police d'assurance nulle qui, de par sa nature, équivalait à un contrat

tiff failed, the majority finding the policy to be a gaming contract, that it was contrary to the statute, and that the rule of *in pari delicto* barred the plaintiff. No mention was made of the law of mistake. The report continued at p. 301 of the English Reports:

Lord Mansfield said, he desired it might not be understood, that the Court held, that, in all cases where money has been paid on an illegal consideration, it cannot be recovered back. That in cases of oppression, when paid, for instance, to a creditor to induce him to sign a bankrupt's certificate, or upon an usurious contract, it may be recovered, for, in such cases, the parties are not *in pari delicto*.

Buller J. dismissed the claim on the grounds that the contract was executed and while recovery might have been possible in the executory stage, the plaintiff must now fail. Willes J., in dissent, found that while the plaintiff may not have had an insurable interest, nonetheless the contract was not a gaming policy and consequently not an illegal contract. He then found this was a mistake because both thought that there was an insurable interest, "but it is a new point of law". Thus, only the dissenting justice found a mistake to be present but whether he concluded it was a mistake of fact or law is not clear.

This group of cases seems an unlikely point of origin for a principle that moneys paid under mistake of law might be recoverable but only in the circumstances where the plaintiff and defendant are not *in pari delicto* and where the primary guilt or responsibility resides in the defendant. A more likely point of origin in the era of Lord Mansfield is found in *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005; 97 E.R. 676 (likewise mentioned in *Kiriri, supra*), where Lord Mansfield stated at p. 1012:

This kind of equitable action, to recover back money, which ought not in justice to be kept, is very beneficial, and therefore much encouraged. It lies only for money

de jeu. Le demandeur n'a pas eu gain de cause, la majorité ayant décidé que la police était un contrat de jeu, qu'elle était contraire à la loi et que la règle des parties à un acte illégal constituait une fin de non-recevoir opposable à l'action du demandeur. Aucune mention n'a été faite du droit relatif à l'erreur. On lit ensuite, à la p. 301 des English Reports:

[TRANSDUCTION] Lord Mansfield a dit qu'il ne voulait pas que l'on comprenne que la Cour a conclu que dans tous les cas où une somme a été payée pour un motif illégal, elle ne peut être recouvrée. Que, dans les cas d'oppression, lorsqu'elle a été payée par exemple à un créancier pour l'inciter à signer un concordat, ou dans le cas d'un contrat usuraire, elle peut être recouvrée puisque dans ces cas, les parties ne sont pas parties à un acte illégal.

Le juge Buller a rejeté la réclamation pour le motif que le contrat était exécuté et que même si le recouvrement avait été possible au cours de l'exécution, l'action du demandeur devait maintenant être rejetée. Le juge Willes, dissident, a conclu que même si le demandeur pouvait ne pas avoir eu un intérêt assurable, le contrat n'était pas pour autant un contrat de jeu et par conséquent, il ne constituait pas un contrat illégal. Il a alors conclu qu'il s'agissait d'une erreur parce que les deux parties ont cru qu'il y avait un intérêt assurable, [TRANSDUCTION] «mais c'est un point de droit nouveau». Ainsi, seul le juge dissident a conclu à l'existence d'une erreur, mais il n'a pas clairement conclu s'il s'agissait d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait.

Il est peu probable que cette série d'arrêts soient à l'origine d'un principe voulant que les sommes payées en raison d'une erreur de droit puissent être recouvrées uniquement dans le cas où le demandeur et le défendeur ne sont pas parties à un acte illégal et lorsque la responsabilité première incombe au défendeur. On trouve un point d'origine plus probable à l'époque de lord Mansfield dans l'arrêt *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005; 97 E.R. 676 (mentionné également dans l'arrêt *Kiriri*, précité), où lord Mansfield affirme, à la p. 1012:

[TRANSDUCTION] Ce genre d'action d'équité, en recouvrement d'une somme qui ne doit pas, en toute justice, être conservée, est très utile et on l'encourage donc

which, *ex aequo et bono*, the defendant ought to refund: it does not lie for money paid by the plaintiff, which is claimed of him as payable in point of honor and honesty, although it could not have been recovered from him by any course of law; as in payment of a debt barred by the Statute of Limitations, or contracted during his infancy, or to the extent of principal and legal interest upon an usurious contract, or, for money fairly lost at play: because in all these cases, the defendant may retain it with a safe conscience, though by positive law he was barred from recovering. But it lies for money paid by mistake; or upon a consideration which happens to fail; or for money got through imposition, (express, or implied) or extortion; or oppression; or an undue advantage taken of the plaintiff's situation, contrary to laws made for the protection of persons under those circumstances.

In one word, the gist of this kind of action is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money.

That case arose out of an agreement between the payee and the endorsee of a bill of exchange whereby the endorsee agreed that he would not bring action against the payee-endorser if he would endorse the bill. Contrary to the agreement, he did so and recovered judgment which the payee-endorser successfully set aside in these proceedings. The only reference to mistake is the somewhat oblique comment, *supra*, by His Lordship in finding in the final analysis that the defendant here is bound in natural justice and equity to make refund. Again there is no reference in the report to any mistake on the part of anyone either as to fact or law.

Reference was made to *Lowry v. Bourdieu*, *supra*, by Lord Ellenborough C.J. a few years later in *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448. The insurer in that case had paid under the policy upon the loss by capture of the defendant's vessel. The plaintiff later discovered that non-disclosure of certain important information rendered the policy void. The plaintiff-insurer in fact was aware, prior to the payment of loss under the policy, of all the circumstances but did not appreciate at that time that non-disclosure

fortement. Elle s'applique uniquement à la somme que le défendeur doit remettre *ex aequo et bono*: elle ne permet pas de recouvrer la somme que le demandeur a payée et qu'il réclame comme lui étant due comme point d'honneur et en toute honnêteté, même s'il n'était pas tenu de la payer en droit, comme c'est le cas du paiement d'une dette prescrite ou contractée pendant sa minorité, ou représentant le capital et l'intérêt légal payé sur un contrat usuraire, ou pour une somme équitablement perdue au jeu; parce que dans tous ces cas, le défendeur peut retenir la somme en toute honnêteté même si sur le plan légal, il n'y a pas droit. Mais l'action s'applique à une somme payée par erreur, ou pour un motif qui vient à faire défaut, ou à une somme obtenue abusivement (d'une manière expresse ou implicite) ou par extorsion ou oppression, ou en exploitant indûment la situation du demandeur, contrairement aux lois adoptées pour la protection des personnes qui se trouvent dans cette situation.

En un mot, l'essence d'une action de ce genre est que le défendeur, suivant les circonstances de l'espèce, est tenu, de par les règles de la justice naturelle et de l'équité, de rembourser la somme.

Cette affaire tirait son origine d'une entente entre le bénéficiaire et l'endossataire d'une lettre de change par laquelle l'endossataire avait accepté de ne pas poursuivre le bénéficiaire-endosseur s'il acceptait d'endosser l'effet. Contrairement à l'entente, il a intenté une poursuite et obtenu jugement en sa faveur, et le bénéficiaire-endosseur a réussi à faire annuler ce jugement dans cette instance. La seule mention de l'erreur est l'observation quelque peu indirecte de lord Mansfield, précitée, lorsqu'il conclut en définitive que le défendeur en l'espèce est tenu, de par les règles de la justice naturelle et de l'équité, de rembourser la somme. Là encore, le recueil ne mentionne aucune erreur de fait ou de droit de la part d'une des parties.

Quelques années plus tard, le lord juge en-chef Ellenborough a mentionné l'arrêt *Lowry v. Bourdieu*, précité, dans l'arrêt *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448. Dans cette affaire, l'assureur avait fait un paiement en vertu d'une police par suite de la perte par capture du navire des défendeurs. Plus tard, le demandeur s'est aperçu que la non-divulcation de certains renseignements importants rendait la police nulle. En fait, le demandeur-assureur connaissait tous les faits avant de payer le montant de la perte confor-

vitiated the policy and hence the plaintiff's liability thereunder. Recovery was denied, Lord Ellenborough stating at pp. 449-50 of the English Reports:

Every man must be taken to be cognizant of the law; otherwise there is no saying to what extent the excuse of ignorance might not be carried. It would be urged in almost every case. In *Lowrie [sic] v. Bourdieu*, money paid under a mere mistake of the law (was endeavoured to be recovered back), and there Buller J. observed that ignorantia juris non excusat, &c.

In *Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222, Lord Ellenborough C.J. again found that a plaintiff could not recover moneys owing under a contract made contrary to the law. In reaching this conclusion, His Lordship stated at p. 223 of the English Reports:

So if a person sell goods with a knowledge and in furtherance of the buyer's intention to convey them upon a smuggling adventure, he is not permitted by the policy of the law to recover upon such a sale; and in the same manner in the case of bricks sold under the statutable size, which the statute requires to be of certain dimensions, for the convenience of building, and perhaps for the benefit of the Revenue, the like doctrine has been held. Without multiplying instances of this sort it may be taken as a received rule of law, that what is done in contravention of the provisions of an Act of Parliament, cannot be made the subject-matter of an action. This is the rule which governs the decisions upon insurances on contraband trade, and all that class of cases where the party is connected with a previous knowledge of the illegality of the transaction.

The transaction was contrary to statute and this was pleaded by the defendant. It is true as Lord Denning has stated in *Kiriri, supra*, at p. 202 that these observations were not made with reference to the recovery of moneys paid over under an illegal transaction but rather in an instance where a party to an illegal transaction is seeking the aid of the court for its enforcement. Nonetheless it would appear to be a statement of the law at that time with reference to the recovery of moneys paid under a mistake of law. In the same year a four judge court under Chief Justice Mansfield rejected

mément à la police, mais il ne s'était pas rendu compte à ce moment-là que la non-divulgarion de renseignements rendait la police nulle et le dégageait ainsi de la responsabilité qui lui incombait en vertu de celle-ci. Le recouvrement a été refusé, lord Ellenborough déclarant, aux pp. 449 et 450 des English Reports:

[TRADUCTION] Nul n'est censé ignorer la loi; sinon qui peut dire jusqu'où ira l'excuse d'ignorance. On la soulèverait dans presque tous les cas. Dans *Lowrie (sic) v. Bourdieu*, (on tentait de recouvrer) une somme payée en raison d'une simple erreur de droit et le juge Buller a souligné que l'ignorance de la loi n'est pas une excuse valable (*ignorantia juris non excusat, &c.*).

Dans l'arrêt *Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222, le lord juge en chef Ellenborough a conclu de nouveau qu'un demandeur ne peut recouvrer les sommes qui lui sont dues aux termes d'un contrat illégal. En tirant cette conclusion, le lord juge a déclaré, à la p. 223 des English Reports:

[TRADUCTION] Ainsi, si une personne vend des biens à un acheteur tout en connaissant son intention de les passer en contrebande et dans le but de l'aider à réaliser son dessein, la loi ne l'autorise pas à recouvrer le montant de la vente; et c'est le même principe qui s'est appliqué dans le cas de la vente de briques de dimensions inférieures à celles que prescrit la loi pour plus de commodité en construction et peut-être au profit du Revenu. Sans multiplier les cas de ce genre, on peut considérer comme une règle de droit admise que l'acte contraire aux dispositions d'une loi du Parlement ne peut faire l'objet d'une action en justice. C'est la règle qui régit les décisions en matière d'assurance du commerce de contrebande et dans tous les cas où la partie connaissait déjà l'illégalité de l'opération.

L'opération était contraire à la loi et c'est ce qu'a soutenu le défendeur. Il est vrai, comme l'affirme lord Denning à la p. 202 de l'arrêt *Kiriri*, précité, que ces observations ne visent pas le recouvrement de sommes payées en vertu d'une opération illégale, mais plutôt un cas où une partie à une opération illégale demande à la Cour de la faire exécuter. Néanmoins, elles semblent constituer un énoncé du droit applicable à l'époque au recouvrement de sommes payées en raison d'une erreur de droit. Au cours de la même année, dans l'arrêt *Brisbane v. Dacres* (1813), 5 Taunt. 143; 128 E.R.

a claim in *Brisbane v. Dacres* (1813), 5 Taunt. 143; 128 E.R. 641, for recovery of moneys paid under a mistake of law. The headnote states the rule to be as follows:

If a person with knowledge of the facts, but under a mistake as to the law, pays over to another, claiming it as a right, money which he was not compellable to pay, he cannot, upon discovering what his legal right was, recover it back, there being nothing against conscience in the other party's retaining it.

The captain of a naval vessel had unlawfully received payment for the transportation of private goods and had paid one-third of the payment so received over to the admiral under whose command he sailed. He did so believing this to be the law. On discovering that no such law existed, he brought action against the admiral's estate for the recovery of these moneys. The whole of the transaction was illegal and there was no mistake of fact, but only an ignorance of the law. One judge, Chambre J., dissented and would have allowed recovery. Gibb J. reviewed the pronouncements by Lord Mansfield in *Lowry v. Bourdieu*, *supra*, and other cases as well as *Bilbie v. Lumley*, *supra*. The only exception wherein recovery was said to be possible was where the plaintiff could demonstrate fraud.

Finally, in *Hastelow v. Jackson*, *supra*, referred to by Lord Denning in *Kiriri*, *supra*, the Court confirmed the trial judge who allowed recovery by the plaintiff of moneys deposited with the defendant stake-holder to abide the outcome of an unlawful prize fight. The judgment only obliquely referred to the law of mistake but rather turned on the question as to whether the illegal contract was executory at the time of notice by the plaintiff to the defendant stake-holder and therefore entitled the plaintiff to recovery of the moneys though paid under the unlawful arrangement. Littledale J. went on to add, however, at p. 1028 of the English Reports:

... if the event happens and the money is paid over without dispute, that is considered as a complete execu-

641, une cour composée de quatre juges sous la présidence du juge en chef Mansfield a rejeté une demande de recouvrement de sommes payées en raison d'une erreur de droit. Le sommaire énonce la règle comme suit:

[TRADUCTION] Si une personne au courant des faits, mais par suite d'une erreur de droit, paie à une autre personne qui la réclame en prétendant y avoir droit, une somme qu'elle n'était pas tenue de payer, elle ne peut, après avoir découvert quel était son droit, la recouvrer puisque rien n'empêche l'autre partie de la retenir en toute liberté de conscience.

Le capitaine d'un navire avait illégalement accepté un paiement pour le transport de marchandises personnelles et il avait versé le tiers de la somme reçue à l'amiral qui le commandait. Il l'avait fait parce qu'il croyait que c'était prévu par la loi. Lorsqu'il s'est rendu compte qu'il n'existait aucune loi en ce sens, il a poursuivi la succession de l'amiral en vue de recouvrer la somme versée. L'opération était entièrement illégale et il n'y avait aucune erreur de fait, mais seulement ignorance de la loi. Le juge Chambre, dissident, aurait accueilli l'action. Le juge Gibb a passé en revue les décisions de lord Mansfield rendues notamment dans l'arrêt *Lowry v. Bourdieu*, précité, et l'arrêt *Bilbie v. Lumley*, précité. La seule exception où le recouvrement, disait-on, était possible était lorsque le demandeur pouvait établir qu'il y avait eu fraude.

Enfin, dans l'arrêt *Hastelow v. Jackson*, précité, que mentionne lord Denning dans l'arrêt *Kiriri*, précité, la Cour a confirmé la décision du juge de première instance qui avait permis au demandeur de recouvrer les sommes consignées auprès du défendeur dépositaire de paris en attendant l'issue d'un combat à enjeu illégal. L'arrêt ne mentionnait qu'indirectement le droit relatif à l'erreur et portait plutôt sur la question de savoir si le contrat illégal était exécutoire au moment où le demandeur a donné avis au défendeur dépositaire et, par conséquent, s'il permettait au demandeur de recouvrer les sommes même si elles avaient été payées aux termes d'un accord illégal. Le juge Littledale a toutefois ajouté, à la p. 1028 des English Reports:

[TRADUCTION] ... si l'événement se produit et que la somme est versée sans protestation, on estime que le

tion of the contract, and the money cannot be reclaimed;
...

The case does not, in my view, form the basis for any broad rule supporting the recovery of moneys paid under mistake of law other than in the case where the recovery is sought while the contract is executory. It does not, in my view, support the general propositions in *Kiriri, supra*, and indeed was not cited therein for any such purpose. The excerpt from *Cheshire and Fifoot, supra*, therefore, would appear to correctly summarize the state of the law in England, notwithstanding the judgment in *Kiriri, supra*.

I turn back to the earlier reference to a right of recovery of moneys paid under illegal transactions. The words 'unlawful' and 'illegal' frequently appear in the authorities dealing with mistake of law and transactions contrary to the law. There appear to be three categories of actions or events which are contrary to the law and which sometimes fall into the descriptions 'unlawful' or 'illegal'. These are:

- (a) offences against statutes prohibiting defined conduct;
- (b) actions which are without legal consequence in the sense of creating enforceable rights, such as gaming contracts;
- (c) actions taken by statutory bodies outside the limits of authority granted or established in the statute.

In *Jowitt's Dictionary of English Law* (2nd ed. 1977), we find this discussion of these terms:

Unlawful. "Unlawful" and "illegal" are generally used as synonymous [*sic*] terms, but a distinction is occasionally drawn between them; "unlawful," as applied to promises, agreements, considerations and the like, is sometimes used to denote that they are ineffectual in law because they involve acts which, although not illegal (that is to say, positively forbidden), are disapproved of by the law, and are therefore not recognised as a ground of legal rights, either because they are immoral, or because they are against public policy. . . . It is on this ground that contracts in restraint of marriage or of trade are generally void. As a general rule, an unlawful agreement cannot be enforced, nor can money paid or property delivered under it be recovered back: *potior est conditio defendentis*.

contrat est entièrement exécuté, et la somme ne peut être réclamée . . .

J'estime que cet arrêt ne constitue pas le fondement d'une règle générale qui permet le recouvrement de sommes versées par suite d'une erreur de droit dans d'autres cas que celui où le recouvrement est demandé au moment où le contrat n'est pas exécuté. A mon avis, cet arrêt n'appuie pas les thèses générales de l'arrêt *Kiriri*, précité, et, en fait, il n'y a pas été cité à cette fin. Par conséquent, l'extrait de *Cheshire et Fifoot*, précité, semble résumer correctement l'état du droit en Angleterre, nonobstant l'arrêt *Kiriri*, précité.

Je reviens à la mention déjà faite du droit de recouvrer les sommes payées aux termes d'une opération illégale. On rencontre souvent les mots «illégitime» et «illégal» dans la jurisprudence portant sur l'erreur de droit et sur les opérations contraires à la loi. Il semble y avoir trois catégories d'actes ou d'événements qui sont contraires à la loi et qui sont parfois qualifiés d'«illégitimes» ou d'«illégaux». Ce sont:

- a) les infractions aux lois qui interdisent une conduite précise;
- b) les actes qui n'ont aucune incidence juridique, c'est-à-dire qui ne créent aucun droit exécutoire, comme par exemple les contrats de jeu;
- c) les actes qu'accomplissent des organismes établis en vertu d'une loi et qui excèdent les pouvoirs que la loi crée ou leur accorde.

Le *Jowitt's Dictionary of English Law* (2^e éd. 1977) traite de ces termes comme suit:

[TRADUCTION] **Illégitime.** «Illégitime» et «illégal» sont généralement utilisés comme synonymes, mais il arrive que l'on établisse une distinction entre les deux; «illégitime», dans le cas de promesses, d'ententes, de motifs et ainsi de suite, s'emploie parfois pour indiquer qu'ils sont sans effet en droit parce qu'ils portent sur des actes qui, bien qu'ils ne soient pas illégaux (c'est-à-dire expressément interdits), sont réprouvés par la loi et, par conséquent, ne sont pas reconnus comme engendrant des droits, parce qu'ils sont soit immoraux, soit contraires à l'ordre public . . . C'est pour cette raison que les contrats qui portent atteinte au mariage ou au commerce sont généralement nuls. En règle générale, un contrat illégitime est inexécutable et la somme versée ou le bien aliéné en vertu d'un tel contrat ne peuvent être recouvrés: *potior est conditio defendentis*.

We are not here concerned with categories (a) or (b) but rather with (c). The distinction between (b) and (c) is simply that the actions of the class described in (c) are *ultra vires* the actor but are not contrary to any announced public policy, either in statute law or common law. What then is the applicable policy or principle of law to the position of the parties to such an unauthorized but not prohibited action? The appellant and the respondent had been participating in the pre- and post-1966 scheme as part of their respective operations under the Act. Each was mistaken as to the basis for the scheme under that statute. The principles of law pertaining to the rights of parties to illegal transactions has no application because these relate to transactions contrary to public policy or prohibited by statute. Such is, of course, not the case here. We are concerned with unauthorized acts and mutual mistake with respect thereto. The law of mutual mistake applies because in the circumstances such a mistake occurred. Any exception to the general rule barring recovery of moneys paid in an illegal transaction when the parties are not *in pari delicto* does not apply here because neither party has committed a delict and no wrongful conduct in the sense of actions contrary to statute or public policy has taken place. The transaction entered into by these two creatures of statute was not authorized by any statute. Neither body has inherent powers even in the sense of those enjoyed by a corporation created by letters patent issued by the Crown. As was noted when examining the older authorities, this cannot be classified as an illegal transaction as neither party has offended any prohibition in law but rather each party has respectively asked for and paid a charge not included in the statutory term "cost".

The appellant in this Court relied upon two decisions of this Court: *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147 and *Eadie v. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573. *Storthoaks*, *supra*, concerned a mistake of fact, and, in my respectful view, the judgment of Martland J., speaking on behalf of the full Court, cannot be

En l'espèce, il ne s'agit pas des catégories a) ou b), mais plutôt de la catégorie c). La distinction entre b) et c) réside simplement en ce que les actes de la catégorie décrite à c) excèdent les pouvoirs de l'auteur mais ne sont pas contraires à une politique générale proclamée dans les lois ou en *common law*. Quelle politique ou quel principe de droit s'applique alors à la situation des parties à cet acte non autorisé mais non interdit? Dans le cadre de leurs activités respectives en vertu de la Loi, l'appelante et l'intimée ont participé au programme antérieur à 1966 et à celui en vigueur après 1966. Chacune a cru à tort que cette loi autorisait le programme. Les principes juridiques applicables aux droits des parties à des opérations illégales ne s'appliquent pas parce qu'ils se rapportent à des opérations contraires à l'ordre public ou interdites par la loi. Ce n'est évidemment pas le cas en l'espèce. Il s'agit ici d'actes non autorisés et d'une erreur commune relative à ces actes. La règle de l'erreur commune s'applique parce qu'une erreur commune s'est produite en l'espèce. Nulle exception à la règle générale qui interdit de recouvrer les sommes versées dans le cadre d'une opération illégale lorsque les parties ne sont pas parties à un acte illégal ne s'applique en l'espèce parce qu'aucune partie n'a commis un délit ni aucun méfait au sens d'un acte contraire à une loi ou à l'ordre public. Aucune loi n'autorise l'opération intervenue entre ces deux organismes créés par la loi. Aucun de ces organismes n'a de pouvoirs intrinsèques même au sens de ceux dont jouit une société créée par lettres patentes délivrées par la Couronne. Comme on l'a fait remarquer à l'examen de la jurisprudence plus ancienne, on ne peut qualifier cette opération d'illégale puisque aucune des parties n'a enfreint une interdiction de la loi: chaque partie a respectivement demandé et payé des frais non compris dans le terme «coût» prévu par la loi.

L'appelante en cette Cour a invoqué deux arrêts de cette Cour: *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147 et *Eadie c. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573. Dans l'affaire *Storthoaks*, précitée, il s'agissait d'une erreur de fait et, à mon avis, les motifs que le juge Martland a rédigés au nom de toute la Cour, ne peuvent être

read as supporting the submissions of the appellant as to the law applicable in an action for the recovery of moneys paid under mistake of law. I take the reference at p. 160 to *The Dominion Bank v. The Union Bank of Canada* (1908), 40 S.C.R. 366, and the included reference to *Moses v. Macferlan*, *supra*, as dealing with the form of action for the recovery of moneys paid under a mistake of fact with which the Court in *Stor-thoaks*, *supra*, was solely concerned.

In *Eadie v. The Township of Brantford*, *supra*, the plaintiff sought recovery of moneys paid and land transferred to the defendant municipality as required by a by-law in order to obtain approval of a land severance sought by the plaintiff to complete the sale of his residence. After the plaintiff had paid the money and transferred the required frontage from his lands to the defendant municipality, the by-law in question was quashed by a court in a proceeding to which the plaintiff was not a party. Speaking for the majority in this Court, Spence J. concluded that the plaintiff had parted with his money and property under a mutual mistake of law, and:

It is, of course, a trite principle that money paid under a mutual mistake of law cannot be recovered. That principle, however, is subject to several well-established exceptions.

The basis for the exception relied upon in *Eadie*, *supra* was found in *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106 which is not a case of mistake of either fact or law but was a case of involuntary payment made under compulsion in circumstances where the plaintiff made it clear at the time of payment that he was not giving up his right to recovery of the moneys so paid. Lord Reading found the plaintiff disentitled to recover the moneys so paid even if it were a mistake of fact (pp. 117-18). Recovery was, however, allowed on the basis of the principle applicable to payments made under compulsion. Lord Reading said at p. 118:

If a person with knowledge of the facts pays money, which he is not in law bound to pay, and in circum-

interprétés comme appuyant la thèse de l'appelante concernant le droit applicable dans une action en recouvrement de sommes payées en raison d'une erreur de droit. J'estime que la mention, à la p. 160, de l'arrêt *The Dominion Bank c. The Union Bank of Canada* (1908), 40 R.C.S. 366 et la mention qui s'y trouve de l'arrêt *Moses v. Macferlan*, précité, traitent du genre d'action en recouvrement de sommes versées en raison d'une erreur de fait, seul point que la Cour avait à examiner dans l'affaire *Stor-thoaks*, précitée.

Dans l'arrêt *Eadie c. The Township of Brantford*, précité, le demandeur cherchait à recouvrer les sommes versées et le bien-fonds cédé à la municipalité défenderesse comme l'exigeait un règlement en vue d'obtenir l'approbation du lotissement que le demandeur cherchait à obtenir afin de compléter la vente de sa résidence. Après que le demandeur eut payé la somme et cédé à la municipalité défenderesse le droit de façade requis sur son terrain, le règlement en question a été annulé par une cour à l'issue d'une poursuite à laquelle le demandeur n'était pas partie. S'exprimant au nom de la majorité en cette Cour, le juge Spence a conclu que le demandeur s'était départi de la somme et du bien-fonds par suite d'une erreur de droit commune, et d'ajouter:

[TRADUCTION] Il est, évidemment reconnu qu'une somme d'argent payée en raison d'une erreur de droit commune ne peut être recouvrée. Toutefois, ce principe comporte plusieurs exceptions bien établies.

Le fondement de l'exception invoquée dans l'arrêt *Eadie*, précité, a été tiré de l'arrêt *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106, qui ne porte pas sur une erreur de fait ou de droit mais sur un paiement involontaire fait sous contrainte dans des circonstances où le demandeur a clairement indiqué au moment du paiement qu'il n'abandonnait pas son droit au recouvrement des sommes ainsi versées. Lord Reading a conclu que le demandeur n'avait pas le droit de recouvrer les sommes ainsi payées même s'il s'agissait d'une erreur de fait (pp. 117 et 118). Le recouvrement a toutefois été accordé en vertu du principe applicable aux paiements faits sous contrainte. Lord Reading affirme, à la p. 118:

[TRADUCTION] Si une personne au courant des faits paie une somme qu'elle n'est pas légalement tenue de

stances implying that he is paying it voluntarily to close the transaction, he cannot recover it. Such a payment is in law like a gift, and the transaction cannot be reopened. If a person pays money, which he is not bound to pay, under the compulsion of urgent and pressing necessity or of seizure, actual or threatened, of his goods he can recover it as money had and received.

In *Halsbury*, 4th ed., vol. 9, p. 453, para. 664 it is noted that compulsion may be “‘practical’ as well as ‘actual legal’ compulsion”.

Spence J. also noted that Kerwin J. (as he then was) allowed recovery of moneys paid under “practical compulsion” in *Knutson v. The Bourkes Syndicate and Others* [1941] S.C.R. 419 at p. 425; *vide also The Municipality of the City and County of St. John et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation, et al.*, [1958] S.C.R. 263 at p. 282. No element of mistake was present in either case.

Spence J. concluded that Eadie need only show practical compulsion in order to recover. He said at p. 582:

It was submitted by counsel for the respondent that in order to justify the plaintiff demanding repayment of money paid under mutual mistake in law upon the basis that he was under compulsion to do so, the plaintiff must have been faced with a situation where there was no other alternative available to him. I am of the opinion that the bar to the plaintiff's recovery is not so stringent and that a practical compulsion is alone necessary.

As will be seen below, I interpret the concluding sentence as referring only to the principle of law applicable to the payment of moneys under compulsion. The claimant there made the payment and transfer of property in order to complete a necessary sale before the buyer withdrew and this Court found that practical compulsion was present. Spence J. concluded that the plaintiff was entitled to recovery of the money “paid under compulsion and in mutual mistake of law” (p. 583). In my view, the presence of mistake of law in the parties to the transaction was superfluous as the entitlement to recovery arose on the finding of payment

payer et dans des circonstances qui laissent supposer qu'elle la paie volontairement pour compléter une opération, elle ne peut la recouvrer. En droit, un tel paiement équivaut à un don et l'opération ne peut être révisée. Si une personne paie une somme qu'elle n'est pas tenue de payer, sous la contrainte d'une nécessité urgente ou d'une saisie, réelle ou appréhendée, de ses biens, elle peut la recouvrer à titre d'enrichissement sans cause.

Dans *Halsbury*, 4^e éd, vol. 9, p. 453, au par. 664, on fait remarquer que la contrainte peut être [TRADUCTION] «la contrainte «de fait» aussi bien que «légale réelle»».

Le juge Spence a aussi fait remarquer que le juge Kerwin (alors juge puîné) a accordé le recouvrement de sommes versées sous «contrainte de fait» dans l'arrêt *Knutson c. The Bourkes Syndicate and Others*, [1941] R.C.S. 419, à la p. 425; voir aussi *The Municipality of the City and County of St. John et al. c. Fraser-Brace Overseas Corporation, et al.*, [1958] R.C.S. 263, à la p. 282. Aucun élément d'erreur n'était présent dans ces affaires.

Le juge Spence a conclu qu'Eadie n'avait qu'à établir la contrainte de fait pour avoir droit au recouvrement. Il dit, à la p. 582:

[TRADUCTION] L'avocat de l'intimée a fait valoir que pour qu'il soit justifié de demander le remboursement de la somme payée en raison d'une erreur de droit commune pour le motif qu'il était forcé de la payer, le demandeur doit s'être trouvé dans une situation où aucune autre solution n'était possible. Je suis d'avis que ce qui fait obstacle au droit de recouvrement du demandeur n'est pas aussi strict et qu'une contrainte de fait est seule nécessaire.

Comme on le verra plus loin, j'interprète la dernière phrase comme si elle se rapportait seulement au principe de droit applicable au paiement de sommes fait sous contrainte. Dans cette affaire, le demandeur a effectué le paiement et le transfert de propriété en vue de compléter une vente nécessaire avant que l'acheteur ne se retire et cette Cour a conclu qu'il y avait contrainte de fait. Le juge Spence a conclu que le demandeur avait le droit de recouvrer la somme [TRADUCTION] «payée sous contrainte et en raison d'une erreur de droit commune» (p. 583). A mon avis, la présence d'une erreur de droit chez les parties était superflue

under practical compulsion. The authorities relied on by the majority are all to this effect and are in accord with the older cases concerned with illegal transactions and payments under compulsion. It should be noted as well that Ritchie J. dissented on the grounds that *Maskell v. Horner, supra*, was not a case of payment under mistake of law; and that on the facts the money in *Eadie, supra*, was paid voluntarily under an agreement. Judson J. also dissented on the basis that the moneys had been paid and the property transferred under an agreement freely entered into and hence were unrecoverable. On the facts of the case, it is clear that the majority were proceeding on the basis that the elements of mistake of law and involuntary payment were both present. The remedy of recovery is clearly available when the latter alone is present. As we have seen, these separate doctrines have frequently been discussed in the same judgment and indeed there may have been a tendency at times to mingle the remedy of the one with the principle of the other.

A similar intermingling of the application of the rules concerning recovery of moneys paid under an illegal contract and the recovery of moneys paid under mutual mistake of law is well illustrated in *Harse v. Pearl Life Assurance Company*, [1904] 1 K.B. 558. The general rule that recovery of past payment and collection of future payments are alike barred is subject to no exception in the latter case, and in the former case only in the presence of "fraud, duress, or oppression, or difference in the position of the parties which created a fiduciary relationship to the plaintiff so as to make it inequitable for the defendants to insist on the bargain that they had made with the plaintiff, . . ." (per Collins M.R., at p. 563). Romer L.J., at p. 564 applies the same tests to determine entitlement to recovery of moneys paid under an illegal contract and categorizes these tests as the means of determining that the parties to the illegal transaction were or were not "*in pari delicto*". On the facts, the policies of insurance were contrary to statute and hence were void and illegal. The agent of the

puisque le droit au recouvrement découlait de la conclusion que le paiement était le résultat d'une contrainte de fait. La jurisprudence sur laquelle s'appuie la majorité est entièrement en ce sens et est conforme aux arrêts plus anciens portant sur les opérations illégales et les paiements faits sous contrainte. Il faut remarquer en outre que le juge Ritchie était dissident pour le motif que l'arrêt *Maskell v. Horner*, précité, ne portait pas sur un paiement dû à une erreur de droit et qu'en fait, la somme en cause dans l'arrêt *Eadie*, précité, avait été payée volontairement en vertu d'un contrat. Le juge Judson était aussi dissident pour le motif que la somme avait été payée et la propriété transférée en vertu d'un contrat conclu librement et qu'il était ainsi impossible de les recouvrer. D'après les faits en présence dans cette affaire, il est clair que la majorité a statué en fonction de la présence à la fois d'une erreur de droit et d'un paiement involontaire. Il est évident que le droit au recouvrement existe lorsque seul le dernier élément est présent. Comme nous l'avons vu, ces doctrines distinctes ont souvent été examinées dans un même arrêt et, en fait, on peut avoir été porté à l'occasion à confondre la solution de l'une avec le principe de l'autre.

L'arrêt *Harse v. Pearl Life Assurance Company*, [1904] 1 K.B. 558 illustre bien une confusion semblable de l'application des règles relatives au recouvrement des sommes payées en vertu d'un contrat illégal et au recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de droit commune. La règle générale portant que le recouvrement d'un paiement antérieur et la perception de futurs paiements sont également interdits n'est assujettie à aucune exception dans le dernier cas, et dans le premier cas uniquement lorsqu'il y a [TRADUCTION] «fraude, violence ou oppression, ou différence dans la situation des parties qui a engendré des rapports de confiance avec le demandeur de sorte qu'il est injuste, pour les défendeurs, d'insister sur le marché conclu avec le demandeur . . . » (le maître des rôles Collins, à la p. 563). A la page 564, le lord juge Romer applique les mêmes critères pour déterminer le droit au recouvrement des sommes payées en vertu d'un contrat illégal et qualifie ces critères de moyens d'établir si les parties à l'opération illégale étaient ou non «parties

insurer had misled the policyholder as to his insurable interest but nevertheless the parties were held to be "*in pari delicto*", and the premiums paid under the policy could not be recovered. The insurer, of course, was at no time at risk in law although in receipt of premiums for coverage. That the parties were mistaken as to what in law was an insurable risk is clear, but recovery was not granted on the basis of mistake.

Mistake of law "without more" and without "something more in addition" (in the words of Lord Denning in *Kiriri*, *supra*, at p. 204) may be an allusion to the need to find compulsion or illegality to introduce a right of recovery on the happening of mutual mistake of law. In compulsion, recovery is allowed as the payment is not made voluntarily and there is no reason to suppose, only because of the fact of payment, that the plaintiff had surrendered his right to recover his moneys paid under practical compulsion. In the case of illegal transactions, the concept of *in pari delicto* is introduced to determine entitlement to recovery. In the absence of either of these elements, the "something more in addition to a mistake of law", *supra*, is missing, and the rule applicable on mutual mistake of law operates to deny recovery.

The law applicable to the transaction in this appeal is not that applicable to the recovery of payments made under duress or to the recovery of moneys paid under an illegal transaction, but rather the law applicable to the recovery of moneys paid under mutual mistake of law occurring in the absence of either of the other two elements. Hence the rules for recovery applicable with respect to illegality and compulsion are not relevant. In such circumstances the exemptions relating to illegal transactions are not operable. The principle of mistake of law thus bars recovery of the moneys paid by the appellant.

à un acte illégal». D'après les faits, les polices d'assurance étaient contraires à la loi et, partant, nulles et illégales. Le représentant de l'assureur avait induit en erreur le titulaire de la police quant à son intérêt assurable, mais on a néanmoins conclu que les parties étaient «parties à un acte illégal» et qu'il n'était pas possible de recouvrer les primes versées conformément à la police. Evidemment, l'assureur n'assumait, sur le plan légal, aucun risque même s'il touchait les primes d'assurance. Il est clair que les parties se sont fourvoyées sur ce qu'était en droit un risque assurable, mais on n'a pas permis un recouvrement fondé sur l'erreur.

L'erreur de droit [TRADUCTION] «sans plus» (selon les termes de lord Denning dans l'arrêt *Kiriri*, précité, à la p. 204) peut faire allusion à la nécessité de conclure à l'existence de contrainte ou à l'illégalité pour donner droit au recouvrement quand il y a erreur de droit commune. Lorsqu'il y a contrainte, le recouvrement est permis puisque le paiement n'est pas volontaire et il n'y a aucune raison de présumer, simplement parce qu'il y a eu paiement, que le demandeur a abandonné son droit de recouvrer les sommes qu'il a payées par suite d'une contrainte de fait. Dans le cas d'une opération illégale, on applique le concept des parties à un acte illégal pour décider du droit au recouvrement. En l'absence de l'un ou l'autre de ces éléments, la condition «s'il y a plus qu'une erreur de droit» fait défaut et la règle relative à l'erreur de droit commune s'applique pour refuser le recouvrement.

Le droit applicable à l'opération en l'espèce est non pas celui qui s'applique au recouvrement de paiements effectués sous contrainte ou au recouvrement de sommes payées aux termes d'une opération illégale, mais plutôt le droit qui s'applique au recouvrement de sommes versées en raison d'une erreur de droit commune qui s'est produite en l'absence de l'un ou l'autre des deux autres éléments. Ainsi les règles du recouvrement qui s'appliquent dans le cas de l'illégalité et de la contrainte ne sont pas pertinentes. Dans ces circonstances, les exceptions relatives aux opérations illégales sont inapplicables. Le principe de l'erreur de droit empêche donc le recouvrement des sommes versées par l'appelante.

These authorities, both old and current, relating to the situation where mistake of law alone is present, are founded, in my respectful view, on good sense and practicality. Certainty in commerce and in public transactions such as we have here is an essential element of the well-being of the community. The narrower rule applicable to mistake of law as compared to that applicable to mistake of fact springs from the need for this security and the consequential freedom from disruptive undoing of past concluded transactions. Mistake of fact is, of course, limited to the parties and has no *in rem* consequences; hence the more generous view. In any event, nothing has been brought to light in the review of the law by the parties on this appeal to indicate any basis for the merging of the principles applicable to the categories of mistake, and indeed the wisdom embodied in the authorities augurs for the maintenance of this ancient distinction.

Since writing the foregoing I have had the opportunity of reading the reasons of my colleague Dickson J. The thrust of the appellant's submission was centred on the question as to whether the parties to the mistake of law were *in pari delicto*. Unjust enrichment is mentioned in its factum only with reference to the argument that the appellant and the respondent were not *in pari delicto*. In the course of argument the appellant, in response to a question from the Court, stated that it was not urging and not founding its appeal on the abolition of the distinction in law between mistake of fact and mistake of law. Indeed, the rule was accepted, and the application sought in the appellant's argument was that said to have been followed by this Court in *Eadie v. The Township of Brantford*, *supra*. Accordingly my considerations have been confined to the operation of the doctrine of mistake of law as argued.

This course may well have been taken by both counsel because of the nature of the statutes (concerned with the generation and distribution of electricity to the inhabitants throughout the province, at cost) and the nature of the contending bodies. Each party is a public body 'owned' by the

A mon avis, la jurisprudence, tant ancienne que contemporaine, relative aux cas où seule l'erreur de droit est présente, se fonde sur le bon sens et des considérations pratiques. En matière de commerce et d'affaires publiques comme c'est le cas en l'espèce, la certitude est un élément essentiel du bien-être de la collectivité. Si on la compare à la règle applicable à l'erreur de fait, la règle plus stricte applicable à l'erreur de droit émane du besoin de cette sécurité et de l'assurance qui s'ensuit qu'il n'y aura pas de rupture intempestive d'opérations conclues antérieurement. L'erreur de fait se restreint, bien sûr, aux parties et n'a pas de conséquences *in rem*; on est donc plus libéral à son égard. En tout état de cause, les parties en l'espèce n'ont fait ressortir, dans leur analyse du droit, aucun argument justifiant le fusionnement des principes applicables aux catégories d'erreurs et, en fait, la sagesse inhérente à la jurisprudence plaide en faveur du maintien de cette vieille distinction.

Depuis que j'ai rédigé ces motifs, j'ai eu l'occasion de lire les motifs de mon collègue le juge Dickson. L'argument principal de l'appelante portait sur la question de savoir si les parties à l'erreur de droit étaient parties à un acte illégal. L'enrichissement illégitime n'est mentionné dans son mémoire qu'en ce qui a trait à l'argument selon lequel l'appelante et l'intimée ne sont pas parties à un acte illégal. Au cours des plaidoiries, l'appelante a déclaré, en réponse à une question de la Cour, qu'elle ne fondait pas son appel sur l'abolition de la distinction en droit entre l'erreur de fait et l'erreur de droit et qu'elle ne réclamait pas cette abolition dans son appel. En fait, la règle était acceptée et, dans son argument, l'appelante cherchait à faire appliquer la règle de la même manière que, selon elle, cette Cour l'a fait dans l'arrêt *Eadie c. The Township of Brantford*, précité. En conséquence, mes motifs se limitent à l'application de la doctrine de l'erreur de droit telle qu'elle a été plaidée.

Cette façon de procéder peut bien avoir été adoptée par les avocats des deux parties en raison de la nature des textes législatifs (qui visent la production et la distribution, au prix coûtant, de l'électricité aux habitants de la province) et de celle des organismes en présence. Les deux parties

people of the province in the one case and by the Township in the other (the latter, of course, participate in each organization). Neither has the authority to 'accumulate' surplus assets or resources. The concept of unjust enrichment is not easily associated with these relationships.

I therefore would dismiss this appeal with costs. As we have treated the notice to vary as a cross-appeal, I would likewise dismiss the cross-appeal with costs.

Appeal and notice to vary (cross-appeal) dismissed with costs, LASKIN C. J. and DICKSON J. dissenting.

Solicitors for the appellant: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for the respondent: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

sont un organisme public «qui appartient» aux citoyens de la province dans un cas et à un canton dans l'autre cas (dont les habitants, dans ce dernier cas, participent évidemment aux deux organismes). Aucune n'a le pouvoir d'«accumuler» des surplus d'actifs ou de ressources. Le concept de l'enrichissement illégitime ne peut être facilement associé à ces rapports.

Je suis en conséquence d'avis de rejeter le présent pourvoi avec dépens. Puisque nous avons considéré l'avis de modification comme un pourvoi incident, je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens.

Pourvoi et pourvoi incident (avis de modification) rejetés avec dépens, le juge en chef LASKIN et le juge DICKSON sont dissidents:

Procureurs de l'appelante: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Day, Wilson, Campbell, Toronto.