



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Nolan c. Kerry (Canada) Inc., 2009 CSC 39

DATE : 20090807

DOSSIER : 32205

ENTRE :

**Elaine Nolan, George Phillips, Elisabeth Ruccia, Paul Carter, R.A. Varney
et Bill Fitz, membres du Comité de retraite des employés de DCA
représentant certains des participants et anciens participants du régime
de retraite des employés de Kerry (Canada) Inc.**

Appelants

et

Kerry (Canada) Inc. et Surintendant des services financiers

Intimés

- et -

**Association canadienne des administrateurs de régimes
de retraite et Congrès du travail du Canada**

Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein

MOTIFS DE JUGEMENT : Le juge Rothstein (avec l'accord des juges Binnie,
(par. 1 à 133) Deschamps, Abella et Charron)

MOTIFS DISSIDENTS EN PARTIE : Le juge LeBel (avec l'accord du juge Fish)
(par. 134 à 204)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive
dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

NOLAN C. KERRY (CANADA) INC.

Elaine Nolan, George Phillips, Elisabeth Ruccia, Paul Carter, R.A. Varney et Bill Fitz, membres du Comité de retraite des employés de DCA représentant certains des participants et anciens participants du régime de retraite des employés de Kerry (Canada) Inc.

Appelants

c.

Kerry (Canada) Inc. et Surintendant des services financiers

Intimés

et

Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite et Congrès du travail du Canada

Intervenants

Répertorié : Nolan c. Kerry (Canada) Inc.

Référence neutre : 2009 CSC 39.

N° du greffe : 32205.

2008 : 18 novembre; 2009 : 7 août.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

Pensions — Régimes de retraite — Frais — L'employeur est-il tenu de payer les frais du régime de retraite? — Ces frais peuvent-ils être payables à même la caisse de retraite?

Pensions — Régimes de retraite — Suspensions de cotisations — Régime de retraite à prestations déterminées modifié en 2000 de manière à instaurer un volet à cotisations déterminées — Caisse de retraite du régime constituée de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires distincts — L'employeur peut-il utiliser l'excédent actuariel de la caisse de retraite du volet initial à prestations déterminées pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisations, tant dans le volet à prestations déterminées que dans le volet à cotisations déterminées du régime?

Procédure civile — Dépens — Tribunal des services financiers — Régimes de retraite — Questions soumises au Tribunal concernant les obligations imposées à l'employeur par le régime de retraite — Caisse de retraite n'étant pas partie à l'instance — Le Tribunal des services financiers peut-il adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite? — Lors du contrôle judiciaire, le tribunal doit-il exercer son pouvoir discrétionnaire pour adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite? — Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario, 1997, L.O. 1997, ch. 28, art. 24.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal des services financiers — Norme de contrôle applicable à l'examen des décisions du Tribunal concernant son pouvoir

d'adjuger les dépens et à celui des obligations imposées à l'employeur par le régime de retraite.

Depuis 1954, la société intimée administre un régime de retraite (le « régime ») pour ses employés. Les employés et la société devaient, selon le texte du régime, verser des cotisations et une convention de fiducie distincte prévoyait que ces cotisations devaient être versées dans une fiducie (la « fiducie ») créée en vertu de la convention et détenues dans une caisse en fiducie (la « caisse en fiducie » ou la « caisse »). En 2001, la caisse affichait un excédent actuariel depuis déjà plusieurs années. Jusqu'en 1984, la société payait directement les frais du régime. En 1985, à la suite des modifications apportées aux documents relatifs au régime, elle a commencé à payer à même la caisse les services d'actuariat, de gestion des investissements et de vérification fournis par des tiers. À partir de 1985, elle a aussi commencé à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations à l'égard de ses obligations de financement, c'est-à-dire à recourir aux suspensions de cotisations.

Avant 2000, le régime ne comportait que le volet à prestations déterminées (le volet « PD »). En 2000, son texte a été modifié de nouveau de manière à comporter un volet à cotisations déterminées (le volet « CD »). Le volet PD a continué de s'appliquer aux employés en poste, mais il était fermé aux nouveaux employés; ainsi, tous les nouveaux employés participeraient au volet CD. Les employés qui participaient au volet PD ont eu la possibilité de passer au volet CD. Par l'effet de ces modifications, les employés ont été divisés en « participants de la partie 1 » — ceux qui participaient au volet PD du régime —, et en « participants de la partie 2 » — ceux qui, après le 1^{er} janvier 2000, participaient au volet CD du régime. La caisse était constituée de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires différents. La société a fait part

de son intention de suspendre ses cotisations à l'égard des participants au volet CD (les « participants CD ») en employant l'excédent de la caisse du volet PD, lequel couvrait encore les participants au volet PD (les « participants PD »), pour acquitter les primes dues relativement au volet CD.

Après la présentation des modifications en 2000, certains anciens employés de la société qui participaient au régime (le « comité ») ont demandé au surintendant des services financiers de l'Ontario (le « surintendant ») de faire la lumière sur le paiement des frais du régime à même la caisse et les suspensions de cotisations dont s'est prévalu la société. Le surintendant a émis deux avis de proposition. Aux termes du premier avis, il a proposé d'ordonner à la société de rembourser à la caisse les frais qui n'avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des participants au régime. Aux termes du deuxième avis, il a proposé de refuser, entre autres, d'ordonner à la société de verser à la caisse les cotisations qu'elle aurait dû payer si elle ne s'était pas prévalu d'une suspension de cotisations. La société et le comité ont demandé la tenue d'une audience devant le Tribunal des services financiers pour contester les avis de proposition. Le Tribunal a conclu : (1) que tous les frais du régime en cause pouvaient être prélevés sur la caisse, exception faite des 6 455 \$ pour les honoraires de consultation liés à l'introduction du volet CD du régime et (2) que la société pouvait suspendre ses cotisations quand la caisse était excédentaire. Le Tribunal a reconnu que les documents relatifs au régime, dans leur version modifiée de 2000, n'autorisaient pas la suspension des cotisations au régime CD. Il a toutefois conclu que la société pouvait rétroactivement modifier les dispositions du régime afin de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse en fiducie, ce qui permettait ainsi à la société de financer ses cotisations au volet CD par prélèvement sur l'excédent du volet PD. Le Tribunal a également refusé d'adjudger des dépens payables à même

la caisse.

En appel, la Cour divisionnaire a conclu que les frais en cause ne pouvaient pas être payés à même la caisse puisqu'ils n'avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des employés et qu'un tel paiement constituait une révocation partielle de la fiducie. La cour, bien qu'elle ait confirmé la décision du Tribunal selon laquelle les suspensions des cotisations dans le cadre de l'arrangement PD étaient autorisées, a statué que l'excédent de la caisse accumulé dans le cadre de l'arrangement PD ne pouvait servir à financer les cotisations de la société à l'arrangement CD. Elle a aussi conclu que le Tribunal avait eu raison d'affirmer qu'il n'avait pas compétence pour ordonner le paiement des dépens à même la caisse, mais qu'elle avait compétence pour le faire. Pour ce qui est des questions pertinentes, la Cour d'appel a accueilli l'appel de la société, a rejeté l'appel incident du comité et a confirmé les décisions du Tribunal.

Arrêt (les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : Compte tenu de la raison d'être du Tribunal, de la nature des questions en jeu et de l'expertise du Tribunal, la norme de contrôle applicable à l'examen des questions liées aux frais du régime, aux suspensions des cotisations au régime PD et aux suspensions des cotisations au régime CD est celle de la raisonnable. Ces questions sont essentiellement des questions de droit en ce sens qu'elles portent sur l'interprétation des régimes de retraite et des textes s'y rapportant. Toutefois, le Tribunal possède une expertise pour l'interprétation de ces textes puisqu'il est près du secteur d'activités et qu'il connaît davantage le régime administratif du droit régissant les régimes de retraite. La norme

de la raisonnable s'applique aussi à la question de savoir si le Tribunal peut ordonner le paiement des dépens à même la caisse. Pour trancher cette question, le Tribunal doit interpréter sa loi constitutive afin d'établir les paramètres de l'ordonnance relative aux dépens qu'il peut rendre. La question des dépens est liée au pouvoir général du Tribunal d'examiner les décisions du surintendant dans le contexte de la réglementation des régimes de retraite. Le tribunal devrait appliquer la norme de contrôle qui commande la déférence à l'égard de la décision du Tribunal à ce sujet. [29-31][35]

À l'exception des frais de consultation liés à une étude sur la possibilité d'ajouter un volet CD au régime, la société n'était pas tenue de payer les frais du régime en cause puisque les documents relatifs au régime ne lui imposent pas, expressément ou implicitement, une telle obligation. La convention de fiducie, dans sa version modifiée de 1958, prévoit que la société s'engage à payer les dépenses et les honoraires des fiduciaires. Entre la société et le fiduciaire, ces dispositions ne couvrent que les dépenses engagées dans l'exercice des fonctions du fiduciaire et dans le cadre de l'exécution de la présente fiducie. Elles ne font pas mention des autres frais engagés dans le cadre de l'administration du régime. Les dépenses liées aux services d'actuares, de comptables, de conseillers et d'autres professionnels nécessaires pour l'administration du régime représentent des frais du régime, mais il ne s'agit pas d'honoraires et de dépenses engagés dans le cadre de l'exécution de la fiducie. De plus, les modifications apportées à la convention de fiducie en 1958, qui prévoyaient le paiement d'impôts, d'intérêts et de pénalités par prélèvement sur la caisse, ne pouvaient pas imposer à la société des obligations supplémentaires puisqu'elles comportaient également une disposition énonçant expressément que les modifications ne créent pas pour la société des obligations autres que celles qu'elle a assumées aux termes du régime. Le texte de la convention de fiducie, qui interdit l'utilisation de la caisse à d'autres fins que le bénéfice

exclusif des employés, ne pouvait pas non plus imposer à la société l'obligation de payer les frais du régime. L'expression « bénéfice exclusif » est assujettie à la restriction qu'elle ne créera pas d'autres obligations pour la société. Le paiement des frais du régime est nécessaire pour préserver l'intégrité et assurer le maintien du régime, et l'existence du régime constitue un avantage pour les employés. Il est donc au bénéfice exclusif des employés que les frais visant à assurer le maintien du régime soient payés à même la caisse. Enfin, le paiement des frais du régime à même la caisse ne constitue pas une révocation partielle de la fiducie. En l'absence d'une obligation de la société de payer les frais du régime, les sommes qui se trouvent dans la caisse de retraite peuvent être utilisées pour payer les frais raisonnables et légitimes, et dans la mesure où les fonds servent à payer des frais légitimes nécessaires pour l'intégrité et le maintien du régime, la société ne prétend pas contrôler l'utilisation des fonds en fiducie. [17][38-39][44][50-52][55][57-59]

La société avait le droit de suspendre ses cotisations dans le cadre de l'arrangement CD. Lorsque les documents relatifs au régime prévoient que la pratique actuarielle détermine les besoins de financement, l'employeur peut suspendre ses cotisations à moins que le texte du régime ou la législation ne l'interdisent. Le droit de suspendre ses cotisations peut être exclu explicitement ou implicitement dans les cas où le régime prescrit une formule de calcul des cotisations de l'employeur qui retire tout pouvoir discrétionnaire à l'actuaire. En l'espèce, les cotisations de la société sont établies au moyen de calculs actuariels. L'alinéa 14b) du régime, dans sa version modifiée de 1965, prévoit des cotisations qui couvriront les futures prestations de retraite des participants et nécessite l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire puisqu'il n'établit pas les cotisations annuelles. La disposition n'empêche donc pas la société de suspendre ses cotisations si l'actuaire certifie qu'aucune cotisation n'est nécessaire pour verser aux participants les prestations de retraite qui leurs

sont dues. [17][68-70][76]

La décision du Tribunal d'autoriser les suspensions de cotisations au volet CD du régime, une fois les modifications rétroactives apportées, n'était pas déraisonnable. Aucune restriction législative n'interdit la modification rétroactive visant à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la fiducie, la création d'un régime unique et d'une fiducie unique, et la suspension des cotisations au volet CD. Les documents relatifs au régime n'empêchent pas de combiner les deux volets dans un régime unique; de plus, rien dans ces documents et aucun principe du droit des fiducies n'interdisent l'utilisation de l'excédent actuariel pour suspendre les cotisations au volet CD. Compte tenu des documents relatifs au régime, il était raisonnable pour le Tribunal de conclure qu'il y avait un régime unique et que, à la suite de la modification rétroactive, il pouvait y avoir une fiducie unique, et que la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets PD et CD du régime, ou aux deux, ne violait pas la disposition relative au bénéfice exclusif ni ne constituait une révocation partielle de la fiducie. De même, il n'était pas déraisonnable que les participants CD puissent être désignés comme bénéficiaires de la fiducie. Le fait que les fonds des volets PD et CD soient détenus par différents fiduciaires ne les empêche pas d'appartenir à la même fiducie. Après l'adoption des modifications rétroactives, le régime serait constitué des volets PD et CD. Les participants aux deux volets du régime bénéficieraient de la fiducie et l'utilisation des fonds en fiducie au profit des participants de l'un ou l'autre des volets serait autorisée puisque la fiducie prévoit explicitement que les fonds peuvent être utilisés au profit des bénéficiaires. [84-85][91][93][103][110][114]

Le fait de permettre rétroactivement le financement du volet CD au moyen de l'excédent

du volet PD n'a pas d'incidence sur les dispositions du régime concernant le bénéfice exclusif. La modification étant rétroactive, il n'y aurait en droit aucune réouverture d'un régime fermé ni aucune tentative de fusionner deux fiducies indépendantes. En l'espèce, on n'a mis fin ni au régime, ni à la fiducie. Seule une partie du régime est fermée aux nouveaux employés. Par conséquent, aucun excédent réel n'est dévolu aux employés. L'excédent du volet PD demeure actuariel et les participants à ce volet conservent leur droit aux prestations définies aux termes du régime. Ils ont un intérêt dans l'excédent seulement dans la mesure où il ne peut être retiré ou mal employé. La modification rétroactive du régime ne prive pas les participants PD de leur droit de propriété dévolu. Ils n'ont pas le droit d'exiger des excédents financiers en vue de renforcer leur sécurité. [104][106-107][113]

Compte tenu de l'art. 24 de la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, le Tribunal n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il ne pouvait pas ordonner le paiement des dépens à même la caisse de retraite. Comme celle-ci n'était pas partie à l'instance, le Tribunal ne pouvait pas ordonner le paiement des dépens à même la caisse. [17][116-117]

La Cour d'appel a eu raison de refuser d'adjuger les dépens au comité par prélèvement sur la caisse de retraite. Il s'agit principalement de savoir si le litige est contradictoire ou s'il est axé sur la bonne administration de la caisse de retraite. Les demandes de nature contradictoire ne donneront pas droit à une adjudication des dépens par prélèvement sur la caisse. En l'espèce, le litige était de nature contradictoire parce qu'il portait, en dernière analyse, sur la légitimité des mesures prises par la société et parce que le comité demandait que les fonds soient versés dans la caisse au bénéfice exclusif des participants PD. La société a obtenu gain de cause en l'espèce et il

n'existe aucune raison de la pénaliser en réduisant l'excédent de la caisse et, par conséquent, en réduisant ses possibilités de suspendre ses cotisations. [17][124][128-129]

Les juges LeBel et Fish (dissidents en partie) : Le régime législatif ne permet pas à la société d'utiliser l'excédent d'un régime de retraite à prestations déterminées (le « régime PD ») pour financer ses cotisations obligatoires à un régime de retraite à cotisations déterminées (le « régime CD »); une telle utilisation constitue une violation des dispositions du régime, de la convention de fiducie et des principes pertinents du droit des fiducies. En 2000, à la création du régime CD, les employés de la société ont cessé de participer à un régime unique. Ceux qui participent au régime CD (les « participants CD ») ne sont pas bénéficiaires de la fiducie PD. Le Tribunal a reconnu que les modifications apportées au régime par la société en 2000 qui visent à autoriser la suspension des cotisations au régime CD contreviennent à la convention de fiducie de 1954 et constituent un empiétement sur les fonds en fiducie irrévocable. Il n'a toutefois pas pris en considération ces principes lorsqu'il a ordonné, à titre de réparation, que les participants CD soient désignés rétroactivement comme bénéficiaires de la caisse. La modification rétroactive enfreindrait les dispositions mêmes de la convention de fiducie et le texte du régime, qui de toute façon interdisent la suspension des cotisations. Par conséquent, la décision du Tribunal d'approuver une telle modification est déraisonnable. [135][141]

La Cour d'appel a donc fait erreur en confirmant que la décision du Tribunal sur la suspension des cotisations et en rétablissant la désignation rétroactive. Premièrement, la cour n'a pas tenu compte du fait que ce type de suspension des cotisations ne trouve pas appui dans les dispositions législatives et réglementaires applicables, qui n'autorisent pas l'employeur à compenser

ses cotisations obligatoires à un régime CD par l'excédent accumulé dans la caisse d'un régime PD, sauf dans le cas d'une conversion totale d'un régime PD en un régime CD. En l'espèce, il n'y a pas eu conversion totale. Deuxièmement, la cour a donné une interprétation indûment formaliste au régime de retraite et n'a pas évalué la nature distincte des régimes PD et CD en l'espèce et s'est concentrée sur l'existence formelle d'un régime unique. Il faut examiner l'aménagement particulier de chaque régime, qui varie d'une affaire à l'autre, pour déterminer s'il n'existe effectivement qu'un seul régime. Les documents relatifs au régime doivent révéler clairement l'intention de maintenir un seul régime et, plus important encore, la structure du régime doit réellement refléter et respecter cette intention. En l'espèce, les documents relatifs au régime révèlent l'existence d'une séparation partielle entre le régime PD et le régime CD qui confirme que les modifications de 2000 ont effectivement créé un second régime de retraite dont les participants ne sont pas bénéficiaires du fonds initial. Les régimes PD et CD constituent des entités distinctes qui ne sauraient être traitées comme deux volets d'un même régime. Troisièmement, la cour aurait dû prendre en compte les ramifications qu'entraîne pour la fiducie la suspension des cotisations au régime CD dont s'est prévalu la société, car le droit des fiducies interdit à l'employeur de tenter de contrôler ou de retirer des éléments d'actif irrévocables de la caisse pour suspendre ses cotisations obligatoires à l'égard d'un autre groupe de participants au régime. [142-144][158][162][168][201]

La société a le droit de modifier unilatéralement le régime, mais les modifications demeurent assujetties à la convention de fiducie de 1954, qui interdit d'utiliser les fonds à d'autres fins que le bénéfice exclusif des bénéficiaires de la fiducie, c'est-à-dire en l'espèce les participants PD. L'utilisation de l'excédent de la caisse pour réaliser une suspension de cotisations au régime CD viole les dispositions relatives au bénéfice exclusif prévues dans le régime et la convention de

fiducie puisque tous en bénéficient, sauf les participants PD. Par ailleurs, la désignation des participants CD comme bénéficiaires de la caisse ne bénéficierait pas exclusivement ni même principalement aux participants PD. Seuls la société et les participants CD, qui n'ont plus aucun droit à la caisse, pourraient certainement bénéficier de cette désignation. L'illégalité de la suspension des cotisations au régime CD ne serait pas corrigée même si les participants CD pouvaient être déclarés bénéficiaires de la caisse. Le retrait de fonds destiné à permettre à la société de suspendre ses cotisations au régime CD constituerait toujours une violation des dispositions relatives au bénéfice exclusif. Il n'a pas été démontré que la structure de la caisse serait modifiée par suite de cette désignation. La société continuerait à s'autoriser des suspensions de cotisations au régime CD en retirant des éléments d'actif de la caisse pour les déposer dans les comptes des participants CD. Ce déplacement de fonds ne profite exclusivement à aucun bénéficiaire, qu'il s'agisse de participants PD ou CD. [174][176-177][179][183]

En tentant d'utiliser l'excédent du régime PD pour financer ses cotisations obligatoires au régime CD, la société viole aussi un des principes qui caractérisent le droit des fiducies : l'interdiction de révoquer la fiducie. L'employeur ne peut retirer les cotisations de retraite détenues en fiducie à moins qu'un pouvoir de révocation ne soit expressément prévu dans la fiducie au moment de sa création. Un pouvoir de modification général n'entraîne pas un pouvoir de révocation. Une fois les éléments d'actif déposés dans la caisse en fiducie, le constituant ne peut pas les modifier ni les retirer pour son propre usage, sauf si le pouvoir de le faire est expressément prévu dans la convention de fiducie. Ce principe s'applique non seulement au capital de la caisse en fiducie, mais aussi à l'excédent, à moins que le texte même des documents relatifs au régime ne soustraie l'excédent à l'application de la fiducie. En l'espèce, la convention de fiducie ne prévoit

aucun pouvoir de révocation et la société a partiellement révoqué la fiducie en utilisant l'excédent du régime PD pour suspendre ses cotisations au régime CD. Le transfert d'éléments d'actif de la caisse d'un régime PD dans les comptes des participants CD représente un exemple évident du contrôle exercé par la société sur l'actif fiduciaire. La conclusion ne changerait pas même si les participants CD pouvaient en toute légitimité être désignés comme bénéficiaires de la caisse de retraite. [191-194][196-197][200]

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Distinction d'avec les arrêts : *Markle c. Toronto (City)* (2003), 63 O.R. (3d) 321; *Kemble c. Hicks*, [1999] EWHC 301 (BAILII), [1999] O.P.L.R. 1; *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973; **arrêts examinés :** *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Hockin c. Bank of British Columbia* (1995), 123 D.L.R. (4th) 538; *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620; *Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1997), 35 O.R. (3d) 375; *T.S.C.O. of Canada Ltd. c. Châteauneuf*, [1995] R.J.Q. 637; *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196; *Barclays Bank Plc c. Holmes*, [2000] EWHC 457 (BAILII), [2001] O.P.L.R. 37; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *GenCorp Canada Inc. c. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497; *Lockheed Corp. c. Spink*, 517 U.S. 882 (1998); *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64; *National Grid Co.*

plc c. Mayes, [2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417; *Buckton c. Buckton*, [1907] 2 Ch. 406; *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2006), 53 C.C.P.B. 154; *Patrick c. Telus Communications Inc.*, 2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506; *Smith c. Michelin North America (Canada Inc.)*, 2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d) 274; *Huang c. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)*, 2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107; *Patrick c. Telus Communications Inc.*, 2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74; *Burke c. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 299 D.L.R. (4th) 276; *Ontario Teachers' Pension Plan Board c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2003), 36 C.C.P.B. 154; *MacKinnon c. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688; *C.A.S.A.W., Local 1 c. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.*, 2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504; *Bentall Corp. c. Canada Trust Co.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181; *White c. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee*, 2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39; *Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736; *Turner c. Andrews*, 2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 52.

Citée par le juge LeBel (dissident en partie)

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Barclays Bank Plc c. Holmes*, [2000] EWHC 457 (BAILII), [2001] O.P.L.R. 37; *Kemble c. Hicks*, [1999] EWHC 301 (BAILII), [1999] O.P.L.R. 1; *Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736; *Baxter c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 43 C.C.P.B. 1; *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 79 O.A.C. 196, conf. (2003), 34 C.C.P.B. 1; *Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) c. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 271; *Buschau c.*

Rogers Communications Inc., 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, inf. 2001 BCCA 16, 195 D.L.R. (4th) 257; *Imperial Group Pension Trust Ltd. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597; *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 98 D.L.R. (4th) 326, conf. par (1994), 110 D.L.R. (4th) 609; *Police Retirees of Ontario Inc. v. Ontario Municipal Employees' Retirement Board* (1999), 22 C.C.P.B. 49.

Lois et règlements cités

Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario, L.O. 1997, ch. 28, art. 24.

Loi sur les fiduciaires, L.R.O. 1990, ch. T.23, art. 6(b), 27(3).

Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 13(2), 19, 34, 81(1), (2), 87(1), (2), 89(9).

R.R.O. 1990, règl. 909, art. 3, 7(3), 9, 13, 14.

Doctrine citée

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto : Irwin Law, 2006.

Ontario. Commission d'experts en régimes de retraite. *Un just équilibre : Une retraite sûre, Un régime abordable, Des règles équitables*. Toronto : La Commission, 2008.

Seller, Susan Gail. *Ontario Pension Law Handbook*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006.

Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Gillese et Rouleau), 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, 282 D.L.R. (4th) 227, 225 O.A.C. 163, 60 C.C.P.B. 67,

[2007] O.J. No. 2176 (QL), 2007 CarswellOnt 3493, qui a infirmé la décision des juges O’Driscoll, Jarvis et Molloy (2006), 209 O.A.C. 21, 52 C.C.P.B. 1, [2006] O.J. No. 960 (QL), 2006 CarswellOnt 1503, et rétabli les décisions du Tribunal des services financiers rendues le 4 mars 2004 et le 1^{er} septembre 2004. Pourvoi rejeté, les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie.

Ari N. Kaplan, Kirk M. Baert et David Rosenfeld, pour les appelants.

Ronald J. Walker, Christine P. Tabbert et Peggy A. McCallum, pour l’intimée Kerry (Canada) Inc.

Deborah McPhail, pour l’intimé le surintendant des services financiers.

Jeff W. Galway et Kathryn M. Bush, pour l’intervenante l’Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite.

Steven Barrett, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève des questions relatives aux obligations d'un employeur aux termes du régime de retraite de ses employés. En particulier, il s'agit en l'espèce de décider (1) si l'employeur était tenu de payer les frais du régime de retraite ou si ces frais étaient payables à même la caisse de retraite; (2) si l'employeur pouvait utiliser l'excédent actuariel de la caisse de retraite pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisations, tant dans le volet à prestations déterminées (le volet « PD ») que dans le volet à cotisations déterminées (le volet « CD ») du régime. De plus, le pourvoi soulève deux questions se rapportant aux dépens : premièrement, le Tribunal des services financiers (le « Tribunal ») avait-il le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens aux appelants à même la caisse de retraite; deuxièmement, lors du contrôle judiciaire d'une décision portant sur les régimes de retraite, le tribunal doit-il exercer son pouvoir discrétionnaire pour adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite?

[2] La Cour d'appel de l'Ontario a tranché en faveur des intimés sur toutes les questions dont la Cour est maintenant saisie (2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, et 2007 ONCA 605, 282 D.L.R. (4th) 625). Je suis d'accord et je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi.

II. Les faits

[3] L'employeur intimé (la « société ») est actuellement nommé Kerry (Canada) Inc.; ses prédécesseurs comprennent DCA Canada Inc. Depuis 1954, l'employeur administre un régime de retraite (le « régime ») pour ses employés. Les modalités du régime étaient énoncées dans un texte entré en vigueur le 31 décembre 1954. Selon ce texte, les employés et la société devaient verser des cotisations. Un prédécesseur de la société et la National Trust Company Limited ont conclu une

convention de fiducie, aussi en date du 31 décembre 1954. Les cotisations étaient versées dans une fiducie (la « fiducie ») créée en vertu de la convention et détenues dans une caisse en fiducie (la « caisse en fiducie » ou la « caisse »).

[4] Environ 80 personnes participent au régime. En 2001, la caisse affichait un excédent actuariel depuis déjà plusieurs années.

[5] Le texte du régime et la convention de fiducie ont été modifiés à plusieurs reprises. Jusqu'en 1984, la société payait directement les frais du régime. En 1985, à la suite des modifications apportées aux documents relatifs au régime, elle a commencé à payer à même la caisse les services d'actuariat, de gestion des investissements et de vérification fournis par des tiers. Entre 1985 et 2002, environ 850 000 \$ ont été prélevés sur la caisse pour couvrir ces frais.

[6] À partir de 1985, la société a aussi commencé à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations à l'égard de ses obligations de financement, c'est-à-dire à recourir aux suspensions de cotisations; en 2001 le montant des cotisations non versées s'élevait à environ 1,5 M\$.

[7] Avant 2000, le régime ne comportait que le volet PD. En 2000, son texte a été modifié de nouveau de manière à comporter un volet CD. Le volet PD a continué de s'appliquer aux employés en poste, mais il était fermé aux nouveaux employés; ainsi, tous les nouveaux employés participeraient au volet CD. Les employés qui participaient au volet PD ont eu la possibilité de passer au volet CD. Par l'effet de ces modifications, les employés ont été divisés en « participants

de la partie 1 » — ceux qui participaient au volet PD du régime —, et en « participants de la partie 2 » — ceux qui, après le 1^{er} janvier 2000, participaient au volet CD du régime. Le régime de retraite était constitué de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires différents. La société a fait part de son intention de suspendre ses cotisations à l'égard des participants au volet CD (les « participants CD ») en employant l'excédent de la caisse du volet PD, lequel couvrait encore les participants au volet PD (les « participants PD »), pour acquitter les primes dues relativement au volet CD.

[8] Les appelants sont des membres du comité de retraite des employés de DCA et des anciens employés de la société qui participaient au régime (le « comité »). Le comité a été créé par des employés de la société et il est distinct du comité de retraite créé aux termes des documents relatifs au régime. Après la présentation des modifications de 2000, le comité a demandé au surintendant des services financiers (le « surintendant »), l'autre intimé en l'espèce, de rendre en vertu de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (la « *LRR* »), un certain nombre d'ordonnances relativement au paiement des frais du régime à même la caisse et aux suspensions de cotisations dont s'est prévalu la société.

[9] Le surintendant a émis deux avis de proposition. Aux termes du premier avis, il a proposé d'ordonner à la société de rembourser à la caisse les frais qui n'avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des participants au régime. Aux termes du deuxième avis, il a proposé de refuser, entre autres, d'ordonner à la société de verser à la caisse les cotisations qu'elle aurait dû payer si elle ne s'était pas prévalu d'une suspension de cotisations. La société a demandé la tenue d'une audience devant le Tribunal pour contester l'avis de proposition relatif aux frais. Le comité a

contesté devant le Tribunal le deuxième avis de proposition relatif aux suspensions de cotisations. Le surintendant était partie aux deux audiences.

[10] En ce qui concerne les questions pertinentes en l'espèce, le Tribunal a, de façon générale, tranché en faveur de la société. Lors de la première audience, il a conclu que tous les frais du régime en question pouvaient être prélevés sur la caisse, exception faite des 6 455 \$ pour les honoraires de consultation liés à l'introduction du volet CD du régime ([2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL)).

[11] Lors de la deuxième audience, le Tribunal a conclu que la société pouvait suspendre ses cotisations quand la caisse était excédentaire ([2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL)). Le Tribunal a reconnu que les documents relatifs au régime, dans leur version modifiée de 2000, n'autorisaient pas la suspension des cotisations au régime CD. Il a toutefois conclu que la société pouvait rétroactivement modifier les dispositions du régime afin de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse en fiducie, ce qui permettait ainsi à la société de financer ses cotisations au volet CD par prélèvement sur l'excédent du volet PD.

[12] Le Tribunal a également refusé d'adjudger des dépens ([2004] O.F.S.C.D. No. 190 (QL) et [2004] O.F.S.C.D. No. 191 (QL)). Pour ce qui est des dépens relatifs à la deuxième audience, il a conclu, à la majorité, qu'il n'avait pas le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse et que, de toute façon, il estimait injustifié de condamner l'une ou l'autre des parties aux dépens.

[13] Le comité a interjeté appel de ces décisions devant la Cour divisionnaire.

III. Décisions des instances inférieures

[14] La Cour divisionnaire a conclu que le paiement des frais du régime à même la caisse en fiducie constituait une révocation partielle de la fiducie, faisant remarquer que la décision de la Cour dans *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611, interdit la révocation d'une fiducie à moins que cela n'ait été expressément prévu au moment de la constitution de la fiducie. La Cour divisionnaire a confirmé la décision du Tribunal selon laquelle les suspensions des cotisations dans le cadre de l'arrangement PD étaient autorisées puisque les textes du régime ne l'interdisaient pas.

[15] Toutefois, la Cour divisionnaire a conclu que l'excédent de la caisse accumulé dans le cadre de l'arrangement PD ne pouvait servir à financer les cotisations de l'employeur à l'arrangement CD. Elle a statué que, selon le texte du régime de 2000, deux caisses distinctes avaient été créées — l'une pour l'arrangement PD et l'autre pour l'arrangement CD. Elle est arrivée à la conclusion qu'il y avait « en droit » deux régimes et deux caisses de retraite, lesquels ne pouvaient être mis en commun.

[16] La Cour divisionnaire a conclu que le Tribunal avait eu raison d'affirmer qu'il n'avait pas compétence pour ordonner le paiement des dépens à même la caisse ((2006), 209 O.A.C. 21). Toutefois, elle estimait qu'elle avait compétence pour le faire. Elle a ordonné à la société de payer les dépens du comité sur une base d'indemnisation partielle ((2006), 213 O.A.C. 271). Elle a aussi ordonné que la différence entre ces dépens et les dépens avocat-client du comité soit payée à même

la caisse.

[17] La juge Gillese, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario, a accueilli l'appel de la société, a rejeté l'appel incident du comité et a confirmé les décisions du Tribunal sur les questions dont la Cour est saisie.

IV. Questions en litige

1. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la société n'était pas tenue de payer les frais en question?
2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la société pouvait suspendre ses cotisations dans le cadre de l'arrangement PD?
3. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la société pouvait suspendre ses cotisations dans le cadre de l'arrangement CD?
- 4a. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu'il ne pouvait pas ordonner le paiement des dépens à même une caisse de retraite?
- 4b. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant d'adjudger les dépens au comité par prélèvement sur la caisse de retraite?

[18] Une question se rapportant à l'avis donné par la société relativement aux modifications apportées en 2000 a été soulevée devant le Tribunal et les tribunaux d'instance inférieure. Cette question n'a pas été débattue devant la Cour.

V. Questions préliminaires

A) *Terminologie des régimes de retraite*

[19] Il existe deux catégories principales de régimes de retraite. Les régimes PD garantissent aux employés des prestations de retraite déterminées. L'employeur est normalement tenu de cotiser pour que la caisse en fiducie du régime couvre les prestations dont on s'attend qu'il versera aux employés qui prennent leur retraite. Des actuaires sont généralement chargés d'évaluer le montant des cotisations à verser. Si l'actuaire constate que les fonds de la fiducie dépassent le montant nécessaire pour couvrir les prestations futures, on dit que le régime enregistre un excédent. Si la législation et les documents relatifs au régime le permettent, l'employeur peut suspendre ses cotisations, et les fonds excédentaires servent à couvrir les obligations de l'employeur en matière de cotisations. Si l'actuaire constate que la fiducie ne possède pas l'argent requis pour couvrir les prestations futures, le régime accuse un déficit et l'employeur doit verser les cotisations nécessaires pour s'acquitter de ses obligations en matière de prestations.

[20] Dans les régimes CD, l'employeur garantit le montant de la cotisation qu'il versera pour chaque employé. Les prestations de retraite sont déterminées en fonction de ces cotisations et de leurs gains d'investissement. Comme les prestations ne sont pas garanties, les régimes CD ne sont ni excédentaires ni déficitaires.

[21] Une autre distinction est établie entre la cessation, la liquidation et la fermeture d'un régime de retraite. La cessation et la liquidation s'inscrivent dans le processus d'interruption d'un régime de retraite; le versement des cotisations et des prestations cesse et les actifs sont distribués. En général, les prestations accumulées sont versées dans un nouvel instrument d'épargne-retraite pour les employés : voir Ari N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 502 et suiv., et Susan G. Seller, *Ontario Pension Law Handbook* (2^e ed. 2006), p. 61 et suiv. Par contre, la fermeture d'un régime

ne commande pas la cessation ou la liquidation. Un régime fermé continue de verser des prestations à ses participants et peut continuer d'exiger des cotisations. Toutefois, il n'accepte plus de nouveaux participants.

B) *Norme de contrôle*

[22] En ce qui concerne les questions dont la Cour est saisie, la Cour divisionnaire a appliqué à son examen de la décision du Tribunal la norme de la décision correcte. La Cour d'appel a examiné les questions des frais du régime, de la suspension des cotisations au volet PD et de la suspension des cotisations au volet CD selon la norme de la raisonnable, bien qu'elle aurait aussi confirmé les décisions du Tribunal selon la norme de la décision correcte. Elle a appliqué la norme de la décision correcte à l'examen de la question du pouvoir du Tribunal d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse.

[23] Depuis que la Cour d'appel a rendu sa décision en l'espèce, la Cour a réexaminé dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, le cadre d'analyse permettant de déterminer la norme de contrôle applicable et elle a établi à cette fin un processus en deux étapes (par. 62).

[24] À la première étape, la cour « vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier » (par. 62). Dans *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, la Cour a appliqué la norme de la décision correcte à la conclusion du

Tribunal relative à l'interprétation de la *LRR*. En l'espèce, l'interprétation de la *LRR* n'est en cause. Il faut donc passer à la deuxième étape du processus établi dans *Dunsmuir*.

[25] À la deuxième étape, il faut entreprendre « l'analyse relative à la norme de contrôle », que les juges Bastarache et LeBel ont expliquée ainsi dans *Dunsmuir* :

L'analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l'application d'un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (2) la raison d'être du tribunal administratif suivant l'interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l'expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n'est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d'entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l'application de la norme de la décision raisonnable. [par. 64]

[26] En l'espèce, il n'existe aucune clause privative.

[27] Aux termes de la *LRR*, le Tribunal a pour raison d'être l'examen des décisions du surintendant des institutions financières dans le contexte de la réglementation des régimes de retraite. S'il est d'avis que la *LRR* n'est pas respectée, le surintendant « peut [. . .] demander à un administrateur ou à une autre personne de prendre ou de s'abstenir de prendre des mesures à l'égard d'un régime de retraite ou d'une caisse de retraite » (par. 87(1) et (2)). La *LRR* prévoit un droit devant le Tribunal à l'encontre de bon nombre de ces avis d'intention de rendre un ordre. Au par. 89(9), elle autorise le Tribunal à :

enjoindre au surintendant de donner suite ou de s'abstenir de donner suite à l'intention, et de prendre les mesures que le Tribunal estime qu'il devrait prendre conformément à la présente loi et aux règlements et, à ces fins, le Tribunal peut substituer son opinion à celle du surintendant.

Le Tribunal exerce donc une fonction juridictionnelle dans le régime de réglementation des régimes de retraite de l'Ontario.

[28] Au par. 13 de *Monsanto*, la Cour a expliqué l'objet de la *LRR* en citant *GenCorp Canada Inc. c. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497 (C.A. Ont.), par. 16 :

[TRADUCTION] [L]a *Loi sur les régimes de retraite* est manifestement une loi d'intérêt général instaurant un cadre législatif et réglementaire soigneusement conçu qui prescrit des normes minimales applicables à tous les régimes de retraite en Ontario. Elle vise à favoriser et à protéger les intérêts des participants et anciens participants aux régimes de retraite et « démontre une grande sollicitude envers les employés touchés par une fermeture d'entreprise ».

Dans *Monsanto*, la juge Deschamps a signalé que la recherche d'un équilibre entre cet objectif de protection des employés et le fait que la législation sur les régimes de retraite est un régime administratif complexe où l'organisme de réglementation jouit d'un certain avantage parce qu'il est plus près du secteur d'activités (par. 14). Le Tribunal joue un rôle dans l'administration de ce régime complexe lorsqu'il examine les décisions prises par le surintendant en vertu de la *LRR*.

[29] Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont essentiellement des questions de droit car elles portent sur l'interprétation des régimes de retraite et des textes s'y rapportant, comme je l'ai déjà signalé. Toutefois, le Tribunal possède une expertise pour l'interprétation de ces textes puisqu'il est près du secteur d'activités et qu'il connaît davantage le régime administratif du droit régissant les régimes de retraite.

[30] Compte tenu de la raison d'être du Tribunal, de la nature des questions en jeu et de

l'expertise du Tribunal, la norme de contrôle applicable à l'examen des questions liées aux frais du régime, aux suspensions des cotisations au régime PD et aux suspensions des cotisations au régime CD est celle de la décision raisonnable.

[31] La question de savoir si le Tribunal peut ordonner le paiement des dépens à même la caisse exige l'interprétation de la loi créant le Tribunal, la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, L.O. 1997, ch. 28. Comme l'a souligné la Cour dans *Dunsmuir*, par. 54, « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise ».

[32] En revanche, la Cour a affirmé dans *Dunsmuir*, par. 59 : « Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité ». Elle a toutefois ajouté qu'il importe « de considérer la compétence avec rigueur » et que les véritables questions de compétence ont « une portée restreinte ».

[33] Les tribunaux administratifs sont constitués par la loi et les questions portant sur leurs pouvoirs qui nécessitent l'interprétation de la loi constitutive pourraient en un sens être qualifiées de questions de compétence. Dans *Dunsmuir*, par. 59, la Cour recommande toutefois aux tribunaux de faire preuve de prudence lorsqu'ils décident s'il s'agit de questions de compétence, par crainte de revenir « à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années ».

[34] Selon ce qui ressort des par. 54 et 59 de *Dunsmuir*, la déférence est habituellement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive et il convient d'appliquer la norme de la décision correcte uniquement dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire lorsque l'interprétation de cette loi soulève la question générale de la compétence du tribunal.

[35] En l'espèce, il ne fait aucun doute que la loi confère au Tribunal le pouvoir d'examiner la question des dépens; le Tribunal doit interpréter sa loi constitutive afin d'établir les paramètres de l'ordonnance relative aux dépens qu'il peut rendre. La question des dépens est liée au pouvoir général du Tribunal d'examiner les décisions du surintendant dans le contexte de la réglementation des régimes de retraite. La Cour devrait appliquer la norme de contrôle qui commande la déférence à l'égard de la décision du Tribunal relative à la question des dépens.

[36] Je suis arrivé à la même conclusion que la Cour d'appel en ce qui concerne la norme de contrôle applicable aux questions dont la Cour est saisie, sauf pour la question de la compétence du Tribunal à adjuger des dépens par prélèvement sur la caisse. Comme je l'ai déjà dit, la juge Gillese a aussi conclu que les décisions du Tribunal sur ces questions ont résisté à la norme de la décision correcte. Elle en est venue à cette conclusion en effectuant une analyse plus détaillée que nécessaire pour un contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable. Toutefois, son analyse est convaincante et prouve que les décisions du Tribunal satisferaient clairement à cette norme de contrôle. Dans les présents motifs, je reprends de grandes parties de son analyse.

VI. Question 1 – Frais du régime

A) *Contexte*

[37] Depuis 1985, les frais du régime ont été payés par prélèvement sur la caisse plutôt que par la société. Ces frais comprennent les dépenses liées aux services de comptabilité, d'actuariat, d'investissement et de fiducie. En 1994, la société a reconnu qu'elle était tenue de payer certains honoraires du fiduciaire et certains frais administratifs. Par conséquent, elle a remboursé près de 235 000 \$ à la caisse. Les autres frais, évalués à environ 850 000 \$ jusqu'en 2002, sont encore en litige.

[38] Le Tribunal a statué que les frais devaient être payés par prélèvement sur la caisse de retraite, à l'exception de 6 455 \$ en frais de consultation liés à une étude sur la possibilité d'ajouter un volet CD au régime ([2004], O.F.S.C.D. No. 192 (QL), par. 38). La Cour divisionnaire a conclu que la décision du Tribunal était erronée. Les frais ne pouvaient pas être payés à même la caisse puisqu'ils n'avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des employés. De plus, la Cour divisionnaire a conclu que le paiement des frais à même la caisse constituait une révocation partielle de la fiducie.

[39] La juge Gillese a abordé la question de la responsabilité à l'égard du paiement des frais du régime en examinant d'abord la *LRR*, dans sa version modifiée, puis en examinant la common law pour déterminer si des dispositions législatives ou les règles de la common law imposent une telle obligation à l'employeur. Elle n'a rien trouvé dans la Loi ou dans la common law qui aurait pour effet d'imposer une telle exigence à l'employeur. Elle s'est ensuite tournée vers les documents relatifs au régime et n'y a rien trouvé qui obligerait l'employeur à payer les frais du régime.

[40] Je souscris pour l'essentiel à son analyse et à sa conclusion. Le comité ne cite aucune source de nature législative ou jurisprudentielle qui obligerait un employeur à payer les frais d'un régime de retraite. Les obligations de l'employeur seront plutôt déterminées par le texte et le contexte des documents relatifs au régime.

B) *Analyse textuelle*

[41] Le comité affirme que l'employeur doit payer les frais du régime parce que les documents originaux relatifs au régime ne permettraient pas expressément le paiement des frais par prélèvement sur la caisse. Il soutient que le prélèvement des frais du régime sur la caisse ne bénéficierait pas exclusivement aux employés et révoquerait partiellement la fiducie.

[42] La société répond que les documents relatifs au régime n'obligent pas expressément l'employeur à payer les frais du régime, et ce, parce que les documents ne traitent des frais en litige dans le présent pourvoi.

[43] Le comité insiste, avec raison, qu'il est nécessaire de tenir compte du contexte dans lequel les documents relatifs au régime traitent de l'obligation de payer les frais afin de déterminer si la société s'est engagée à payer les frais par déduction nécessaire.

[44] Selon les articles 5 et 19 de la convention de fiducie de 1958, l'employeur s'est engagé à payer les dépenses et les honoraires des fiduciaires.

[TRADUCTION]

5. Les dépenses engagées par le fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions, y compris les honoraires des spécialistes adjoints qu'il embauche avec le consentement de la société, les honoraires des conseillers juridiques, sa propre rémunération selon ce qui peut être convenu par écrit avec la société et tous les autres frais et débours du fiduciaire sont payés par la société et grèvent la caisse d'un privilège jusqu'à leur paiement.

[. . .]

19. Le fiduciaire a droit à une rémunération conformément au barème des honoraires relatifs aux fiducies de régimes de retraite et aux fiducies de participation aux bénéfices de la National Trust Company, Limited maintenant en vigueur. Cette rémunération peut être rajustée de temps à autre en fonction de l'expérience accumulée lorsque la société et le fiduciaire en conviennent. La société et tout fiduciaire remplaçant conviennent de la rémunération versée au fiduciaire remplaçant au moment de sa désignation. La rémunération grève la caisse d'un privilège jusqu'à son paiement par la société. La société accepte expressément de rembourser toutes les dépenses qu'elle engage ou que le fiduciaire engage dans le cadre de l'exécution de la présente fiducie et de verser la totalité de la rémunération à laquelle le fiduciaire peut avoir droit aux termes de la présente convention. [Je souligne.]

Entre la société et le fiduciaire, ces dispositions ne couvrent que les dépenses engagées [TRADUCTION] « dans l'exercice de ses [le fiduciaire] fonctions » et [TRADUCTION] « dans le cadre de l'exécution de la présente fiducie ». Elles ne font pas mention des autres frais engagés dans le cadre de l'administration du régime. Comme l'a bien souligné la juge Gillese, l'absence d'une disposition n'impose pas à l'employeur l'obligation de payer les frais du régime.

[45] Le comité prétend que [TRADUCTION] « l'exécution de la présente fiducie » signifie l'administration du régime de retraite. Il renvoie à la décision de la Cour dans *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, où la juge Deschamps a écrit : « une fiducie de retraite n'est pas un instrument distinct. La fiducie fait explicitement partie du Régime »

(par. 2).

[46] La fiducie fait effectivement partie du régime, mais elle ne constitue pas l'ensemble du régime. Elle joue plutôt un rôle dans son fonctionnement. Les documents relatifs au régime établissent une distinction entre les deux.

[47] Selon la définition qu'en donne le texte du régime de 1954, la caisse en fiducie est la [TRADUCTION] « caisse de retraite en fiducie établie aux termes du régime de retraite et de la convention de fiducie mentionnée ci-après, pour l'accumulation des cotisations décrites aux présentes et pour le versement de certaines prestations aux participants » (art. 1). Le même texte définit le « fiduciaire » comme étant l'entreprise désignée pour administrer la caisse (art. 1). Le fiduciaire est responsable de l'administration de la caisse qui verse les prestations conformément au régime. Le préambule de la convention de fiducie de 1954 établit également clairement que la fiducie existe dans le cadre du régime et doit détenir les sommes versées de façon irrévocable en vue du paiement des prestations. La fiducie est donc l'élément du régime qui permet de détenir les cotisations d'où proviennent les prestations versées. Le régime en soi est un document plus vaste qui énonce notamment les critères d'admissibilité, les exigences en matière de cotisations, la forme des prestations et ce qu'il advient à la cessation du régime.

[48] Il ressort clairement des articles 5 et 19 de la convention de fiducie de 1958 que ces articles ne s'appliquent qu'aux frais engagés dans le cadre de l'exécution de la fiducie. Par conséquent, ils ne traitent pas de l'administration du régime sauf en ce qui concerne la fiducie.

[49] Comme l'a expliqué la juge Gillese au par. 59, l'administration d'un régime de retraite

exige des services autres que ceux du fiduciaire, notamment des services d'actuariat, de comptabilité et d'investissement. En l'espèce, il incombait au comité de retraite, et non au fiduciaire, de fournir ces services dans le cadre de ses responsabilités touchant l'administration du régime. L'article 4 du texte original du régime prévoit :

[TRADUCTION]

ADMINISTRATION DU RÉGIME

Le régime est administré par un comité de retraite composé d'au moins trois membres nommés par la société.

[. . .]

Le comité exerce notamment le droit et le pouvoir

[. . .]

c) d'employer ou de nommer des actuaires, des comptables, des conseillers (lesquels peuvent être des conseillers de la société) et les autres professionnels nécessaires au besoin pour l'administration du régime.

[50] Bien entendu, l'obtention des services d'actuaires, de comptables, de conseillers et d'autres professionnels nécessaires pour l'administration du régime comporte des dépenses. Il s'agit des frais du régime et non des honoraires et des dépenses engagés dans le cadre de l'exécution de la fiducie. L'on peut, je crois, légitimement conclure que lorsque l'employeur a entrepris de verser des sommes liées au régime, ses obligations étaient expressément indiquées. Il n'a entrepris de payer que les frais engagés dans le cadre de l'exécution de la fiducie, et aucuns autres.

[51] Le comité prétend que, parce que les modifications apportées à la convention de fiducie en 1958 prévoyaient le paiement d'impôts, d'intérêts et de pénalités par prélèvement sur la caisse,

il faut en déduire qu'il incombait à l'employeur de payer tous les autres frais. Toutefois, l'art. 11 des modifications de 1958 prévoyait également :

[TRADUCTION]

11. La présente convention peut être modifiée en totalité ou en partie ou être résiliée à tout moment ou au besoin par un écrit signé par la société et le fiduciaire; toutefois, telle modification ne peut, sans l'approbation du ministre du Revenu national, autoriser ou permettre l'utilisation d'une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés ou de leurs bénéficiaires ou représentants qui peuvent participer au régime, ainsi que pour le paiement d'impôts, de cotisations ou pour d'autres charges prévues aux articles 5 et 19 des présentes, ces limitations n'étant pas par ailleurs réputées créer pour la société des obligations autres que celles qu'elle a assumées aux termes du régime. [Je souligne.]

La dernière partie de cet article précise que les modifications ne peuvent étendre les obligations relatives aux frais de l'employeur au-delà de celles que le régime lui imposait à l'origine. Les documents originaux ne mentionnent pas l'obligation de payer les autres frais du régime autres que ceux qui sont liés à la fiducie. Les modifications de 1958 ne pouvaient pas imposer d'autres obligations à la société parce que l'art. 11 prévoyait expressément que la convention de fiducie n'était pas réputée lui créer d'autres obligations.

C) « *Bénéfice exclusif* »

[52] Le libellé de l'art. 11, qui interdit l'utilisation de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés, ne pouvait pas non plus imposer à la société l'obligation de payer les frais du régime. L'expression « bénéfice exclusif » à l'art. 11 est assujettie à la restriction qu'elle ne créera pas d'autres obligations pour la société. Il est vrai que l'employeur a payé les frais en

question pendant un certain nombre d'années, mais il n'était jamais tenu de le faire. Comme la société n'avait nulle obligation, et que les frais en question sont essentiels à l'administration du régime, les modifications ultérieures qui permettent le paiement de ces frais à même la caisse ne contredisent pas l'expression « bénéfice exclusif ».

[53] L'expression « bénéfice exclusif » ne peut pas non plus être interprétée de manière à signifier que seuls les employés peuvent bénéficier de l'utilisation de la caisse de retraite. Nombreux seront ceux qui en bénéficieront indirectement. Par exemple, la famille de l'employé pourrait bénéficier de la sécurité financière à long terme de ce dernier.

[54] Un employeur peut aussi en bénéficier de plusieurs façons. Dans le cas de la création d'un régime de retraite anticipée, la Cour suprême des États-Unis a reconnu qu'un employeur peut légitimement bénéficier d'un certain nombre d'avantages accessoires d'un régime de retraite même si le régime est assujéti à une loi prévoyant le bénéfice exclusif. La Cour a mentionné, entre autres avantages accessoires, [traduction] « attirer et fidéliser les employés, payer une rémunération différée, régler ou éviter les grèves, prévoir une rémunération plus généreuse sans augmenter les salaires, accroître le roulement des employés et réduire les risques de poursuites en encourageant les employés qui auraient normalement été encouragés à partir volontairement » : *Lockheed Corp. et al. c. Spink*, 517 U.S. 882 (1998), p. 893-894. De tels avantages indirects ou accessoires ne signifient pas pour autant que la caisse de retraite est utilisée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des bénéficiaires.

[55] En l'espèce, l'existence du régime constitue en soi un avantage pour les employés. Le

paiement des frais du régime est nécessaire pour préserver l'intégrité et assurer le maintien du régime. Il est donc au bénéfice exclusif des employés, au sens de l'art. 11, que les frais visant à assurer le maintien du régime soient payés à même la caisse.

[56] Le comité a voulu invoquer *Hockin c. Bank of British Columbia* (1995), 123 D.L.R. (4th) 538. Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été appelée à se prononcer sur la légitimité pour l'employeur d'imputer le paiement des frais à la caisse de retraite. Elle a écrit :

[TRADUCTION] La banque a non seulement imputé les frais afférents à son personnel, mais aussi les frais afférents aux actuaires ayant participé à la conversion du régime ainsi que le coût de production de la vidéo et du matériel publicitaire conçus pour persuader les employés de participer au nouveau régime. À notre avis, la banque a engagé ces frais bien plus pour son propre bénéfice plutôt qu'au bénéfice des employés et ces frais étaient accessoires aux objectifs de la caisse de retraite. [par. 59]

Cette conclusion n'est pas sans rappeler la décision du Tribunal en l'espèce, qui a conclu que les frais de consultation engagés pour étudier la possibilité d'ajouter une composante CD au régime de retraite de la société n'étaient pas au bénéfice exclusif des employés et ne pouvaient pas être imputés au régime. Au lieu d'examiner tous les frais dans leur ensemble et d'arriver à une conclusion générale sur la question de savoir qui en a bénéficié davantage, le Tribunal a examiné les divers frais séparément et a déterminé si chacun de ces frais avait été engagé au bénéfice des employés. Une telle démarche est éminemment raisonnable.

D) *La révocation partielle et l'affaire Markle*

[57] Je rejette la prétention du comité selon laquelle le paiement des frais du régime à même la caisse constitue une révocation partielle de la fiducie.

[58] Dans *Schmidt*, la Cour a conclu qu'un employeur ne peut retirer de la fiducie des fonds qu'il a versés que s'il s'est expressément réservé le pouvoir de révoquer la fiducie au moment où elle a été créée. Le juge Cory a écrit : « [e]n général, toutefois, le transfert des biens en fiducie au fiduciaire est absolu. Tout pouvoir de contrôler ces biens sera perdu, sauf si le transfert est expressément assujéti à ce pouvoir » (p. 643).

[59] Le paiement des frais à même la caisse en fiducie n'est pas une question de pouvoir de contrôle du constituant (la société en l'espèce) sur une partie des biens transférés dans la fiducie. Tant et aussi longtemps que les textes du régime n'obligent pas l'employeur à payer les frais, les sommes qui se trouvent dans la caisse de retraite peuvent être utilisées pour payer les frais raisonnables et légitimes. En l'absence d'une obligation de l'employeur de payer les frais du régime, dans la mesure où les fonds servent à payer des frais légitimes nécessaires pour l'intégrité et le maintien du régime, l'employeur ne prétend pas contrôler l'utilisation des fonds en fiducie.

[60] En l'espèce, les frais du régime ont été engagés pour des services fournis par des tiers et non par l'employeur. À mon avis, toutefois, la question de savoir si les services sont fournis par des tiers ou par l'employeur est sans importance dans la mesure où les frais prélevés sont raisonnables et les services sont nécessaires. Le comité a cité *Markle c. Toronto (City)* (2003), 63 O.R. (3d) 321, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la démarche de la ville de Toronto visant à prélever sur la caisse de retraite de ses employés les frais qu'elle a engagés pour fournir les

services nécessaires à l'administration du régime de retraite. Le règlement qui énonçait les modalités du régime avait déjà rendu la ville responsable de ces frais. La ville a tenté de modifier ces modalités de manière à pouvoir recouvrer le coût des services administratifs fournis au régime. La Cour d'appel de l'Ontario a statué que les mesures prises par la ville de Toronto constituaient une révocation partielle de la fiducie.

[61] Cependant, *Markle* se distingue de la présente affaire. Dans *Markle*, la ville avait déjà l'obligation de payer les frais du régime, et elle a essayé de modifier le régime de façon rétroactive et prospective. La modification rétroactive permettant à la ville de recouvrer les frais qu'elle avait été tenue de payer avant l'adoption du texte législatif modificatif contredisait les modalités de la fiducie, laquelle obligeait la ville à payer les frais du régime au cours de la période visée par la modification. La modification visait à facturer à la fiducie les services déjà rendus dont les frais devaient être payés par la ville; elle ne visait pas à refléter la véritable intention du texte précédent.

[62] La modification prospective aurait obligé les fiduciaires à payer à même la caisse les frais que la ville avait déjà accepté de payer. On a estimé que cela entravait le pouvoir discrétionnaire des fiduciaires et, ce faisant, remettait à la ville la responsabilité des fonds se trouvant dans la caisse de retraite, entraînant ainsi une révocation partielle inacceptable de la fiducie. En raison du libellé des modifications précédentes, les frais étaient payables par prélèvement sur la caisse [TRADUCTION] « sous réserve de l'approbation du conseil des fiduciaires ». En attribuant la responsabilité au conseil des fiduciaires, la ville ne prétendait pas contrôler l'utilisation des fonds en fiducie ni entraver le pouvoir discrétionnaire des fiduciaires. Contrairement aux modifications contestées, les modifications précédentes ne constituaient pas une révocation de la fiducie.

[63] La situation en l'espèce est différente puisque la convention de fiducie n'avait jamais imposé à la société une obligation de payer les frais du régime. La société ne prétendait pas contrôler l'utilisation des fonds qu'elle avait versés en fiducie en rejetant sur la caisse sa propre obligation.

[64] Chaque affaire repose sur les faits qui lui sont propres et sur les modalités du régime et de la fiducie en question. Contrairement à l'affaire *Markle* où l'employeur a tenté d'annuler sa propre obligation de payer les frais en obligeant les fiduciaires à les prélever sur la caisse, l'employeur en l'espèce n'était pas tenu de payer les frais du régime et n'a rien fait qui soit incompatible avec son pouvoir de le modifier.

[65] Lorsque les fonds en fiducie peuvent être utilisés pour payer les frais afférents aux services nécessaires au régime, la distinction entre les services fournis par le constituant et ceux fournis par un tiers est artificielle. La seule question est de savoir si les frais peuvent être payés à même la caisse et si les frais engagés sont légitimes et raisonnables. Dans la mesure où les frais en question sont légitimes et nécessaires à l'administration du régime de retraite, il importe peu que les frais soient dus à un tiers ou à l'employeur. Il n'y a aucune raison, en principe, d'obliger l'employeur de recourir à la sous-traitance.

[66] Pour ces raisons, je suis d'avis de ne pas modifier les conclusions du Tribunal touchant les frais du régime.

VII. Question 2 — La suspension des cotisations dans le cadre l'arrangement PD

[67] Depuis 1985, l'employeur a recouru aux suspensions de ses cotisations obligatoires à l'égard des employés visés par l'arrangement PD. Le comité prétend que, parce qu'il prévoit une formule de calcul des cotisations de la société, le régime en l'espèce interdit la suspension des cotisations PD. Plus précisément, l'exercice du pouvoir discrétionnaire des actuaires ne va pas jusqu'à établir les cotisations PD de la société.

[68] Dans *Schmidt*, la Cour a conclu que « à moins que les modalités du régime ne l'empêchent de le faire, l'employeur a le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations » (p. 638). Le juge Cory a énoncé le critère applicable pour déterminer si un régime autorise les périodes d'exonération de cotisations :

Je ne vois, en principe, aucune objection à ce que les employeurs s'accordent des périodes d'exonération de cotisations lorsque le régime de retraite les autorise à le faire. Lorsque le régime ne donne pas expressément cette autorisation, celle-ci peut être déduite du texte de l'obligation de l'employeur de cotiser. Toute disposition qui confie à un actuaire la tâche de calculer le montant requis pour financer les prestations promises devrait être considérée comme incorporant la pratique actuarielle reconnue quant à la façon d'effectuer le calcul. Cette pratique comprend actuellement l'utilisation des sommes excédentaires calculées pour déterminer le coût global des services courants. [p. 653]

Le juge Cory a ensuite précisé ce point :

Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations doit également être déterminé en fonction de chaque cas. Ce droit peut être exclu explicitement ou implicitement dans les cas où le régime prescrit une formule de calcul des cotisations de l'employeur qui retire toute discrétion à l'actuaire. Les périodes

d'exonération de cotisations peuvent également être autorisées par les modalités du régime. Lorsque le régime est silencieux sur la question, le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations ne peut être contesté dans la mesure où les actuaires continuent d'accepter comme pratique normale l'affectation d'un surplus existant aux coûts des services courants. [. . .] Aucune somme n'étant retirée de la caisse par l'employeur, la période d'exonération de cotisations ne constitue pas un empiètement sur la fiducie ni une réduction des prestations acquises. [Je souligne; p. 656-657.]

[69] Lorsque les documents relatifs au régime prévoient que la pratique actuarielle détermine les besoins de financement, l'employeur peut suspendre ses cotisations à moins que le régime ou la législation ne l'interdisent.

[70] Le tribunal a conclu que les modifications apportées au régime en 1965 autorisent la suspension des cotisations PD. L'alinéa 14b) du texte a été modifié :

[TRADUCTION] La société cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme non moindre que celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite, des cotisations des participants pendant l'année et de tout autre facteur pertinent, certifie comme étant nécessaire pour verser les prestations de retraite qui, aux termes du régime, sont dues aux participants au cours de l'année en cours et pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises conformément aux exigences de la *Loi sur les régimes de retraite*. [Je souligne.]

Cette disposition autorise les suspensions de cotisations parce que les cotisations de la société sont établies au moyen de calculs actuariels. Elle n'empêche pas la société de suspendre ses cotisations si l'actuaire certifie qu'aucune cotisation n'est nécessaire pour verser aux participants les prestations de retraite qui leurs sont dues.

[71] Toutefois, le comité soutient que le texte original de 1954 interdit les suspensions de cotisations et que les modifications subséquentes — y compris celles de 1965 susmentionnées — sont invalides. Le Tribunal n'était pas de cet avis. Il a fait remarquer que l'art. 22 du texte de 1954 conférait à la société le pouvoir général de modifier le régime, pourvu que les modifications apportées ne restreignent pas les droits acquis des participants au régime. La suspension des cotisations n'avait aucune incidence sur les prestations des participants prévues au régime au moment de la modification de 1965. Comme l'a écrit le juge Cory dans Schmidt :

Le droit des bénéficiaires de la fiducie n'est pas touché par une période d'exonération de cotisations. Ils ont droit au paiement sur la fiducie des prestations déterminées que prévoit le régime de retraite et, selon les modalités de la fiducie, à une part de tout surplus accumulé à la cessation du régime. [p. 654]

Le Tribunal a conclu que la modification de 1965 était valide. Comme la société n'a commencé à suspendre ses cotisations qu'en 1985, le Tribunal a conclu qu'il n'avait pas à examiner si le texte de 1954 autorisait la suspension des cotisations.

[72] La juge Gillese a examiné les dispositions prévues dans le texte de 1954 et a conclu qu'elles autorisaient également la suspension des cotisations. Je suis d'accord.

[73] Le texte de 1954 traite des cotisations de l'employeur au par. 14b) :

[TRADUCTION]

b) Cotisations de la société

En plus d'assumer la totalité des coûts des prestations de revenu de retraite pour

services passés dont il est question au paragraphe 13a) du présent régime, la société doit également cotiser, à l'égard des prestations pour services courants, les sommes qui garantiront, une fois ajoutées aux cotisations du participant, le revenu de retraite pour services courants dont il est question au paragraphe 13b) du régime.

[74] Dans son mémoire, le comité a insisté sur le fait qu'il n'est pas question d'un actuaire au par. 14b) (par. 92), même si, à l'audience, l'avocat du comité a reconnu que la légitimité des suspensions de cotisations selon le régime ne reposait pas sur l'utilisation du mot « actuaire ». Le comité soutient que le par. 14b) est analogue aux dispositions citées dans des décisions antérieures, lesquelles prévoyaient des cotisations annuelles précises : *C.U.P.E.—C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620 (C.A.); *Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1997), 35 O.R. (3d) 375 (C.A.); *Hockin*; et *Châteauneuf c. T.S.C.O. of Canada Ltd.*, [1995] R.J.Q. 637, 124 D.L.R. (4th) 308 (C.A.Qué.). Selon le comité, dans ces décisions, les exigences liées aux cotisations annuelles empêchaient l'employeur de suspendre ses cotisations.

[75] Cependant, le par. 14b) n'établit aucune formule pouvant retirer toute discrétion à l'actuaire. Cette disposition oblige la société à cotiser [TRADUCTION] « les sommes qui garantiront » le revenu de retraite des employés. L'intervention discrétionnaire de l'actuaire est clairement requise puisque la disposition ne précise pas la façon dont ces sommes seront établies — et n'empêche pas que ces sommes soient nulles.

[76] Comme l'a souligné la juge Gillese, les décisions citées par le comité portaient sur des dispositions prévoyant des cotisations qui compenseraient la différence entre les cotisations des employés et les prestations dues ou versées au cours d'une année donnée (par. 122). Il est possible de faire ce calcul sans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire. Le par. 14b) prévoit des

cotisations qui couvriront les futures prestations de retraite des participants. Il nécessite l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire puisqu'il n'établit pas les cotisations annuelles et, par conséquent, n'interdit pas les suspensions de cotisations.

[77] Là encore, j'estime que la décision du Tribunal était raisonnable.

VIII. Question 3 — Les suspensions de cotisations dans le cadre de l'arrangement CD

A) *Contexte*

[78] En 2000, la société a modifié le texte du régime en vue de créer un volet CD. La modification a fermé l'accès au volet PD aux nouveaux employés; ces derniers participent donc au volet CD dès leur embauche. Les participants PD ont eu le choix d'opter pour la conversion au volet CD. À la suite de ces modifications, les employés ont été divisés en « participants de la partie 1 », auxquels s'appliquent les dispositions PD du régime, et en « participants de la partie 2 », auxquels s'appliquent, depuis le 1^{er} janvier 2000, les dispositions de la partie CD du régime. Le régime a été constitué de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires distincts — en janvier 2000, la Société de fiducie CIBC Mellon détenait la caisse initiale du régime PD et la Compagnie d'assurance Standard Life détenait les fonds du volet CD. Toutefois, les deux volets du régime devaient être enregistrés comme un régime unique (l'avocat de la société a reconnu à l'audience que le régime n'avait pas encore été enregistré)

[79] La société a fait part de son intention de suspendre ses cotisations à l'égard des

participants CD en employant l'excédent du volet initial PD pour acquitter ses cotisations au volet CD.

[80] Le Tribunal a conclu que les modifications apportées en 2000 visant à autoriser la suspension des cotisations au volet CD étaient contraires à l'article 1 de la convention de fiducie de 1954, lequel prévoit :

[TRADUCTION] Aucune partie du capital ou du revenu de la fiducie ne doit retourner à la société, ni être utilisée ou détournée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime, ou de leurs bénéficiaires ou représentants successoraux, sauf comme il est prévu aux présentes.

Le Tribunal est arrivé à la conclusion suivante :

La seule façon pour la société de suspendre ainsi ses cotisations à la partie 2 consiste à retirer de l'argent de la caisse pour le transférer à l'assureur qui joue le rôle de gestionnaire pour la partie 2, afin qu'il soit porté aux comptes individuels des participants à la partie 2. Cette pratique contrevient à l'article 1 de la convention de fiducie de 1954, citée plus haut sous la rubrique « FAITS » (le libellé de l'article 1 de la convention de fiducie de 1958 est semblable).

Il y a deux manières de résoudre cette contradiction. On pourrait modifier le régime de 2000 afin d'éliminer le pouvoir de la société d'utiliser l'excédent de la caisse pour payer ses cotisations obligatoires à l'égard des participants de la partie 2 ou on pourrait désigner les participants de la partie 2 comme bénéficiaires de la fiducie établie à l'égard de la caisse (dans ce cas, il devrait s'ensuivre que la police d'assurance qui est l'instrument de financement pour la partie 2 devrait être détenue par le fiduciaire).

[81] Le comité conteste que la modification rétroactive envisagée par le Tribunal soit permise. Il remet en cause la possibilité pour la société, acceptée par le Tribunal, de créer un nouveau volet CD au sein du régime PD existant et de désigner les participants comme bénéficiaires

de la même caisse que celle des participants PD.

[82] C'est sur ce point que le juge LeBel et moi ne sommes pas d'accord. Il reconnaît que le par. 13(2) de la *LRR* autorise les modifications rétroactives, mais il estime que les arrangements PD et CD constituent des régimes distincts et que les participants PD et CD ne peuvent bénéficier de la même fiducie.

[83] Le juge LeBel affirme que la suspension des cotisations à l'égard des participants CD contrevient aux dispositions relatives au bénéfice exclusif de la fiducie et constitue une révocation partielle de la fiducie. Sa position repose sur l'existence de deux fiducies distinctes et de deux régimes distincts, l'un pour les participants PD et l'autre pour les participants CD.

[84] Or, si les participants PD et CD bénéficiaient tous de la même fiducie, l'utilisation des fonds en fiducie, que ce soit au profit des participants PD ou des participants CD, n'irait pas à l'encontre de la disposition relative au bénéfice exclusif. Les fonds excédentaires affectés aux comptes CD seraient simplement déplacés au sein de la fiducie. De plus, s'il y a une seule fiducie, l'utilisation de l'excédent actuariel pour suspendre les cotisations à la partie CD du régime n'entraînerait pas la révocation partielle de la fiducie. À mon avis, compte tenu des documents relatifs au régime, il était raisonnable pour le Tribunal de conclure qu'il y avait un régime unique et que, à la suite de la modification rétroactive, il pouvait y avoir une fiducie unique, et la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets PD et CD du régime, ou aux deux, ne violait pas la disposition relative au bénéfice exclusif ni ne constituait une révocation partielle de la fiducie.

[85] Le juge LeBel affirme qu'il est faux de présumer qu'« existe alors un régime unique à deux volets (ou plus) et que cette présomption peut être écartée tout simplement par une disposition prohibitive prévue dans les documents du régime ou la législation » (par. 162). Toutefois, les régimes de retraite sont des arrangements privés assujettis à la réglementation gouvernementale. En l'absence d'un règlement interdisant la combinaison des volets DP et CD en un régime unique ou la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets, il faut s'en remettre aux documents relatifs au régime ainsi qu'au droit des contrats et au droit des fiducies pour déterminer si ces pratiques sont permises. En l'espèce, aucun règlement n'interdit la modification rétroactive, l'existence d'un régime unique et d'une fiducie unique, et la suspension des cotisations au volet CD.

[86] Le juge LeBel dit craindre que l'utilisation de l'excédent du volet PD pour suspendre les cotisations au volet CD ne rompe le juste équilibre entre le fait d'inciter les employeurs à instaurer des régimes de retraite et la nécessité de protéger les droits des retraités (par. 149). Ce n'est pas, si je peux me permettre, aux tribunaux de trouver le juste équilibre entre les intérêts des employeurs et ceux des employés. Cette tâche revient au législateur. En effet, comme l'a fait remarquer la juge Deschamps dans *Monsanto*, par. 14 : « la législation sur les normes des régimes de retraite crée un régime administratif complexe qui vise à établir un équilibre délicat entre les intérêts des employeurs et ceux des employés, tout en servant l'intérêt du public dans l'existence d'un système de régimes de retraite complémentaires vigoureux ». Le rôle des tribunaux consiste à déterminer et à faire respecter les droits des parties conformément à la loi applicable, à la common law et aux documents pertinents. Selon moi, la loi applicable et les documents relatifs au régime autorisent et prévoient la suspension des cotisations au volet CD.

B) *Les arrangements CD et PD peuvent-ils être inclus dans un régime unique et une fiducie unique?*

[87] Le comité se fonde sur la conclusion de la Cour divisionnaire selon laquelle l'instauration d'un arrangement CD parallèlement à l'arrangement PD en vigueur a entraîné [TRADUCTION] « en droit deux (2) régimes de retraite, deux (2) caisses de retraite et deux (2) catégories de participants » (par. 72). En général, la création de deux arrangements d'un régime de retraite financés différemment ne donne pas nécessairement lieu à deux régimes de retraite distincts et à deux fiducies distinctes. En l'espèce, il n'était pas déraisonnable, à mon avis, pour le Tribunal de conclure que les arrangements PD et CD pouvaient être inclus dans un régime unique et que le régime de 2000 pouvait être modifié rétroactivement de manière à créer une fiducie unique.

[88] Il est raisonnable d'interpréter les modifications apportées au texte en 2000 comme si elles prévoyaient un régime unique. Voici le texte de l'article 1.07 de l'avant-propos :

[TRADUCTION]

Par les présentes, le régime est modifié et reformulé comme suit :

[. . .]

c) le régime, qui prévoyait à l'origine des dispositions à prestations déterminées, sera maintenant constitué d'un volet à prestations déterminées et d'un volet à cotisation déterminée, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2000.

Selon la section II, « régime » s'entend du [TRADUCTION] « régime de retraite des employés de Kerry (Canada) Inc., dans sa version révisée et redéfinie au 1^{er} janvier 2000, dont les modalités sont prévues dans le présent document et qui peut être modifié au besoin ». Les participants au régime

sont définis comme des employés qui répondent aux exigences d'admissibilité applicables et qui continuent d'avoir droit aux prestations en vertu de l'une ou l'autre des parties du régime. L'article 18.08 prévoit expressément que les excédents actuariels peuvent être utilisés à l'égard des [TRADUCTION] « participants de la partie 1 ou des participants de la partie 2 ». Ces dispositions démontrent que les modifications apportées au texte en 2000 prévoyaient un régime unique (d.a., p. 223).

[89] Les dispositions du texte qui appuient la conclusion qu'il existe un régime unique permettent d'établir une distinction entre l'espèce et l'affaire *Kemble c. Hicks*, [1999] EWHC 301 (Ch) (BAILII), [1999] P.L.R. 287. Dans *Kemble*, le promoteur du régime avait instauré un régime PD et décidé de créer un nouvel arrangement CD par acte temporaire (le texte du régime) qu'il projetait d'ajouter au texte principal du régime. Toutefois, il n'a jamais modifié le texte principal qui régissait le régime initial pour refléter le nouvel arrangement CD. Les deux arrangements de retraite existaient en application de deux textes distincts et le texte régissant le régime PD ne mentionnait aucunement l'incorporation de celui qui régissait l'arrangement CD.

[90] En l'espèce, l'ensemble du régime a fait l'objet d'une modification, dont le but est de créer un régime unique et d'autoriser expressément la suspension des cotisations à chacun des volets du régime. Rien dans la loi applicable ou la common law n'interdit la création de régimes PD et CD combinés. Par conséquent, il n'était pas déraisonnable que le Tribunal conclue à l'existence d'un régime unique.

[91] De même, il n'était pas déraisonnable que les participants CD puissent être désignés

comme bénéficiaires de la fiducie. Les fiducies peuvent regrouper différentes catégories de bénéficiaires ou divers comptes; le fait que les fonds des volets PD et CD soient détenus par différents fiduciaires ne les empêche pas d'appartenir à la même fiducie. L'alinéa 6b) de la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T-23, par exemple, permet à différents fiduciaires d'être nommés pour différentes parties des biens en fiducie. Le paragraphe 27(3) de la même loi permet aux fiduciaires de faire des placements dans des fonds mutuels, lesquels sont souvent administrés par leurs propres fiduciaires. Rien n'empêche un régime unique de comporter les volets PD et CD et de désigner les participants comme bénéficiaires de la même fiducie, dans la mesure où les documents relatifs aux régimes et la législation ne l'interdisent pas.

[92] Le comité soutient que *Schmidt* exclut cette possibilité. Il cite l'affirmation de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente en partie sur une autre question, selon laquelle « [d]ans un régime à cotisations déterminées, il ne peut jamais y avoir de surplus » (p. 697). Il cite également à l'appui de sa thèse l'extrait suivant tiré du jugement majoritaire rendu par le juge Cory :

Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations peut également être exclu par les modalités du régime de retraite ou de la fiducie créée en vertu de ce régime. Une interdiction expresse d'utiliser un surplus de caisse existant pour calculer le coût des services courants, ou d'autres dispositions qui ont pour effet de convertir le régime à prestations déterminées en un régime à cotisations déterminées, empêchent le recours à une période d'exonération de cotisations. Par exemple, l'existence d'une formule précise de calcul de l'obligation de cotiser, comme celles qui ont été examinées dans les affaires *Ontario Hydro* et *Trent University*, empêche les employeurs de s'accorder une période d'exonération de cotisations. Toutefois, lorsque l'exigence en matière de cotisation renvoi[e] simplement à des calculs actuariels, on présumera ordinairement qu'elle autorise également le recours aux pratiques actuarielles normales. [Je souligne; p. 653.]

Dans cet extrait, le juge Cory était soucieux d'expliquer les critères jurisprudentiels qui ont permis

d'établir le droit de se prévaloir d'une suspension de cotisations dans les dispositions d'un régime existant. Si les obligations de l'employeur en matière de cotisation sont fixées au moyen d'une formule précise, de sorte que les cotisations ne relèvent pas de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire, il ne peut y avoir de suspension de cotisations. En général, un régime CD indépendant ne permettra pas la suspension des cotisations parce que ses cotisations sont fixes et ne sont pas établies à la discrétion d'un actuaire.

[93] Toutefois, le régime visé en l'espèce est différent. Un nouveau volet est ajouté au régime existant. Après l'adoption des modifications rétroactives, le régime serait constitué des volets PD et CD. Dans la mesure où il y a un régime unique et que les employés bénéficient tous de la même fiducie, le régime n'aura pas été converti en un régime CD indépendant. Le principe exposé dans *Schmidt* ne s'applique pas à la présente situation.

[94] Le comité souligne le fait que *Schmidt* portait sur la fusion de deux régimes dans le but de n'en former qu'un seul. Malgré cette fusion, la Cour a examiné séparément la question des suspensions de cotisations pour chacun des anciens régimes. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Aegon Canada Inc. et al. c. ING Canada Inc. et al.* (2003), 179 O.A.C. 196, portait aussi sur la fusion de régimes de retraite, où l'excédent de chacun des régimes fusionnants était examiné séparément. Selon le comité, [TRADUCTION] « sauf si la fiducie le permet, un employeur ne peut modifier la fiducie de façon à “confondre” ou “interfinancer” ses obligations envers les employés visés par une partie d'un régime de retraite en employant les actifs de la caisse détenus exclusivement pour les participants à l'autre partie du même régime » (m.a., par. 103).

[95] Or, *Schmidt* et *Aegon* portaient sur des fusions de régimes préexistants. Les régimes et les fiducies avaient des bénéficiaires différents envers lesquels divers employeurs avaient des obligations différentes. En l'espèce, les obligations ont toujours bénéficié au même groupe d'employés — les employés de la société — et, après la modification rétroactive, les prestations provenaient toujours de la même fiducie. Ni *Schmidt* ni *Aegon* n'empêchent la modification rétroactive ici en cause.

[96] Il en est ainsi parce qu'il n'y a rien de foncièrement répréhensible à ce qu'un régime de retraite soit structuré de la façon proposée par la société — dans la mesure où les documents relatifs au régime ou la législation ne l'interdisent pas. Telle était la conclusion de la juge Gillese (par. 111). Le juge Siegel est arrivé à la même conclusion dans une décision publiée peu après celle de la juge Gillese (sans l'avoir consultée, semble-t-il — voir par. 236) : *Sutherland c. Hudson's Bay Co.*, (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64 (C.S.J. Ont.). Le juge Siegel a conclu :

[TRADUCTION] (1) aucune décision n'étaye la proposition des demandeurs selon laquelle les actifs d'une « fiducie au bénéfice exclusif » ne peuvent être utilisés au bénéfice des participants à la partie à cotisations déterminées ajoutée à un régime de retraite déjà structuré en tant que régime à prestations déterminées, et (2) de façon plus générale, des précédents étayent les modifications, que n'interdit aucun principe de droit, apportées à un régime de retraite dans le but d'établir une partie à cotisations déterminées qui puisse coexister avec la partie à prestations déterminées, avec une seule et même caisse en fiducie qui verse les prestations pour chacune des parties du régime. [par. 219]

[97] La jurisprudence en faveur d'un régime unique comportant les volets CD et PD inclut la décision de la Chancellerie anglaise *Barclays Bank Plc c. Holmes*, [2000] EWHC 457 (Ch) (BAILII), [2001] O.P.L.R. 37. Dans *Barclays*, le juge Neuberger a déclaré qu'en droit, rien

n'empêche un employeur de créer un régime unique en vertu duquel certains bénéficiaires recevraient des prestations d'un volet PD et d'autres, des prestations d'un volet CD. Se référant aux modifications apportées à l'acte 41 qui conféraient à l'employeur le droit d'utiliser l'excédent d'un volet PD d'un régime de retraite pour suspendre ses cotisations à un volet CD du même régime, il a écrit :

[TRADUCTION] Il n'existe aucune raison intrinsèque, selon les règles générales du droit, pour laquelle un employeur ou toute autre personne ne pourrait concevoir une structure de régime de retraite expressément pour cette raison, de la façon que la banque, notamment, tente sans aucun doute de le faire en l'espèce dans l'acte 41. L'examen des différents types de fiducies privées, lesquelles comportent souvent plusieurs catégories de bénéficiaires, mais un seul fonds, appuie cette opinion. [par. 54]

Il est vrai que dans *Barclays*, la même société de fiducie contrôlait tous les comptes. Toutefois, comme je l'ai déjà dit, je ne crois pas que le fait qu'une même fiducie comporte divers comptes dans plusieurs institutions pose un problème.

[98] L'affaire *Barclays* n'est évidemment pas déterminante en l'espèce. Le contexte législatif et les textes des régimes sont différents. Toutefois, cette décision étaye la proposition selon laquelle rien, en principe, n'empêche l'existence d'un régime unique dont les participants reçoivent des prestations différentes, financées différemment, selon qu'ils participent à l'une ou à l'autre partie du régime.

C) *Les documents relatifs au régime ou la législation interdisent-ils un régime comportant des volets PD et CD ou interdisent-ils la suspension des cotisations à l'un ou l'autre de ces volets?*

[99] Les documents relatifs au régime et la législation peuvent interdire la combinaison des volets PD et CD ou la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets, ou aux deux. Par conséquent, pour que son argument soit retenu, le comité doit établir qu'une loi ou un contrat empêche la société de suspendre ses cotisations au volet CD du régime. Il n'y est pas parvenu.

[100] Premièrement, la législation n'interdit pas la modification rétroactive qui permet de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la fiducie existante et qui autorise l'employeur à utiliser l'excédent actuariel pour s'acquitter de ses obligations relatives aux cotisations au volet CD. Au contraire, comme l'a souligné la Cour d'appel au par. 103, l'art. 9 du règlement pris en application de la *Loi sur les régimes de retraite*, R.R.O. 1990, Règl. 909 (le « *Règlement* »), prévoit que lors de la conversion d'un régime PD en un régime CD, l'employeur peut compenser ses cotisations au régime CD au moyen de l'excédent. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'une conversion et que l'art. 9 ne s'applique pas, cela laisse entendre qu'un excédent accumulé dans un volet PD d'un régime peut être affecté au volet CD de ce régime.

[101] Voici ce qu'autorise le par. 7(3) du *Règlement* :

Au cours d'un exercice pour lequel aucun paiement spécial n'est exigé par l'article 5 à l'égard d'un régime, le gain actuariel peut être affecté à la réduction des cotisations destinées aux coûts normaux que doivent verser soit l'employeur, soit la personne ou l'entité qui est tenue de cotiser pour son compte, soit les participants du régime, soit n'importe lequel d'entre eux.

Dès lors que le volet CD fait partie du même régime que le volet PD, le par. 7(3) appuie le principe selon lequel tout excédent du régime peut être utilisé pour financer les cotisations au régime CD.

Les modifications rétroactives visent à faire en sorte que les volets PD et CD fassent partie du même régime.

[102] Le comité n'a invoqué aucune disposition législative qui empêcherait que les deux volets fassent partie du même régime.

[103] Le juge LeBel souligne à juste titre que la législation n'autorise pas la suspension des cotisations lorsqu'un volet CD est ajouté à un régime PD. Il fait ressortir la différence entre la conversion totale d'un régime PD en un régime CD prévue à l'art. 9 du *Règlement* et l'ajout d'un volet CD à un régime PD existant. Toutefois, je ne crois pas qu'il s'ensuive de cette différence que la législation interdit la suspension des cotisations dans les circonstances de l'affaire. En l'espèce, la législation est muette sur le point précis en litige. En l'absence de restrictions législatives, il faut se référer au droit des contrats et au droit des fiducies pour déterminer si la suspension des cotisations est autorisée. À mon avis, les documents relatifs au régime n'empêchent pas de combiner les deux volets dans un régime unique et n'interdisent pas la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets.

[104] Le comité soutient que le fait de permettre rétroactivement le financement du volet CD au moyen de l'excédent du volet PD ne bénéficie pas exclusivement aux participants. Le comité établit une analogie entre la situation en l'espèce et celle dont la Cour était saisie dans *Buschau*. Dans l'affaire *Buschau*, l'accès à un régime en vigueur largement excédentaire a été fermé aux nouveaux participants. L'employeur avait préalablement retiré les sommes excédentaires en violation des conditions de la fiducie. Il a ensuite reconnu qu'il n'avait aucun droit de récupérer les

sommes excédentaires et les a remboursées, mais il a tout de même cherché à bénéficier de l'excédent par d'autres moyens. Il a essayé de rouvrir le régime à de nouveaux participants de manière à avoir accès à l'excédent en se prévalant d'une suspension de cotisations à l'égard des nouveaux participants. Le comité cherche à s'appuyer sur les propos de la juge Deschamps, au par. 41 de *Buschau*, selon laquelle la réouverture du régime dans ce cas poserait un problème.

[105] J'estime que le recours du comité à *Buschau* n'est pas convaincant parce que les circonstances en l'espèce sont bien différentes. Dans l'affaire *Buschau*, un régime PD excédentaire fermé depuis un certain nombre d'années versait toujours des prestations aux participants existants. L'employeur a tenté de rouvrir le régime à de nouveaux participants afin d'avoir accès à l'excédent en recourant à une suspension de cotisations à leur égard — utilisant ainsi l'excédent du régime pour s'acquitter de son obligation de verser des cotisations pour les nouveaux participants. L'employeur avait auparavant essayé de recourir à l'excédent pour payer ses cotisations obligatoires en fusionnant le régime fermé et d'autres régimes afin d'utiliser l'excédent du régime fermé pour suspendre ses cotisations aux autres régimes. Un jugement antérieur empêchait que la fusion n'atteigne un tel résultat — malgré la fusion, la fiducie est demeurée distincte. La Cour d'appel avait déclaré dans *Buschau* qu'en rouvrant le régime, on considérerait à juste titre que l'employeur tente d'accomplir ce qu'il ne pouvait pas faire par la fusion, soit bénéficier de l'excédent en se prévalant d'une suspension de cotisations. Comme elle l'avait fait à l'égard de la fusion, la Cour d'appel a affirmé que, l'employeur ayant déjà manqué à son obligation de fiduciaire, une tentative de sa part de rouvrir le régime aurait pour effet de l'obliger à rendre compte de ses obligations fiduciaires envers les participants initiaux comme si le régime n'avait jamais été fermé. C'est dans ce contexte que la juge Deschamps a tenu ces propos au sujet des problèmes soulevés par la réouverture du régime.

[106] En l'espèce, le Tribunal avait envisagé une modification rétroactive expressément autorisée par la *LRR*, laquelle n'aurait pas pour effet juridique de rouvrir un régime fermé, mais plutôt d'établir que les participants CD bénéficiaient de la fiducie dès la création du volet CD et la fermeture du volet PD aux nouveaux participants. La modification étant rétroactive, il n'y aurait en droit aucune réouverture d'un régime fermé ni aucune tentative de fusionner deux fiducies indépendantes. La présente affaire n'est aucunement analogue à l'affaire *Buschau*; les problèmes qui se posaient dans *Buschau* ne se posent pas en l'espèce.

[107] Autre facteur qui distingue l'espèce de *Buschau* : la nette différence entre un régime fermé et un régime en vigueur. Dans *Schmidt*, le juge Cory a établi une distinction entre l'excédent *actuariel* d'un régime en vigueur et l'excédent *réel* d'un régime auquel on a mis fin :

Pendant l'existence d'un régime sous forme de fiducie, le surplus est un surplus actuariel. Ni l'employeur ni les employés n'ont de droit précis sur cette somme puisqu'elle n'existe que théoriquement, même si les employés bénéficiaires ont, en *equity*, un droit sur tous les éléments d'actif de la caisse pendant qu'elle existe. À la cessation du régime, le surplus actuariel devient un surplus réel et est dévolu aux employés bénéficiaires. La distinction entre le surplus réel et le surplus actuariel signifie qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le droit de l'employeur à des périodes d'exonération de cotisations et le fait qu'il n'a pas le droit de récupérer le surplus accumulé à la cessation du régime. Le premier repose sur un surplus actuariel et le second, sur un surplus réel. [p. 654-655]

En l'espèce, comme je l'ai déjà dit, on n'a mis fin ni au régime, ni à la fiducie. Seule une partie du régime est fermée aux nouveaux employés. Par conséquent, aucun excédent réel n'est dévolu aux employés. L'excédent du volet PD demeure actuariel et les participants à ce volet conservent leur droit aux prestations définies aux termes du régime. Ils ont un intérêt dans l'excédent seulement

dans la mesure où il ne peut être retiré ou mal employé. La modification rétroactive du régime ne prive pas les participants PD de leur droit de propriété dévolu.

[108] De plus, la juge Deschamps a écrit dans *Buschau* :

Un régime est aussi considéré comme un instrument, sinon permanent, tout au moins à long terme. Par ailleurs, la participation individuelle d'un employé est éphémère : des participants arrivent et d'autres partent; on s'attend néanmoins à ce que les régimes survivent aux roulements de personnel et aux réorganisations d'entreprise. Dans un régime en vigueur, un seul groupe d'employés ne devrait pas pouvoir priver d'un régime de retraite les futurs employés. [par. 34]

En l'espèce, le régime devait demeurer en vigueur et couvrir tous les employés de la société. Comme l'a souligné la juge Gillese au par. 110, il était prévu que tous les employés participent au régime et à la fiducie.

[109] Cette intention est exprimée dans les documents relatifs au régime. Aux termes de l'article 1 de la convention de fiducie de 1954, la caisse ne peut être utilisée ou détournée [TRADUCTION] « à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime, ou de leurs bénéficiaires ou représentants successoraux, sauf comme il est prévu aux présentes ». La convention de fiducie de 1958, en vigueur au moment des modifications de 2000, prévoyait également que les bénéficiaires seraient des [TRADUCTION] « personnes qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime » (art. 1). L'article 22 du texte du régime désigne les employés en poste et retraités comme étant les personnes qui bénéficient du régime. Le régime a toujours été censé s'appliquer à tous les employés. Avec cette modification rétroactive, il continue de s'appliquer à eux. Il n'est donc pas contraire au régime de désigner les participants CD comme

bénéficiaires de la fiducie initiale.

[110] Après les modifications rétroactives, les participants aux deux volets du régime bénéficieront de la fiducie. L'utilisation des fonds en fiducie au profit des participants de l'un ou l'autre des volets est autorisée puisque la fiducie prévoit explicitement que les fonds peuvent être utilisés au profit des bénéficiaires.

[111] Le juge LeBel estime que la fiducie a toujours prévu que seuls les participants PD étaient ses bénéficiaires. Il mentionne que certaines dispositions de la convention de fiducie de 1954 prévoient que l'actif de la caisse pourrait soit être insuffisant pour permettre à l'employeur de s'acquitter de ses obligations (art. 2 et 6), soit dépasser le passif (art. 11), scénarios qui ne pourraient se produire dans un régime CD.

[112] À mon avis, la fiducie envisageait une catégorie de bénéficiaires plus générale. Comme je l'ai déjà mentionné, la disposition régissant la désignation des bénéficiaires de la fiducie est générale et s'est toujours appliquée aux employés de la société. Je ne crois pas qu'il était déraisonnable pour le Tribunal de conclure que le régime permettait de désigner les participants CD, des employés de la société, comme bénéficiaires de la fiducie.

[113] Le juge LeBel affirme que la modification visant à rendre les employés CD bénéficiaires de la même fiducie que les employés PD et à permettre à l'employeur de suspendre ses cotisations à l'égard des employés CD a une incidence sur les prestations des employés PD, en ce sens que l'actif de la caisse est réduit. Il se peut fort bien que les participants PD préfèrent voir des excédents

actuariels plus élevés dans la caisse de retraite. D'ailleurs, le comité s'est opposé à l'utilisation de l'excédent actuariel pour le paiement des frais du régime et pour suspendre les cotisations aux volets PD et CD. Toutefois, sauf disposition contraire de la législation, les participants PD n'ont pas le droit d'exiger des excédents financiers en vue de renforcer leur sécurité. Dans *National Grid Co plc c. Mayes*, [2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417, lord Hoffman a affirmé : [TRADUCTION] « C'est l'actuaire qui doit être prudent lorsqu'il atteste que l'excédent et les ententes sont raisonnables » (par. 17). Ce sont les documents relatifs au régime et le droit des fiducies qui prévalent. Ceux-ci ne confèrent pas aux participants PD un intérêt dévolu dans l'excédent actuariel de la caisse. Ils n'interdisent pas non plus l'utilisation de l'excédent actuariel pour payer les frais du régime ou pour suspendre les cotisations aux volets PD ou CD.

[114] À mon sens, la décision du Tribunal d'autoriser les suspensions de cotisations au volet CD du régime de retraite, une fois les modifications rétroactives apportées, n'était pas déraisonnable.

IX. Question 4 — Dépens

[115] Les dépens soulèvent deux questions. Premièrement, le Tribunal avait-il le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse? Deuxièmement, la Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour divisionnaire et pouvait donc rendre sa propre décision au sujet des dépens : 2007 ONCA 605, 282 D.L.R. (4th) 625. Elle a refusé d'adjuger les dépens au comité par prélèvement sur la caisse. Il s'agit de savoir si la Cour doit intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel.

A) *Compétence du Tribunal pour adjuger des dépens*

[116] Relativement à la première question, aux termes de l'art. 24 de la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, « le Tribunal peut ordonner à une partie à l'audience de verser les dépens d'une autre partie ou les frais du Tribunal ». Le Tribunal a conclu que, la caisse n'étant pas partie à l'instance, il n'avait pas le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse.

[117] Le texte de l'art. 24 est très clair à ce sujet. Le Tribunal ne peut ordonner le paiement des dépens à même la caisse si la fiducie n'est pas partie à l'instance. En l'espèce, la caisse n'était pas une partie. Dans ces circonstances, la Cour devrait s'en remettre au Tribunal.

B) *Adjuger des dépens par prélèvement sur la caisse*

[118] Relativement à la deuxième question, je suis d'avis de ne pas modifier la décision de la juge Gillese de ne pas ordonner le paiement des dépens au comité par prélèvement sur la caisse.

[119] La juge Gillese a trouvé deux décisions qui énoncent la démarche appropriée pour décider à quel moment il convient d'adjuger des dépens à une partie déboutée à même un fonds en fiducie. La décision anglaise *Buckton c. Buckton*, [1907] 2 Ch. 406, relève trois catégories d'affaires dans le contexte des testaments et des successions. La première catégorie comprend les affaires où les fiduciaires demandent à un tribunal d'interpréter l'acte de fiducie afin qu'ils puissent déterminer la bonne administration de la fiducie. La deuxième catégorie est composée d'affaires semblables où les actions sont intentées par les bénéficiaires de la fiducie plutôt que par les fiduciaires. Dans les deux catégories, les dépens peuvent légitimement être payés à même les fonds en fiducie.

Toutefois, les dépens ne seront pas prélevés sur les fonds en fiducie dans les affaires qui appartiennent à la troisième catégorie, c'est-à-dire si un bénéficiaire présente une réclamation au préjudice des autres bénéficiaires de la fiducie.

[120] Dans *Sutherland c. Hudson's Bay Co.*, (2006), 53 C.C.P.B. 154 (C.S.J. Ont.) (« *Sutherland (2006)* »), le juge Cullity a décrit les situations où, selon lui, les dépens peuvent être payés à même les fonds en fiducie. Son approche ressemble à celle retenue pour les deux premières catégories énoncées dans *Buckton*. Au par. 11, il écrit :

[TRADUCTION] Les ordonnances de paiement des dépens à même les fonds en fiducie sont généralement rendues dans l'une ou l'autre des situations suivantes. La première est celle où les droits des parties déboutées aux fonds en fiducie ne sont pas clairement énoncés dans l'acte de fiducie. Dans de tels cas, l'ordonnance est parfois justifiée en décrivant le problème comme étant un problème créé par le testateur ou le constituant qui a transféré les fonds dans la fiducie. La deuxième situation est celle où il est raisonnablement considéré que la demande de la partie déboutée peut raisonnablement être considérée comme ayant été présentée dans l'intérêt de toutes les personnes ayant un droit bénéficiaire sur la caisse.

[121] J'estime que ces exemples définissent utilement les circonstances dans lesquelles les dépens devraient être accordés par prélèvement sur une caisse de retraite. Les règles établies dans *Buckton* et *Sutherland (2006)* autoriseraient un tribunal à adjuger les dépens par prélèvement sur la caisse quand il subsiste des doutes légitimes quant à la façon de bien administrer la fiducie et quand le litige n'est pas contradictoire.

[122] Dans *Patrick c. Telus Communications Inc.*, 2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a récemment critiqué l'application de l'arrêt *Buckton* à

plusieurs affaires, dont une qu'elle avait déjà tranchée. Elle a estimé qu'en Colombie-Britannique *Buckton* ne devrait s'appliquer qu'aux litiges instruits par le juge en cabinet (requêtes introductives d'instance en vertu des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique) et non aux litiges plus complexes instruits par un juge lors d'un procès. Elle a tout de même reconnu que dans les litiges en matière de régimes de retraite, les dépens peuvent être adjugés conformément à la méthode énoncée dans *Sutherland (2006)*. Je pense que cette décision fait ressortir les difficultés que pose l'application de *Buckton* dans ce contexte.

[123] Les litiges en matière de régimes de retraite sont souvent plus complexes que les litiges en matière de succession. Dans le contexte des litiges en matière de régimes de retraite, le tribunal ne doit pas seulement tenir compte du caractère contradictoire du litige entre les bénéficiaires de la fiducie, comme *Buckton* pourrait le laisser entendre, mais aussi entre les bénéficiaires et le constituant (en l'espèce, la société), les fiduciaires ou les administrateurs (en l'espèce, le comité de retraite). Contrairement au contexte des testaments et des successions, l'employeur qui crée une caisse de retraite est censé ne pas cesser de cotiser à la caisse. Par conséquent, l'adjudication des dépens par prélèvement sur une caisse de retraite peut avoir des répercussions sur l'employeur. C'est d'autant plus vrai dans les cas, comme en l'espèce, qui portent sur la question de frais payables par prélèvement sur une caisse et celle de la suspension de cotisations. Dans ces cas, une adjudication des dépens par prélèvement sur la caisse aura pour effet de réduire l'excédent actuariel de la caisse et de précipiter la date à laquelle l'employeur doit satisfaire aux exigences en matière de frais ou recommencer à verser des cotisations.

[124] Dans *Smith c. Michelin North America (Canada Inc.)*, 2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d)

274, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a abordé la question des dépens à la lumière de la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce. Elle a partagé la conclusion de la juge Gillese selon laquelle la question principale est celle de savoir si le litige est contradictoire au lieu d'être axé sur la bonne administration de la caisse de retraite. Les demandes de nature contradictoire entre les bénéficiaires ne donneront pas droit à une adjudication des dépens par prélèvement sur la caisse. Toutefois, les demandes dans lesquelles les bénéficiaires prenant part au litige ont un intérêt commun ne permettront pas toutes que les dépens soient ainsi adjugés. Une demande peut être de nature contradictoire, même si les parties opposées ne sont pas des bénéficiaires. Les dépens ne seront prélevés à même la caisse que si l'instance est nécessaire pour assurer la bonne administration de la fiducie.

[125] Lorsque le litige porte, comme en l'espèce, sur des questions relatives à un différend entre le constituant d'une caisse et les bénéficiaires ou certains d'entre eux, les dépens que la partie déboutée pourra prélever sur la caisse peuvent en fin de compte devoir être payés par la partie obtenant gain de cause. Dans les affaires de ce genre, le tribunal aura davantage tendance à aborder les dépens de la même façon que dans une poursuite ordinaire, soit que la partie déboutée les paye à la partie qui a eu gain de cause.

[126] Bien entendu, en fin de compte, l'adjudication des dépens est un exemple typique d'une décision discrétionnaire. Les tribunaux ont pris en compte plusieurs facteurs pour arriver à la conclusion que le litige concernait la bonne administration de la fiducie. Ils ont constaté que le litige concernait essentiellement l'interprétation des documents relatifs au régime (*Huang c. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)*, 2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107, *Patrick c. Telus*

Communications Inc., 2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74, et *Burke c. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 299 D.L.R. (4th) 276), qu'il précisait un aspect problématique du droit (*Ontario Teachers' Pension Plan Board c. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, (2003), 36 C.C.P.B. 154 (C. div. Ont.), et *Burke*), qu'il constituait le seul moyen de préciser les droits des parties (*Burke*), qu'il alléguait une mauvaise administration (*MacKinnon c. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688), et qu'il n'avait aucune incidence sur les autres bénéficiaires de la fiducie (*C.A.S.A.W., Local 1 c. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.*, 2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504, et *Bentall Corp. c. Canada Trust Co.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181 (C.S.)).

[127] Les tribunaux ont refusé d'adjuger des dépens quand ils estimaient que le litige avait été de nature contradictoire. Pour parvenir à cette conclusion, ils ont fait ressortir les facteurs suivants : la partie déboutée avait allégué un manquement à l'obligation fiduciaire (*White c. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee*, 2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39; le litige ne servait que les intérêts d'une catégorie de participants et si les demandeurs avaient obtenu gain de cause, il aurait imposé des dépens à d'autres participants (*Smith, Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* 2007, 87 O.R. (3d) 736 (C.S.J.), et *Turner c. Andrews*, 2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 32; le litige était peu fondé (*Smith, White et Lennon*)).

[128] En l'espèce, la société a obtenu gain de cause; elle n'a pas à cotiser à la caisse pour couvrir les frais en question et elle peut recourir aux suspensions de cotisations. Il n'existe aucune raison de la pénaliser en réduisant l'excédent de la caisse et, par conséquent, en réduisant ses possibilités de suspendre ses cotisations.

[129] En outre, la juge Gillese a conclu que le litige était de nature contradictoire parce qu'il portait, en dernière analyse, sur la légitimité des mesures prises par la société et parce que le comité demandait que les fonds soient versés dans la caisse au bénéfice exclusif des participants PD. Le litige semble particulièrement inhabituel compte tenu du fait que plusieurs membres du comité ont joué un rôle dans la prise des décisions que le comité conteste maintenant.

[130] Je suis d'accord avec la juge Gillese pour dire que la présente affaire est de nature contradictoire.

[131] La juge Gillese a aussi conclu que le comité n'a pas intenté ce recours pour le compte de tous les bénéficiaires. Elle a fondé cette conclusion sur le fait que le comité ne présentait sa réclamation que pour les participants PD. Elle a également tenu compte de la conclusion à laquelle est arrivé un autre membre du Tribunal (voir *Nolan c. Surintendant des services financiers*, [2004] O.F.S.C.D. No. 191 (QL), par. 27, M. McNairn) selon laquelle le comité n'avait pas démontré dans quelle mesure les participants du régime avaient appuyé sa démarche.

[132] Pour ces motifs, rien ne justifierait la Cour d'intervenir à l'égard de la décision de la juge Gillese de condamner le comité aux dépens.

X. Dispositif

[133] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de la société contre les

appelants.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[134] Les questions soulevées dans le présent pourvoi touchent les millions de Canadiens qui participent à des régimes de retraite professionnels. Plusieurs d'entre elles font l'objet de fréquents litiges dans le domaine des pensions, par exemple l'utilisation par l'employeur de la caisse de retraite pour acquitter les frais du régime, la suspension des cotisations à un régime de retraite à prestations déterminées (le « régime PD ») et le critère qu'il convient d'employer pour déterminer s'il est possible d'adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite. Je souscris aux conclusions de mon collègue sur ces questions et je n'examinerai pas celles-ci dans les motifs qui suivent.

[135] Cependant, une question soulevée en l'espèce est nouvelle et se révèle plus litigieuse : l'employeur peut-il se servir de l'excédent d'un régime PD pour financer ses cotisations obligatoires à un régime de retraite à cotisations déterminées (le « régime CD »)? C'est sur cette question que mon collègue et moi divergeons d'opinion. À mon sens, le régime législatif ne permet pas une telle utilisation, qui constitue une violation des dispositions du régime, de la convention de fiducie et des principes pertinents du droit des fiducies. En 2000, à la création du régime CD, les employés de la

société ont cessé de participer à un régime unique. Ceux qui participent au régime CD (les « participants CD ») ne sont pas bénéficiaires de la fiducie PD et toute modification visant à les désigner comme tels contrevient à ces mêmes dispositions et principes. Par conséquent, la décision du Tribunal des services financiers (le « Tribunal ») d'approuver une telle modification est déraisonnable et doit être annulée.

II. Aperçu

[136] Je n'essaierai pas de répéter l'examen approfondi des faits qu'a effectué mon collègue. Il est toutefois nécessaire d'exposer brièvement les paramètres du présent pourvoi et certains faits. Le régime de retraite en l'espèce offrait des prestations déterminées jusqu'au 1er janvier 2000, date à laquelle la société intimée a fermé le régime PD aux nouveaux employés et a ouvert un régime CD. Les employés en poste pouvaient choisir de passer au régime CD ou de conserver le régime PD, alors que les nouveaux employés avaient seulement le droit de participer au régime CD. Les appelants, un groupe d'anciens employés de Kerry (Canada) Inc. et de ses prédécesseurs (« Kerry »), font essentiellement valoir que leur employeur a fait un mauvais usage des fonds de leur fiducie de retraite. Ils soutiennent que la société n'a jamais été autorisée à payer, à même la caisse de retraite, certains frais d'administration du régime et qu'elle n'avait pas le droit de compenser par l'excédent de la caisse ses cotisations obligatoires (c.-à-d. de recourir aux suspensions de cotisations) aux régimes PD et CD. Le présent pourvoi résulte de la décision des appelants de contester ces irrégularités alléguées devant le surintendant des services financiers (le « surintendant »). Le surintendant, l'autre intimé en l'espèce, a ordonné à Kerry de rembourser à la caisse certains frais dus à un tiers, mais a refusé d'ordonner le remboursement des cotisations que Kerry aurait dû verser

aux régimes PD et CD si elle ne s'était pas prévalue d'une suspension de cotisations.

[137] Le Tribunal a entendu l'appel formé contre les avis de proposition émis par le surintendant. Il a rendu plusieurs séries de motifs, dont une seule est pertinente dans le présent débat : [2004 O.F.S.C.D. no. 193 (QL)]. Dans ces motifs, il a conclu que Kerry avait le droit de suspendre ses cotisations au régime PD. Il a aussi décidé qu'elle pouvait continuer à financer ses cotisations au régime CD par prélèvement sur l'excédent accumulé dans le régime PD, mais à condition de modifier rétroactivement le régime de retraite de 2000 (le « régime ») de manière à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse de retraite en fiducie (la « désignation rétroactive »).

[138] La Cour supérieure de justice de l'Ontario, Cour divisionnaire (la « Cour divisionnaire ») a examiné selon la norme de la décision correcte la décision du Tribunal concernant la suspension des cotisations, car, selon elle, la question nécessite l'interprétation des documents relatifs au régime de retraite et des conventions de fiducie, et fait donc intervenir une question de droit. La Cour divisionnaire a conclu que le Tribunal n'a pas examiné correctement la question de la suspension des cotisations et a infirmé sa décision sur ce point : (2006), 2009 O.A.C. 21. Elle a considéré que le régime PD et le régime CD constituent deux régimes de retraite distincts et a conclu que la suspension des cotisations au régime CD constituait un interfinancement illicite entre régimes de retraite auquel ne pouvait remédier une désignation rétroactive des participants CD comme bénéficiaires de la caisse.

[139] La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué la norme de la raisonnable à l'examen de la

décision du Tribunal concernant la suspension des cotisations. À son avis, la question fait intervenir l'expertise relative du Tribunal dans l'interprétation des documents sur le régime de retraite et n'est pas une pure question de droit. La juge Gillese, au nom de la cour, a conclu que la décision du Tribunal était raisonnable et a rétabli la réparation qu'il avait proposée, ajoutant qu'elle serait parvenue à la même conclusion, même selon la norme de la décision correcte : 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1. Bien qu'elle ait adopté un raisonnement différent de celui du Tribunal, la juge Gillese a convenu qu'une modification rétroactive visant à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse permettrait à l'employeur de se servir de l'excédent de la caisse pour payer ses cotisations au régime CD. Les appelants ont demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour : [2008] 1 R.C.S. xi.

[140] Je conviens que la norme de contrôle applicable à l'examen de la question de la suspension des cotisations est celle de la raisonnable. Comme l'a si bien expliqué mon collègue, aux par. 26-30 de ses motifs, les quatre facteurs qui sous-tendent l'analyse relative à la norme de contrôle mènent clairement à la conclusion que la décision du Tribunal au sujet de la suspension des cotisations ne doit être modifiée que si elle est déraisonnable. Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a expliqué que la norme de la raisonnable implique une attitude de déférence. En effet, cette norme demande au tribunal de révision qu'il détermine si la décision administrative se situe toujours à l'intérieur des résultats justifiables en l'espèce. Une décision est qualifiée de déraisonnable, par exemple, si elle ne concilie pas avec les principes de « justification », de « transparence » et d'« intelligibilité » (*Dunsmuir*, par. 47) ou si une analyse raisonnée des faits et du droit sur lesquels repose la question en litige ne permet pas de justifier la conclusion du décideur. Le respect de la primauté du droit exige que le

tribunal ne confirme pas une décision administrative irrationnelle, arbitraire ou insoutenable. Sera considérée comme irrationnelle la décision dépourvue de fondement juridique à l'égard des questions essentielles de droit qu'elle soulève.

[141] En l'espèce, la décision du Tribunal au sujet de la suspension des cotisations au régime CD n'appartient pas à la gamme des résultats raisonnables possibles. Le Tribunal a effectivement reconnu que les modifications apportées au régime par l'employeur qui visent à autoriser la suspension des cotisations au régime CD contreviennent à la convention de fiducie initiale signée en 1954 (la « convention de fiducie ») et constituent un empiétement sur les fonds en fiducie irrévocable. Il n'a toutefois pas pris en considération ces principes lorsqu'il a ordonné, à titre de réparation, que les participants CD soient désignés rétroactivement comme bénéficiaires de la caisse. La modification rétroactive enfreindrait les dispositions mêmes de la convention de fiducie et le texte du régime, qui de toute façon interdisent la suspension des cotisations. Le fait que le Tribunal n'a pas pris cet aspect en compte au moment de concevoir la réparation ne peut se justifier et la réparation est donc déraisonnable.

[142] La Cour d'appel a donc fait erreur en concluant que la décision du Tribunal sur la suspension des cotisations est raisonnable et en rétablissant la désignation rétroactive. D'ailleurs, je pense que la cour a commis plusieurs erreurs lorsqu'elle a conclu que Kerry aurait le droit de suspendre ses cotisations au régime CD à la suite de la modification rétroactive qu'elle suggérait. Premièrement, la cour n'a pas tenu compte du fait que ce type de suspension des cotisations ne trouve pas appui dans les dispositions législatives et réglementaires applicables. En effet, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (la « LRR »), et son règlement d'application, R.R.O.

1990, Règl. 909 (le « *Règlement* »), n'autorisent pas l'employeur à compenser ses cotisations obligatoires à un régime CD par l'excédent accumulé dans la caisse d'un régime PD, sauf dans le cas d'une conversion totale d'un régime PD en un régime CD. Les parties au présent pourvoi reconnaissent qu'il n'y a pas eu conversion totale. Comme telle, la loi donc n'est d'aucune utilité pour les intimés.

[143] Deuxièmement, la cour a donné une interprétation indûment formaliste au régime de retraite. La juge Gillese a conclu que, en créant un régime CD, Kerry n'a pas instauré un nouveau régime puisque [TRADUCTION] « le comité de retraite et la société conservent le contrôle, la gestion et l'administration du régime » (par. 111). Il est vrai que le régime est enregistré comme un seul régime et que le même comité en administre les deux volets. Le présent pourvoi exige toutefois un examen plus approfondi de l'arrangement en vigueur depuis la création du régime CD en 2000. Les cotisations aux régimes PD et CD sont complètement séparées et appartiennent à des régimes de financement entièrement différents. Les participants qui sont passés au régime CD ont retiré de la caisse du régime PD toutes leurs prestations acquises pour les transférer dans des comptes de rente viagère qui n'ont aucun lien véritable ou factuel avec la caisse. La juge Gillese n'a pas évalué la nature distincte des régimes PD et CD en l'espèce et s'est concentrée sur l'existence formelle d'un régime unique. Ce faisant, elle n'a pas reconnu que Kerry, en utilisant l'excédent du régime PD pour payer ses cotisations obligatoires au régime CD, a contrevenu aux dispositions du régime et de la convention de fiducie, lesquelles interdisent l'utilisation des fonds de la fiducie à d'autres fins que le bénéfice exclusif de ses bénéficiaires. De plus, elle n'a pas tenu compte des problèmes sérieux que pose la désignation rétroactive — ordonnée par le Tribunal à titre de réparation — des participants CD comme bénéficiaires de la fiducie.

[144] Troisièmement, la cour aurait dû prendre en compte les ramifications qu'entraîne pour la fiducie la suspension des cotisations au régime CD dont s'est prévalu l'employeur. Dans *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.C. 611, la Cour a conclu que les caisses de retraite assujetties à une fiducie sont régies essentiellement par les principes d'*equity* du droit des fiducies. Le juge Cory a rappelé que la caisse de retraite « est régie par l'*equity* et, dans la mesure où les principes d'*equity* applicables sont incompatibles avec les dispositions du régime, l'*equity* doit prévaloir » (p. 655). Par conséquent, même si rien dans les dispositions législatives ou contractuelles, n'interdit les suspensions des cotisations, il demeure nécessaire de déterminer si les principes en matière de fiducie empêchent ces suspensions. En l'espèce, la suspension des cotisations ne devient possible qu'avec le retrait des fonds de la fiducie de retraite — qui détient les cotisations ainsi que les prestations acquises des participants au régime PD (les « participants PD ») — et leur dépôt subséquent dans les comptes de rente viagère des participants CD. Cela constitue un bon exemple de contrôle et d'empiètement par l'employeur sur les fonds détenus irrévocablement en fiducie au bénéfice des participants PD. Ces gestes contreviennent au principe général de la fiducie, qui déconseille la révocation, et aux dispositions des documents relatifs au régime, qui interdisent expressément à l'employeur de révoquer la fiducie.

[145] En somme, la suspension des cotisations au régime CD dont s'est prévalu Kerry ne peut se justifier selon une interprétation raisonnable des documents relatifs au régime ou des principes pertinents du droit des fiducies. J'examinerai successivement chacun de ces points dans les motifs qui suivent.

III. Analyse

A. *Contexte : Suspension des cotisations*

[146] Comme l'explique le juge Rothstein, l'employeur peut légalement utiliser l'excédent d'une caisse de retraite pour suspendre ses cotisations à un régime PD, pourvu que la loi et les documents relatifs au régime le permettent : *Schmidt*. Un régime peut expressément autoriser ou interdire la suspension des cotisations. En cas de silence du régime sur le sujet, il est possible d'inférer de la formule de calcul des cotisations de l'employeur l'autorisation implicite nécessaire pour la suspension des cotisations. Si, pour l'application de la formule, l'actuaire doit déterminer le montant de chaque cotisation, il conserve le pouvoir discrétionnaire de suivre la pratique actuarielle reconnue qui consiste à compenser les cotisations de l'employeur par l'excédent de la caisse. Toutefois, une formule fixant les cotisations de l'employeur de manière invariable interdirait implicitement la suspension des cotisations puisqu'elle oblige l'employeur à cotiser à la caisse, que les cotisations soient ou non réellement nécessaires pour garantir des prestations aux participants (*Schmidt*, p. 653).

[147] Certes, il est bien établi en droit que l'employeur peut se prévaloir d'une suspension de cotisations dans ces circonstances, mais cela ne signifie pas que la question n'a pas suscité de controverses ou que la suspension des cotisations ne risque pas parfois d'être imprudente. Bon nombre d'employés estiment que l'excédent doit être maintenu dans la caisse pour servir de [TRADUCTION] « tampon » en cas de défaillance du marché ou d'insolvabilité de l'employeur (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 404). Il subsiste effectivement un risque très réel que la suspension

des cotisations compromette la stabilité des régimes de retraite. Selon le rapport de la Commission d'experts en régimes de retraite de l'Ontario, certains employeurs ont recouru aux suspensions de cotisations si leur dernière évaluation triennale le leur permettait, même si les régimes se trouvaient sous-capitalisés au moment de la suspension des cotisations. D'après les recherches effectuées sur les régimes de retraite assujettis à la réglementation fédérale et cités dans le rapport de la commission, « la situation de 45 % des régimes sous-capitalisés [. . .] serait [. . .] meilleure si les [employeurs] n'avaient pas pris une période de suspension des cotisations » (gouvernement de l'Ontario, *Un juste équilibre : Une retraite sûre, un régime abordable, des règles équitables* (2008), p. 88).

[148] Par ailleurs, bon nombre d'employeurs maintiennent que la possibilité de se prévaloir d'une suspension de cotisations les incite à capitaliser généreusement les régimes PD, puisque toute cotisation dépassant la somme requise pour le paiement des dépenses du régime peut servir à réduire leurs cotisations futures. De plus, cette possibilité pourrait en fait encourager les employeurs à offrir des régimes PD, malgré les exigences souvent plus grandes que ces régimes leur imposent. Les employés préfèrent généralement les régimes PD parce qu'ils offrent des prestations garanties et comportent moins de risques. En raison de la tendance actuelle chez les employeurs canadiens à créer des régimes CD plutôt que des régimes PD, certains employés pourraient se réjouir des mesures (telle la suspension des cotisations) qui incitent les employeurs à adopter des régimes PD.

[149] Ce débat démontre la tension entre, d'une part, l'adoption de mesures qui incitent les employeurs à instaurer des régimes de retraite ne comportant pas d'énormes fardeaux financiers et, d'autre part, la nécessité de protéger les droits des retraités et d'assurer la vitalité de ces régimes,

surtout dans une conjoncture d'instabilité économique. Certes, on pourrait affirmer que l'autorisation de la suspension des cotisations aux régimes PD établit un juste équilibre entre ces exigences conflictuelles, mais j'estime que l'utilisation de l'excédent d'un régime PD pour financer les obligations de l'employeur à l'égard d'un régime CD distinct rompt ce juste équilibre, au détriment des participants du régime.

[150] Les tribunaux canadiens ont rarement examiné la question de la suspension des cotisations dans le contexte des régimes CD. La raison tient à la nature du régime CD : le montant de la cotisation est garanti. L'employeur (et peut-être l'employé, selon le type de régime) verse régulièrement sur le compte du participant des cotisations fixées d'avance. La prestation finale que reçoit le participant correspond au montant total des cotisations, plus le rendement du capital investi. Ainsi, contrairement aux participants PD, les participants CD récupèrent *tout* l'argent accumulé dans leur compte personnel, quel qu'en soit le montant. C'est pourquoi les régimes CD ne comportent pas d'excédent. Comme les employeurs ne sont pas autorisés par la loi à suspendre leurs cotisations, à moins que le régime n'enregistre un excédent actuariel, un régime CD pur n'offre pas la possibilité de suspendre les cotisations. En l'espèce, le fait que l'employeur ajoute un régime CD à un régime PD en vigueur crée, exceptionnellement, un excédent dans le régime CD.

[151] Comme j'expliquerai dans les présents motifs, ce type de suspension des cotisations ne trouve pas appui dans le cadre législatif ou dans les dispositions du régime et de la convention de fiducie. Au contraire, les documents relatifs au régime et les principes du droit des fiducies interdisent effectivement d'utiliser l'excédent accumulé dans le régime PD pour suspendre les cotisations au régime CD. La réparation prévue par le Tribunal, à savoir la désignation rétroactive

des participants CD comme bénéficiaires du fonds, ne remédie pas à cette lacune dans les modifications apportées au régime et destinées à permettre la suspension des cotisations au régime CD.

B. *Le cadre législatif*

[152] Les régimes de retraite sont régis d'abord et avant tout par la législation provinciale. En Ontario, tous les régimes de retraite doivent être administrés conformément à la *LRR* et au *Règlement* (voir la *LRR*, art. 19). Il est clair que la législation autorise l'employeur à recourir à la suspension des cotisations si la caisse de retraite affiche un excédent actuariel. Voici le texte du par. 7(3) du *Règlement* :

Au cours d'un exercice pour lequel aucun paiement spécial n'est exigé par l'article 5 à l'égard d'un régime, le gain actuariel peut être affecté à la réduction des cotisations destinées aux coûts normaux que doivent verser soit l'employeur, soit la personne ou l'entité qui est tenue de cotiser pour son compte, soit les participants du régime, soit n'importe lequel d'entre eux.

Comme je l'ai déjà mentionné, un régime CD ne peut jamais en soi comporter d'excédent. On peut donc présumer que la portée du par. 7(3) du *Règlement* se limite aux régimes PD, seuls susceptibles d'accumuler un excédent (ou « gain actuariel »).

[153] Toutefois, dans un cas on peut conclure qu'un régime CD bénéficie dans une certaine mesure de l'excédent : lorsque intervient une conversion totale d'un régime PD. C'est ce qui ressort clairement de l'art. 9 du *Règlement* :

Si la modification d'un régime à prestations déterminées convertit les prestations déterminées en prestations à cotisation déterminée, l'employeur peut compenser ses cotisations au titre des coûts normaux par le montant de l'excédent éventuel du régime après la conversion.

Mon collègue et moi convenons que le régime PD en l'espèce n'a pas été totalement converti en un régime CD, puisque le régime PD est resté en vigueur après avoir été fermé aux nouveaux participants en 2000. Comme tel, l'art. 9 du *Règlement* ne s'applique pas en l'espèce. Aucune disposition législative ne permet donc de transférer l'excédent d'un régime PD à un régime CD en l'absence de conversion totale. Par conséquent, les cas où on peut légalement se servir d'un excédent pour suspendre les cotisations en vertu du par. 7(3) se limitent au régime PD autonome ou au régime CD né d'une conversion totale d'un régime PD.

[154] Mon collègue, toutefois, affirme que, même si la législation ne permet pas expressément de prélever sur l'excédent accumulé dans un régime PD pour financer des cotisations à un régime CD, elle laisse entendre que cette utilisation de ce surplus n'a rien de foncièrement inadmissible, à condition de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse de retraite.

[155] Cependant, les circonstances de la conversion totale d'un régime PD en un régime CD diffèrent considérablement de celles du présent pourvoi, où il est question (à défaut d'un meilleur terme) d'une conversion seulement partielle en un régime CD. À la conversion totale en un régime CD, les prestations de retraite seraient toujours détenues par

les mêmes participants qui ont cotisé au régime PD initial, quoique sous une forme différente. Cette opération s'assimilerait à une transformation verticale : une conversion totale transformerait un seul régime PD en un seul régime CD. Les bénéficiaires ne changeraient pas et le régime continuerait simplement d'exister sous une forme différente. Cette description est conforme au par. 81(1) de la *LRR* :

81 (1) Si un régime de retraite est établi par un employeur pour succéder à un régime de retraite déjà existant et que l'employeur cesse de cotiser au premier régime de retraite, ce dernier est réputé ne pas être liquidé, et le nouveau régime de retraite est réputé être un prolongement du premier régime de retraite.

Les prestations acquises selon les modalités du régime initial sont aussi réputées appartenir au nouveau régime après la conversion totale (*LRR*, par. 81(2)). Dans le cas d'une conversion totale d'un régime PD en un régime CD, la question de l'interfinancement ne se pose simplement pas, car il n'existe pas deux régimes distincts, ou deux arrangements de financement distincts entre lesquels surviennent des transferts de fonds.

[156] Pour ces raisons, la loi et son règlement d'application ne permettent pas à Kerry de se servir de l'excédent accumulé dans le régime PD pour financer ses cotisations au régime CD. Si Kerry s'était contentée de convertir le régime existant en un régime CD pour tous les participants, alors l'art. 9 du *Règlement* pourrait permettre cette utilisation de l'excédent. Toutefois, heureusement, pour les employés en poste, on leur a offert la possibilité de conserver le régime PD. L'arrangement qui en résulte ne relève donc pas d'une des catégories visées par la législation.

C. Deux régimes distincts

[157] Le présent pourvoi exige également la résolution d'une question préliminaire : en créant un régime CD en 2000, Kerry a-t-elle maintenu un seul régime de retraite pour tous les employés ou a-t-elle effectivement établi deux régimes distincts, l'un CD et l'autre PD?

La Cour divisionnaire a conclu que Kerry avait créé deux régimes distincts :

[TRADUCTION] Le texte du régime de 2000, peu importe son libellé, crée clairement deux (2) fonds. Les appelants, qui ont choisi de demeurer dans la partie 1 du régime — ce qu'ils avaient le droit de faire — cotisent ou ont cotisé au RPD et ont un intérêt bénéficiaire à l'égard de tous les fonds du régime. Le fonds de la partie 2 du régime (RCD) est complètement distinct et il est financé séparément. Les employés cotisant à la partie 2 (RCD) n'ont aucun lien avec la partie 1 (RPD) et on ne peut leur accorder légitimement un intérêt bénéficiaire à l'égard du fonds de la partie RPD. Dans ce cas-ci, il existe légalement deux (2) régimes de retraite, deux (2) fonds de retraite et deux (2) catégories de participants. [par. 72]

La Cour d'appel, toutefois, a jugé qu'il existait en substance un seul régime de retraite comportant deux volets et deux catégories de participants. Comme le régime visait initialement à assurer des bénéfices à tous les employés à temps plein, la création d'un volet CD pour une partie de ces employés n'aurait pu entraîner l'établissement d'un tout nouveau régime.

[158] Malgré mon désaccord avec la majeure partie du raisonnement de la Cour divisionnaire, je souscris à sa conclusion que Kerry a effectivement créé un second régime de retraite dont les participants ne sont pas bénéficiaires du fonds initial. Il est vrai que, d'un point de vue formel, un seul régime existe. Il est enregistré comme étant un régime unique

qui verse des prestations à tous les employés admissibles de la société et un même administrateur le gère. Cependant, il ne peut être défini comme un régime unique à cause de la distinction importante entre les volets PD et CD dans les documents relatifs au régime. À mon avis, en fait les régimes PD et CD constituent des entités distinctes qui ne sauraient être traitées dans le présent pourvoi comme deux volets d'un même régime.

[159] D'abord, les régimes PD et CD sont de nature différente. Ils offrent des types de prestations différents à leurs participants et présentent des risques et des avantages différents. Dans un régime PD, les prestations finales sont garanties et, si le régime est sous-capitalisé, l'employeur reste principalement responsable de combler la différence. S'il est vrai que les participants PD assument une partie des risques, comme dans le cas de l'insolvabilité de l'employeur, ces risques se trouvent répartis entre les participants. En revanche, les employés qui cotisent à un régime CD deviennent plus vulnérables aux aléas du marché. Si le rendement du capital investi est élevé, ils en bénéficieront, mais la faiblesse du même rendement diminuera leurs prestations de retraite sans que l'employeur assume quelque responsabilité à l'égard de cette faiblesse. Les régimes PD sont aussi beaucoup plus réglementés que les régimes CD. Par exemple, le règlement d'application de la *LRR* de l'Ontario impose des exigences plus rigoureuses pour les régimes PD que pour les régimes CD (voir, p. ex., art. 3, 13 et 14). Compte tenu de ces différences fondamentales entre les deux types de régimes, on ne doit pas présumer qu'il n'existe qu'un seul régime, lorsqu'un employeur crée un régime CD pour certains employés et conserve le régime PD pour d'autres.

[160] En l'espèce, la structure du régime tient compte de ces différences en traitant les deux groupes d'employés différemment. Le régime est divisé en deux parties : la partie 1, dont certaines dispositions s'appliquent exclusivement aux participants PD, et la partie 2, qui vise exclusivement les participants CD. Des dispositions différentes régissent chacun des deux groupes sur des sujets tels que les contributions des participants et leur admissibilité aux prestations, autant pendant que le régime est en vigueur qu'à sa cessation. Par exemple, l'art. 16.03 prévoit :

[TRADUCTION] À la cessation ou suspension du régime, chaque participant de la partie 1 n'a droit qu'à l'actif de la caisse de retraite attribuable aux participants de la partie 1 pour le versement des prestations prévu dans le régime et chaque participant de la partie 2 n'a droit qu'aux sommes contenues dans son compte.

Les dispositions de la partie 2 n'établissent aucun lien entre les participants de la partie 2 (CD) et la caisse de retraite, sauf la modification visant à permettre la société de suspendre ses cotisations en utilisant l'excédent de la caisse.

[161] Le régime précise les arrangements du financement des régimes PD et CD et la façon dont les employés sont passés au régime CD en 2000. La caisse en fiducie initiale, administrée par la Société de fiducie CIBC Mellon conformément à la convention de fiducie conclue entre les parties en 2000, détient toujours l'actif des participants PD. Toutefois, pour les employés qui ont décidé d'opter pour la conversion au régime CD, la société a établi la valeur de leurs prestations jusque-là accumulées dans le régime PD et a transféré des éléments d'actif d'un montant équivalent dans leurs nouveaux comptes CD. Par conséquent,

les participants CD n'ont plus aucune cotisation dans la caisse; leur actif est détenu dans des comptes individuels et investi par la Compagnie d'assurance Standard Life, conformément au contrat conclu avec Kerry. Selon ce contrat, Standard Life s'est engagée à gérer les cotisations des participants CD et à les investir dans des fonds communs, dont la valeur fluctue en fonction de la valeur marchande des investissements, et dans des fonds garantis. À la retraite, les prestations sont payées à titre de rente à même ces fonds conformément aux modalités du régime et aux dispositions législatives pertinentes. Contrairement aux prestations du régime PD, la valeur des prestations du régime CD à la retraite n'est pas garantie, car elle dépend de la rentabilité (ou non) des investissements. Ainsi, à partir du moment où les prestations des participants CD ont été retirées de la caisse et déposées dans ces comptes de placement distincts, ces derniers ont cessé de participer au régime PD et d'être bénéficiaires de la caisse.

[162] Mon collègue affirme qu'aucune raison en droit n'interdit qu'un régime de retraite maintienne une seule caisse pour les participants PD et pour les participants CD, dans la mesure où les documents relatifs au régime et la loi ne le prohibent pas. Je suis d'accord jusqu'à un certain point. La création de plusieurs volets d'un seul régime de retraite, financés par une caisse commune, n'a rien de fondamentalement inadmissible, comme en témoigne le nombre croissant de « régimes hybrides ». Cependant, j'exprime mon désaccord dans la mesure où les motifs de mon collègue laissent croire à l'existence d'une *présomption* selon laquelle les régimes PD et CD offerts par l'employeur à un même groupe d'employés ne constituent qu'un seul régime. Le point de départ ne devrait pas être la présomption qu'existe alors un régime unique à deux volets (ou plus) et que cette présomption peut être

écartée tout simplement par une disposition prohibitive prévue dans les documents du régime ou la loi. Il faut plutôt examiner l'aménagement particulier de chaque régime, qui varie d'une affaire à l'autre, pour déterminer s'il n'existe effectivement qu'un seul régime. Les documents doivent révéler clairement l'intention de maintenir un seul régime et, plus important encore, la structure du régime doit réellement refléter et respecter cette intention. Dans les quelques cas où ils ont autorisé la suspension des cotisations à un régime CD par prélèvement de l'excédent de la caisse du régime PD, les tribunaux ont insisté sur la nécessité d'examiner les documents relatifs au régime pour établir l'existence d'un régime unique et d'une seule caisse pour tous les participants.

[163] Dans une de ces affaires, *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a examiné le cas d'une caisse de retraite PD à laquelle deux volets CD ont été ajoutés à différents moments. Le juge Siegel a conclu que les employés participaient tous au même régime et bénéficiaient tous de la même caisse en fiducie. Pour conclure en ce sens, il a reconnu que [TRADUCTION] « la question de savoir s'il n'y avait qu'une seule caisse en fiducie dans une situation donnée est fonction des faits de l'espèce et dépend entièrement du texte des documents pertinents » (par. 218). Selon les documents étudiés dans *Sutherland*, au moment où les participants CD se sont ajoutés au régime, leurs éléments d'actif ont été transférés dans la caisse du régime PD et les éléments d'actif mis en commun étaient administrés par un seul fiduciaire, la Société Trust Royal du Canada (« Trust Royal »). Même si les participants CD possédaient des comptes où leurs cotisations de retraite étaient déposées, le juge Siegel a souligné qu'il n'y avait [TRADUCTION] « aucune preuve que ces comptes étaient séparés d'une manière quelconque »

(par. 71). En fait, tous les éléments d'actif étaient investis sur une base collective.

[164] La structure du régime avait changé partiellement en 2001 quand Trust Royal a nommé un agent, la Compagnie d'assurance Standard Life du Canada (« Standard Life »), pour investir les cotisations au volet CD du régime. Standard Life a explicitement reconnu Trust Royal comme fiduciaire de l'actif et a investi les fonds selon les directives de Trust Royal, et non selon celles des participants au régime. Le juge Siegel a conclu que ce nouvel arrangement ne modifiait pas la relation juridique entre les participants et la fiduciaire. À part le fait que Standard Life détenait physiquement ces fonds, il n'existait aucune distinction juridique entre l'actif détenu par Standard Life et celui détenu dans la caisse (par. 298).

[165] Le juge Siegel a souligné le contraste entre le régime dans *Sutherland* et celui en l'espèce. Après avoir relevé certaines similitudes entre les régimes CD dans les deux cas, il a conclu que les documents relatifs au régime que nous examinons prévoyaient une plus grande séparation entre les régimes PD et CD :

[TRADUCTION] Les documents relatifs au régime de retraite dans *Kerry* témoignent d'une intention de séparer l'actif du volet PD de l'actif du volet CD du régime. [par. 269]

Le juge Siegel a eu raison de faire cette distinction. En l'espèce, rien ne prouve que les cotisations des participants aux régimes PD et CD aient jamais été mises en commun dans une seule caisse et rien ne permet de croire qu'il existe une relation mandant-mandataire (ou

toute autre relation) entre la compagnie d'assurances chargée d'investir l'actif des participants CD et la Société de fiducie CIBC Mellon, le fiduciaire de la caisse. Au contraire, Standard Life investit l'actif conformément au contrat conclu avec Kerry, qui ne mentionne ni la Société de fiducie CIBC Mellon ni l'actif détenu dans la fiducie initiale pour les participants PD (d.a., p. 731). Les documents relatifs au régime prévoient donc une distinction beaucoup plus nette entre les participants aux régimes PD et CD que dans l'affaire *Sutherland*.

[166] Mon collègue cite également *Barclays BankPlc c. Holmes*, [2000] EWHC 457 (Ch) (BAILII), [2001] O.P.L.R. 37, à l'appui de la thèse selon laquelle un régime de retraite peut être structuré comme un seul régime et désigner les participants des régimes PD et CD comme bénéficiaires de la caisse. Là encore, la conclusion dans *Barclays* reposait en grande partie sur l'interprétation que la cour a donnée aux documents pertinents relatifs au régime. D'après le juge Neuberger, les documents et la structure du régime démontraient clairement l'intention de l'employeur de créer un seul régime assujéti à une fiducie. Par exemple, la définition de « participant » conférait expressément sous le régime de la caisse le droit aux prestations aux participants CD et, comme l'a fait remarquer le juge Rothstein, le même fiduciaire administrait tous les comptes. Par ailleurs, la cour a été influencée par le contexte législatif particulier selon lequel un régime de retraite peut avoir une seule caisse pour soutenir les deux volets PD et CD.

[167] On peut aussi comparer le résultat de l'affaire *Barclays* et la conclusion d'une autre affaire anglaise, *Kemble c. Hicks*, [1999] EWHC 301 (Ch) (BAILII), [1999] O.P.L.R.

1, qui portait sur un régime PD auquel un volet CD a été ajouté. Comme dans le présent pourvoi, les cotisations des participants CD étaient détenues dans des comptes de placement individuels en vertu d'un contrat conclu avec une compagnie d'assurances qui n'était pas le fiduciaire de la caisse du régime PD. La cour a conclu que l'employeur n'avait pas le droit d'utiliser l'excédent du volet PD pour financer ses cotisations au régime CD. Le juge Rimer a reconnu que les régimes PD et CD faisaient [TRADUCTION] « partie du même régime global », mais il a décidé :

[TRADUCTION] L'établissement du régime à formule d'achat [CD] entraînait l'établissement de ce qui était, dans le cadre du régime global, un régime plutôt distinct de celui calculé sur le dernier salaire, auquel différentes considérations s'appliquaient. Les personnes qui ont adhéré au régime à formule d'achat ont coupé le lien avec le régime à dernier salaire, sont passées au nouveau régime et ont bénéficié du paiement d'une somme égale à la valeur actuarielle de leurs prestations accumulées jusqu'au 31 mars 1989 dans le régime du dernier salaire. Celles qui ont choisi de ne pas changer de régime ont conservé leur droit sur l'actif qui est demeuré assujéti au régime du dernier salaire [PD]. [p. 7]

[168] À mon avis, l'aménagement du régime dans *Kemble* ressemble davantage à celui dont il est question dans le présent dossier et, par conséquent, des considérations semblables jouent dans celui-ci. Ces affaires démontrent qu'il n'est interdit ni de créer un régime unique à deux volets, ni de créer un aménagement comportant deux régimes distincts pour un seul groupe d'employés. D'ailleurs, l'art. 34 de la *LRR* prévoit cette possibilité lorsqu'il permet à l'employeur d'établir des régimes de retraite distincts pour les employés à temps plein et ceux à temps partiel. Il faut examiner les documents relatifs au régime et les arrangements en vigueur pour déterminer la structure adoptée dans un cas donné. Comme je l'ai déjà souligné, les documents relatifs au régime en l'espèce révèlent l'existence d'une séparation

partielle. Cette distinction confirme que les modifications de 2000 ont effectivement créé un deuxième régime de retraite.

D. *Les dispositions relatives au « bénéfice exclusif »*

[169] Pourquoi importe-t-il en l'espèce de déterminer si les employés participent à un seul régime ou à deux régimes distincts? La réponse à cette question se trouve dans les dispositions du régime et de la convention de fiducie, qui interdisent l'utilisation de l'actif fiduciaire à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants au régime.

[170] Les dispositions pertinentes se trouvent dans les documents relatifs au régime initial. L'article 22 du texte du régime de 1954 prévoit :

[TRADUCTION] toutes les cotisations versées par la société sont irrévocables et, combinées à l'ensemble des cotisations des participants, elles ne peuvent être utilisées qu'au bénéfice exclusif des participants, des participants retraités, de leurs bénéficiaires ou de leur succession et de leurs rentiers subsidiaires. [Je souligne.]

L'article 1 de la convention de fiducie de 1954 contient une restriction semblable sur l'utilisation de l'actif fiduciaire :

[TRADUCTION] Aucune partie du capital ou du revenu de la fiducie ne doit retourner à la société, ni être utilisée ou détournée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime, ou de leurs bénéficiaires ou représentants successoraux, sauf comme il est prévu aux présentes. [Je souligne.]

Pour plus de commodité, je désignerai ces deux dispositions comme étant les dispositions relatives au « bénéfice exclusif », bien que la convention de fiducie revête une importance primordiale dans la présente affaire. Comme je l'ai déjà mentionné, le Tribunal a reconnu que les modifications visant à autoriser les suspensions des cotisations au régime CD par prélèvement sur l'excédent du régime PD violeraient ces dispositions puisqu'elles :

[TRADUCTION] . . . permettent à la compagnie d'utiliser une partie de la caisse, c.-à-d. l'excédent « à d'autres fins que le bénéfice exclusif » des bénéficiaires de la fiducie établie pour la caisse et qui, selon le régime de 2000, participent maintenant à la partie 1. La seule façon pour la société de suspendre ainsi ses cotisations à la partie 2 consiste à retirer de l'argent de la caisse pour le transférer à l'assureur qui joue le rôle de gestionnaire pour la partie 2, afin qu'il soit porté aux comptes individuels des participants à la partie 2. Cette pratique contrevient à l'article 1 de la convention de fiducie de 1954 . . . [par. 32]

[171] Il importe de déterminer, dès le départ, les personnes qui sont protégées par ces dispositions et celles que vise la convention de fiducie. Je souscris à la conclusion du Tribunal que seuls les participants PD constituent le groupe de [TRADUCTION] « personnes qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime » dont il est question dans la convention de fiducie, et ce, pour deux raisons. Premièrement, comme je l'ai expliqué, l'actif de la caisse se limite aux cotisations versées par les participants PD ou en leur nom. L'actif préalablement détenu au nom des participants CD actuels a été retiré au moment de la conversion. Deuxièmement, la convention de fiducie prévoit clairement que les bénéficiaires sont assujettis à un régime PD. Par exemple, elle contient des dispositions qui évoquent l'existence possible d'éléments de passif dans la caisse, qu'on ne retrouve pas au régime CD (art. 2, 6 et 11). D'ailleurs, la nature même d'une caisse en fiducie reste incompatible avec la structure des comptes CD en l'espèce. J'examinerai cette question à

nouveau dans mon analyse de la solution proposée par le Tribunal, soit la désignation rétroactive des participants. Pour le moment, toutefois, je conclus simplement que les dispositions relatives au bénéfice exclusif visent à protéger les participants PD de toute utilisation de l'actif fiduciaire à une fin autre que leur bénéfice exclusif, comme l'interfinancement entre des régimes distincts.

[172] La question de l'interfinancement dans les affaires relatives à la fusion d'au moins deux régimes de retraite a largement retenu l'attention des tribunaux. Ceux-ci se fondent habituellement sur les documents relatifs au régime et les conventions de fiducie pour déterminer comment la fusion se répercute sur le droit des participants à l'actif selon le régime initial. Ainsi, dans certains cas, le regroupement des fonds dans un régime fusionné a été jugé légal : p. ex. *Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736 (C. div.); *Baxter c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 43 C.C.P.B. 1 (C. div. Ont.). Dans d'autres cas, les faits particuliers au dossier militaient contre le regroupement des fonds après une fusion : *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196 (C.A.); *Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) c. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 271 (C.A. Alb.).

[173] Bien que les affaires de fusion de régimes soulèvent toute une série de questions étrangères au présent pourvoi, elles apportent certaines précisions au principe plus général qui interdit l'interfinancement entre des régimes distincts. Dans *Aegon*, par exemple, l'actif des deux caisses a été séparé à la suite d'une fusion conformément à la convention de fiducie et à l'engagement de l'employeur auprès de la Commission des régimes de retraite de

l'Ontario de l'époque. L'employeur, toutefois, a transféré l'actif d'une caisse à l'autre pour pouvoir se prévaloir d'une suspension de cotisations à l'égard de la deuxième caisse. La Cour d'appel a conclu que cette pratique violait la convention de fiducie parce qu'elle utilisait l'actif fiduciaire à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants au régime qui étaient des bénéficiaires de la caisse.

[174] Ce principe général a été confirmé dans *Sutherland* lorsque le juge Siegel a écrit :

[TRADUCTION] Lorsqu'on conclut à l'existence de deux caisses distinctes, aucun principe ne peut justifier « l'interfinancement » sous forme de paiement des prestations de retraite d'un groupe de bénéficiaires par prélèvement sur l'actif de la caisse censé financer les prestations de retraite d'un autre groupe de bénéficiaires. [par. 260]

En fait, l'issue des affaires *Sutherland* et *Barclays* reposait sur la conclusion des tribunaux selon laquelle les employés participaient à un régime unique et bénéficiaient de la même caisse. Par conséquent, l'actif n'avait pas été utilisé à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants. Dans *Kemble*, toutefois, l'existence de deux régimes distincts signifiait que l'utilisation de l'excédent de la caisse du régime PD pour réduire les cotisations de l'employeur au régime CD constituait un financement injuste des participants CD aux dépens des participants PD. La même conclusion s'applique en l'espèce : l'utilisation de l'excédent de la caisse pour réaliser une suspension de cotisations au régime CD viole les dispositions relatives au bénéfice exclusif prévues dans les documents du régime puisque tous en bénéficient, sauf les participants PD.

[175] Cela nous amène à examiner la solution du Tribunal, également approuvée par mon collègue dans ses motifs. Cette solution consiste à modifier rétroactivement le régime de façon à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la fiducie pour légitimer les suspensions des cotisations au régime CD. Je pense que cette solution est déraisonnable et qu'elle ne peut être acceptée parce qu'elle violerait la convention de fiducie; elle ne réglerait pas non plus le problème de la violation des dispositions concernant le bénéfice exclusif qu'engendre la suspension des cotisations au régime CD.

[176] La société a le droit de modifier unilatéralement le régime et peut, aux termes du par. 13(2) de la *LRR*, apporter des modifications rétroactives. Celles-ci demeurent toutefois assujetties à la convention de fiducie initiale, qui interdit d'utiliser les fonds à d'autres fins que le bénéfice exclusif des bénéficiaires de la fiducie, c'est-à-dire en l'espèce les participants PD. Ainsi, une modification du régime de retraite visant à changer l'identité des bénéficiaires de la caisse doit respecter les dispositions relatives au bénéfice exclusif des participants CD dont l'existence explique le remède choisi par le Tribunal.

[177] Non seulement la désignation, qui vise à légitimer officiellement les suspensions des cotisations au régime CD, ne bénéficierait pas exclusivement ni même principalement aux participants PD, mais elle ne leur profiterait pas du tout. La société pourrait certainement bénéficier de cette désignation puisqu'elle serait libérée de son obligation de cotiser à l'égard des participants CD tant et aussi longtemps que la caisse du régime PD demeure excédentaire. On pourrait même prétendre que les participants CD pourraient bénéficier de l'arrangement, du fait qu'ils jouiraient du même droit à l'excédent à la

cessation du régime que les participants PD. D'ailleurs, la juge Gillese a conclu que la désignation aurait pour effet d'accorder aux participants CD le droit de profiter de l'excédent avec les participants PD à la cessation du régime (par. 107-108). Toutefois, les intimés n'ont pu identifier aucun avantage qu'apporterait cette désignation aux participants PD. De toute façon, on ne peut en retrouver aucun. Au contraire, les participants PD ont tout à perdre si les participants CD sont désignés rétroactivement comme bénéficiaires de la fiducie.

[178] Il est vrai, comme l'ont souligné la juge Gillese, de la Cour d'appel, et le juge Rothstein dans ses motifs, que le régime prévoyait l'augmentation du nombre de participants et que, avant 2000, de nouveaux employés s'ajoutaient sans cesse au régime PD comme bénéficiaires. La juge Deschamps a reconnu la fluidité des régimes de retraite dans *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973 :

Un régime est aussi considéré comme un instrument, sinon permanent, tout au moins à long terme. Par ailleurs, la participation individuelle d'un employé est éphémère : des participants arrivent et d'autres partent; on s'attend néanmoins à ce que les régimes survivent aux roulements de personnel et aux réorganisations d'entreprise. [par. 34]

Dans le même ordre d'idées, l'intimée Kerry prétend que la désignation des participants CD comme bénéficiaires de la fiducie n'est qu'une extension du pouvoir général de l'employeur d'ajouter sans cesse des nouveaux participants au régime en vigueur, par la fusion par exemple :

[TRADUCTION] L'introduction de nouveaux participants à un régime de retraite ne constitue pas une violation d'une fiducie sous-jacente et n'est pas opposable

en droit contractuel dans la mesure où les participants continuent de recevoir leurs prestations. Si une fusion est possible, il est difficile de comprendre pourquoi il n'est pas possible de modifier le libellé d'un régime de façon à traiter tous les participants d'un même régime comportant deux volets comme des participants du même régime afin qu'ils puissent recevoir des prestations à même la caisse. [m.i., par. 83]

On peut alors soutenir que l'ajout régulier de nouveaux employés ou l'inclusion d'une toute nouvelle catégorie d'employés (p. ex. les employés à temps partiel) dans un régime existant représente une situation si fréquente qu'il est inutile de se demander si l'addition de nouveaux participants contreviendrait aux dispositions relatives au bénéfice exclusif prévues par les documents relatifs au régime.

[179] Toutefois, l'arrangement proposé en l'espèce soulève des préoccupations importantes, qui ne découlent pas de l'ajout de nouveaux participants à un régime en vigueur. Avant 2000, les nouveaux employés qui adhéraient au régime versaient des cotisations régulièrement — ou demandaient que les cotisations soient versées en leur nom — augmentant ainsi le capital de la caisse. Ces contributions financières à la caisse peuvent être considérées comme un avantage, quoique indirect, pour les employés participant déjà au régime. En effet, un capital plus important signifie une caisse de retraite plus solide et plus capable d'adaptation ainsi que des rendements plus élevés. La désignation rétroactive des participants CD comme bénéficiaires de la fiducie ne procure pas le même avantage. Après 2000, les nouveaux employés (et les employés en poste qui sont passés au régime CD) ne cotisent plus à la caisse. Leurs cotisations sont dirigées vers leurs comptes de rente viagère séparés, et les cotisations antérieures versées par les employés qui sont passés au régime CD ont été retirées au moment de la conversion. Les participants CD n'ont plus

aucun droit à la caisse en fiducie. La reconnaissance du droit de modifier, d'un simple trait de plume, les importantes protections reconnues aux caisses en fiducie rendrait ces protections singulièrement illusoire.

[180] Pourquoi les participants CD sont-ils devenus incapables de revendiquer le droit à la caisse? Comme je l'ai déjà expliqué, lorsque les employés ont choisi de convertir leurs prestations du régime PD en prestations du régime CD en 2000, des éléments d'actif d'un montant égal aux prestations accumulées jusque-là ont été retirés de la caisse et déposés dans des comptes individuels. Le régime prévoit que, après cette conversion, les nouveaux participants CD [TRADUCTION] « seraient dès lors régis par les dispositions du régime sur les cotisations déterminées et ne seraient pas autorisés à recommencer à participer au régime en vertu des dispositions sur les prestations déterminées » (préface du régime de 2000, art. 1.07). Selon cette entente, on peut donc considérer que les participants CD ont renoncé à leur droit au reste de l'actif de la caisse du régime PD. Toutes leurs cotisations antérieures et toutes les cotisations versées par l'employeur en leur nom ont été retirées de la caisse et déposées dans des comptes individuels, et elles ne peuvent retourner au régime PD. Ils ne sont pas des bénéficiaires parce qu'ils ne bénéficient pas et ne peuvent bénéficier de l'actif détenu dans cette caisse. Toute modification qui aurait pour effet de les désigner comme tels constituerait tout simplement une réponse artificielle et incomplète au problème.

[181] Cette situation ne ressemble en rien à celle qu'a envisagée la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Sutherland* où le juge Siegel a conclu qu'aucune raison juridique n'empêchait un régime de retraite de comporter deux volets, l'un PD et l'autre CD,

[TRADUCTION] « les prestations versées en vertu de chacun des articles du régime provenant de la même caisse en fiducie » (par. 219). En l'espèce, seules les prestations des participants PD seraient prélevées sur la caisse. Celles des participants CD sont détenues séparément dans des comptes de rente viagère qui n'ont aucun lien avec la caisse en fiducie initiale créée en 1954 pour payer les prestations de retraite aux employés de Kerry selon le principe des prestations déterminées.

[182] En fait, comme la société a commencé à suspendre ses cotisations au régime PD en 1985, les participants à ce régime ont amassé tout ce qui a été versé dans la caisse depuis ce temps-là. La solution que propose le Tribunal permettrait à la société de retirer des éléments d'actif de la caisse pour les déposer dans les comptes détenus par des participants CD, simplement pour se libérer de son obligation de cotiser au régime CD. Par conséquent, les participants PD constateraient que le même montant d'argent qu'avant 2000 est versé dans la caisse, mais qu'un montant plus élevé en est retiré. Le caractère injuste de cet arrangement devrait être manifeste même pour l'individu le plus cynique. Plus important encore, l'arrangement est non seulement inéquitable au plan des principes, mais aussi illégal, puisqu'il entraînerait une utilisation de la caisse en fiducie à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants actuels du régime PD.

[183] L'illégalité de la suspension des cotisations au régime CD ne serait pas corrigée *même si* les participants CD pouvaient être déclarés bénéficiaires de la fiducie. Le retrait de fonds destiné à permettre à l'employeur de suspendre ses cotisations au régime CD constituerait toujours une violation des dispositions relatives au bénéfice exclusif, que les

participants CD soient ou non, à proprement parler, bénéficiaires de la fiducie. Il n'a pas été démontré devant la Cour que la structure de la fiducie serait modifiée par suite de cette désignation. L'employeur continuerait à s'autoriser des suspensions de cotisations au régime CD en retirant des éléments d'actif de la fiducie pour les déposer dans les comptes des participants CD. Ce déplacement de fonds, je le répète, ne profite exclusivement à aucun bénéficiaire, qu'il s'agisse de participants PD ou CD. Au contraire, il cause préjudice aux participants PD, qui voient décroître le capital de leur caisse à un rythme constant. Par ailleurs, même si la désignation initiale des participants CD comme bénéficiaires peut leur conférer l'avantage futur d'un droit potentiel sur l'excédent, le recours à l'excédent pour financer des suspensions de cotisations aurait simplement pour effet d'appauvrir l'excédent global sur lequel ils pourraient un jour revendiquer un droit.

[184] Il est difficile de comprendre comment les suspensions des cotisations au régime CD profitent à qui que ce soit d'autre que Kerry, qui est libérée de son obligation de cotiser au régime CD. Quelle serait l'utilité des dispositions relatives au bénéfice exclusif si elles pouvaient permettre le retrait de fonds en fiducie au bénéfice principal, voire exclusif, de la société? En fait, il n'est pas nécessaire de constater que les participants ont un intérêt acquis dans l'excédent pour se rendre compte que l'arrangement actuel viole les dispositions relatives au bénéfice exclusif, et ce, même si la réparation ordonnée par le Tribunal était adoptée. Chaque suspension de cotisations au régime CD amoindrit le capital de la fiducie, alors qu'une suspension de cotisations au régime PD normal n'a pas d'incidence sur la fiducie.

[185] Pour ces motifs, j'estime que l'ordonnance du Tribunal destinée à modifier le régime de 2000 afin que les participants CD deviennent des bénéficiaires de la fiducie établie au regard de la caisse est déraisonnable et que la modification visant à permettre à l'employeur de suspendre ses cotisations au régime CD en utilisant l'excédent du régime PD demeure invalide parce qu'elle contrevient aux dispositions relatives au bénéfice exclusif du régime.

E. *Droit des fiducies*

[186] En l'espèce, le régime de retraite initial a été assujéti à une fiducie en 1954. C'est pourquoi il est soumis non seulement aux exigences de la loi et du droit contractuel, mais aussi aux règles du droit des fiducies. Le droit des fiducies est notoirement difficile à définir, car, comme un enfant aux doigts tachés de confiture, il laisse ses empreintes dans plusieurs domaines différents, allant des testaments et successions aux procédures de divorce et aux régimes de retraite. Il faut toutefois se rappeler que le droit des fiducies vise principalement à protéger les bénéficiaires, qui ont droit à ce que les biens de la fiducie soient administrés dans leur intérêt.

[187] La Cour a conclu dans *Schmidt* qu'une fiducie de retraite s'apparente à une fiducie classique, car elle est créée au bénéfice des employés (p. 640). Dans une fiducie classique, le fiduciaire et les bénéficiaires partagent la propriété de l'actif : les bénéficiaires ont un intérêt en equity dans l'actif de la fiducie alors que le fiduciaire en détient le titre légal. Le fiduciaire a l'obligation de détenir l'actif exclusivement dans l'intérêt des

bénéficiaires (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 38). Les bénéficiaires d'une fiducie se voient effectivement accorder le niveau de protection juridique le plus élevé.

[188] Toutefois, malgré leur statut de fiducie classique, les fiducies de retraite soulèvent des considérations en partie différentes en raison de la relation juridique particulière entre le constituant (habituellement l'employeur) et les bénéficiaires de la fiducie (les employés). Les commentaires du juge Browne-Wilkinson (V.-C.) dans *Imperial Group Pension Trust Ltd. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All. E.R. 597 (Ch. D.) sont fort à propos sur ce point :

[TRADUCTION] Les fiducies de retraite sont d'une nature assez différente de celle des fiducies traditionnelles. Dans une fiducie traditionnelle, le constituant, en échange d'une prime, transfère des biens aux fiduciaires, qui les administrent pour les bénéficiaires, lesquels profiteront de la prime. Habituellement, il n'y a aucune relation juridique entre les parties à l'exception de la fiducie. Les bénéficiaires n'ont donné aucune contrepartie pour ce qu'ils reçoivent. Le constituant, à titre de donateur, peut imposer des limites à l'égard de la prime comme bon lui semble, y compris une condition assujettissant l'exercice des pouvoirs à son consentement ou à celui d'une autre personne.

Comme la Cour d'appel l'a souligné, [. . .] un régime de retraite est très différent. Les prestations de retraite représentent la contrepartie que reçoit un employé en échange de ses services. Dans bien des cas, [. . .] l'affiliation à un régime de retraite est une exigence de l'emploi. Dans les régimes financés par des cotisations [. . .] l'employé est lui-même tenu de payer ses cotisations. Les bénéficiaires du régime, les participants, loin d'être volontaires ont donné une contrepartie valable. L'employeur ne donne aucune prime. À mon avis, le régime est établi dans le contexte de l'emploi et doit être interprété selon ce contexte. [p. 605-606]

[189] Les tribunaux anglais ne sont pas les seuls à souligner la différence entre les

fiducies traditionnelles et les fiducies de retraite. Dans *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 98 D.L.R. (4th) 326 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 385-388, conf. (1994), 110 D.L.R. (4th) 609 (C.A. Ont.), le juge Adams a écrit :

[TRADUCTION] Le droit des fiducies répond à la longue gestation des régimes de retraite et veille au bien-être des anciens employés qui souvent n'ont pas d'autres moyens efficaces de protéger leurs intérêts. [. . .] Le droit des fiducies, dans ce contexte moderne, doit prendre en considération les principales différences entre le règlement traditionnel d'une fiducie et l'administration continue d'un régime de retraite dans une conjoncture économique changeante. Mais les employeurs, les syndicats et les fiduciaires doivent aussi reconnaître l'importance capitale des régimes de retraite pour tous les employés et être conscients des intérêts dépendants ancrés dans ces régimes.

Les bénéficiaires d'une fiducie de retraite dépendent de l'actif pour subvenir à leurs besoins une fois à la retraite. Dans un milieu de travail syndiqué, les employés renoncent souvent à d'autres avantages contre un régime de retraite solide pour eux-mêmes et pour leur famille. Les employeurs se servent fréquemment des régimes de retraite pour attirer les employés les plus qualifiés et les inciter à rester à long terme. Dans ce contexte, il est important de faire appel à la souplesse du droit des fiducies dans l'appréciation de la légitimité des mesures prises par l'employeur à l'égard de la fiducie. Il ne suffit pas de se contenter d'examiner la régularité de l'administration par le fiduciaire de la fiducie pour déterminer si les droits des bénéficiaires ont fait l'objet d'une atteinte injustifiée. Les actes de l'employeur entrent aussi en jeu.

[190] La juge Newbury a reconnu le rôle particulier que joue l'employeur dans le cadre d'un régime de retraite dans *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2001 BCCA 16, 195

D.L.R. (4th) 257, par. 1 (inf. dans 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, mais non sur ce point) :

[TRADUCTION] Au Canada du moins, les fiducies et régimes de retraite prévoient habituellement que le constituant, ou l'employeur, jouera un rôle semblable à celui du fiduciaire dans une fiducie traditionnelle, même si une société de fiducie est nommée comme fiduciaire officiel. En fait, les employeurs conservent souvent le pouvoir de donner au fiduciaire des directives sur maints aspects de l'administration de la fiducie, et même de modifier la catégorie des bénéficiaires de la fiducie, d'apporter des changements aux prestations auxquelles ils auront droit et, parfois, de révoquer ou d'annuler la fiducie unilatéralement.

Le juge Lane est arrivé à une conclusion semblable dans *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 34 C.C.P.B. 1 (C.S.J. Ont.) par. 38 (conf. 179 O.A.C. 196 (C.A.)) :

[TRADUCTION] Ces cas illustrent l'importance de la fiducie dans le régime de retraite à l'étude. Il ne s'agit pas simplement d'un régime de paiement ou d'un autre élément accessoire à la retraite, mais d'une relation juridique importante entre l'employeur et ses employés, qui ne peut être modifiée unilatéralement.

[191] En l'espèce, le droit des fiducies confère aux appelants une protection supplémentaire. En tentant d'utiliser l'excédent du régime PD pour financer ses cotisations obligatoires au régime CD, l'employeur viole non seulement les dispositions relatives au « bénéfice exclusif », mais aussi un des principes qui caractérisent le droit des fiducies : l'interdiction de révoquer la fiducie.

[192] Dans *Schmidt*, la Cour a conclu que l'employeur ne peut retirer les cotisations

de retraite détenues en fiducie à moins qu'un pouvoir de révocation ne soit expressément prévu dans la fiducie au moment de sa création. Un pouvoir de modification général n'entraîne pas un pouvoir de révocation (p. 643-646).

[193] L'explication classique de la révocation provient de l'ouvrage *Waters' Law of Trusts in Canada* :

[TRADUCTION] Le constituant ne peut révoquer sa fiducie, sauf s'il s'est expressément réservé le pouvoir de le faire. Il s'agit d'une règle cardinale qui fait appel à deux concepts importants. Premièrement, la fiducie est un mode d'aliénation. Une fois que l'acte qui crée la fiducie a pris effet [. . .] le constituant aliène le bien tout autant que s'il l'avait remis aux bénéficiaires au moyen d'un don véritable. [p. 353]

En général, la révocation consiste dans l'exercice d'un certain contrôle sur l'actif de la fiducie par le constituant. Une fois les éléments d'actif déposés dans la caisse en fiducie, le constituant ne peut pas les modifier ni les retirer pour son propre usage, sauf si le pouvoir de le faire est expressément prévu dans la convention de fiducie. Dans *Schmidt*, le juge Cory a écrit :

En général, toutefois, le transfert des biens en fiducie au fiduciaire est absolu. Tout pouvoir de contrôler ces biens sera perdu, sauf si le transfert est expressément assujéti à ce pouvoir. [p. 643]

[194] Ce principe s'applique non seulement au capital de la caisse en fiducie, mais aussi à l'excédent, à moins que le texte même des documents relatifs au régime ne soustraie l'excédent à l'application de la fiducie (*Schmidt*, p. 641-642). Par conséquent, une fois dans

la caisse, *tous* les éléments d'actifs doivent être administrés conformément aux principes du droit des fiducies et devraient donc être hors de la portée et du contrôle du constituant.

[195] Dans un régime PD classique, une suspension de cotisations n'entraînerait pas un empiétement sur la fiducie puisqu'il n'est pas nécessaire de retirer de l'argent de la caisse pour que la société puisse s'en prévaloir (*Schmidt*, p. 654). Les principes en matière de fiducie ne s'appliquent pas aux cotisations de retraite jusqu'à ce qu'elles soient versées dans la caisse. Autrement dit, l'*omission* de verser de l'argent dans une caisse ne constitue généralement pas une violation des principes du droit des fiducies à moins que le texte de fiducie n'exige le versement de cotisation.

[196] Dans ce contexte, il faut déterminer si, en utilisant l'excédent du régime PD pour suspendre ses cotisations, Kerry a partiellement révoqué la fiducie. Je crois que c'est le cas.

[197] La convention de fiducie en l'espèce ne prévoit aucun pouvoir de révocation. Or, il n'a été possible de suspendre les cotisations au régime CD qu'en retirant des éléments d'actif de la caisse du régime PD et en les déposant dans les comptes des participants CD. Le véritable transfert des fonds est nécessaire parce que, selon les modalités du régime, Kerry est tenue de cotiser régulièrement au régime CD. Les « suspensions » impliquent toujours le dépôt de fonds dans les comptes, mais la source des cotisations de l'employeur a changé : au lieu de provenir de la poche de l'employeur, la valeur de chaque cotisation est retirée du fonds du régime PD et déposée dans les comptes de rente viagère des participants. Cette décision d'employer un autre fonds représente un exemple évident du contrôle exercé

par l'employeur sur l'actif fiduciaire. Ce n'est pas comparable à l'utilisation légitime de l'actif par l'employeur pour couvrir les frais raisonnables et justes du régime. Le transfert de l'actif fiduciaire visant à permettre la suspension des cotisations peut difficilement être qualifié de nécessaire pour préserver l'intégrité et le bon fonctionnement du régime.

[198] La situation n'est pas non plus comparable aux circonstances de *Sutherland*, où la cour a conclu que rien n'empêchait l'employeur de suspendre ses cotisations au volet CD du régime en se servant de l'excédent du volet PD parce que les employés participaient tous au même régime et étaient tous bénéficiaires de la même fiducie (par. 284-289). Il faut se rappeler que, jusqu'en 2001, l'actif du régime PD et celui du régime CD étaient détenus dans un seul fonds. Les suspensions des cotisations n'exigeaient pas le retrait d'éléments d'actif de la caisse; par conséquent, elles ne constituaient pas un empiétement sur la fiducie. Même après la modification du régime en 2001, par suite de laquelle le mandataire du fiduciaire a investi séparément les fonds du régime CD, la constatation de la cour selon laquelle les cotisations étaient effectivement détenues dans un seul fonds a mené à la conclusion que les suspensions des cotisations n'entraînaient pas un empiétement sur la fiducie (par. 290-303). Il n'était pas nécessaire de retirer des éléments d'actif fiduciaire pour suspendre les cotisations; il n'y a donc eu aucun empiétement. L'employeur s'est simplement abstenu de verser des cotisations. Toutefois, en l'espèce, les suspensions des cotisations au régime CD dépendaient du retrait d'éléments d'actif fiduciaire et de leur dépôt dans les comptes à rente viagère des participants CD. Il ne s'agit pas d'une affaire où l'employeur n'a tout simplement pas cotisé à la caisse. Ainsi, le raisonnement adopté dans *Sutherland* n'aide pas les intimés.

[199] De même, dans *Police Retirees of Ontario Inc. c. Ontario Municipal Employees' Retirement Board* (1999), 22 C.C.P.B. 49, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté l'argument des retraités selon lequel les suspensions de cotisations dont se prévalait l'employeur constituaient un empiétement sur la fiducie. L'employeur avait eu recours à la suspension des cotisations après que d'autres fonds provenant d'une entente prévoyant des prestations supplémentaires avaient été ajoutés à la caisse de retraite. Selon la cour, cette entente n'avait pas créé un régime de retraite distinct et les fonds supplémentaires faisaient donc partie du fonds régulier (par. 61-70). Ainsi, aucune somme n'avait été prélevée sur la caisse pour permettre à l'employeur de suspendre ses cotisations (par. 76). Là encore, cette conclusion reposait sur la constatation qu'il n'y avait qu'un seul régime en vigueur, ce qui signifiait que la commission de police pouvait suspendre ses cotisations simplement en cessant de verser des cotisations à la caisse. Ne pas cotiser à la caisse n'équivaut pas à un empiétement sur l'actif fiduciaire. En l'espèce, chaque suspension des cotisations au régime CD entraîne une diminution de la caisse en fiducie PD, sans que ce soit justifié en droit. Cela constitue clairement un empiétement sur la fiducie ainsi qu'une révocation.

[200] J'ajouterais que ma conclusion ne changerait pas *même si* les participants CD pouvaient en toute légitimité être désignés comme bénéficiaires de la fiducie. Le raisonnement adopté dans *Schmidt* pour reconnaître le droit de l'employeur de suspendre ses cotisations se limite aux situations où l'on ne retire pas d'éléments d'actif de la caisse. Dans les régimes PD ordinaires, l'employeur doit simplement s'assurer que l'actif de la caisse est suffisant pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations prévues. Si les documents

relatifs au régime et la loi le permettent, l'employeur peut suspendre ses cotisations tant que le régime présente un excédent actuariel. Rien dans *Schmidt* ne permet d'affirmer que l'employeur devrait être autorisé à retirer des éléments d'actif fiduciaire de la façon proposée par Kerry, même si ceux à qui ils sont destinés en fin de compte font partie des bénéficiaires de la fiducie. Non seulement se trouverait-on là devant un cas d'utilisation illégale de l'actif fiduciaire (révocation), mais deux groupes de bénéficiaires s'opposeraient l'un à l'autre et l'ultime avantage qui en découle reviendrait à l'employeur.

[201] Les principes du droit des fiducies restent aussi pertinents dans le contexte d'une fiducie de retraite en vigueur que dans celui d'un régime assujéti à une fiducie qui a pris fin ou qui a été liquidé. En l'espèce, les bénéficiaires de la fiducie sont protégés par le texte même des documents relatifs au régime qui interdit l'utilisation des caisses à d'autres fins que leurs bénéfice exclusif. De plus, le droit des fiducies interdit à l'employeur de tenter de contrôler ou de retirer des éléments d'actif irrévocables de la caisse pour suspendre ses cotisations obligatoires à l'égard d'un autre groupe de participants au régime.

F. *Conclusion*

[202] Pour les motifs qui précèdent, je me dois d'exprimer mon désaccord avec la conclusion de mon collègue que l'intimée Kerry avait le droit de prélever sur l'excédent du régime PD des éléments d'actif pour les déposer dans les comptes des participants CD. J'estime que les modifications apportées au régime de 2000 visant à autoriser ces paiements ne sont pas autorisées par la loi et contreviennent aux dispositions relatives au « bénéfice

exclusif » qui figurent dans les documents du régime et aux principes pertinents du droit des fiducies. La conclusion du Tribunal qu'une désignation rétroactive des participants CD à titre de bénéficiaires de la fiducie permettrait de corriger les déficiences est déraisonnable, et la Cour d'appel a commis une erreur en confirmant la conclusion du Tribunal sur ce point.

[203] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, d'annuler la décision du Tribunal sur les suspensions des cotisations et d'ordonner au surintendant de refuser l'enregistrement des modifications visant à permettre à l'employeur d'utiliser l'excédent de la caisse de la partie 1 du régime pour s'acquitter de son obligation de verser des cotisations à la partie 2 du régime ou pour les éliminer.

[204] Sur la question des dépens, je ne vois pas l'utilité de m'opposer à la conclusion de mon collègue selon laquelle les dépens ne pourraient pas être payés à même la caisse en l'espèce. Comme je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, les appelants ont droit à tous les dépens contre l'intimée Kerry devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté, les juges LEBEL et FISH sont dissidents en partie.

Procureurs des appelants : Koskie Minsky, Toronto.

Procureurs de l'intimée Kerry (Canada) Inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureur de l'intimé le surintendant des services financiers : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.