

CANADA
PROVINCE OF QUÉBEC
DISTRICT OF MONTREAL

No: 500-11-048114-157

SUPERIOR COURT

(Commercial Division)

(Sitting as a court designated pursuant to
the *Companies' Creditors Arrangement Act*,
R.S.C., c. 36, as amended)

**IN THE MATTER OF THE PLAN OF
COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF:**

**BLOOM LAKE GENERAL PARTNER
LIMITED,
QUINTO MINING CORPORATION,
8568391 CANADA LIMITED, CLIFFS
QUEBEC IRON MINING ULC, WABUSH
IRON CO. LIMITED AND WABUSH
RESOURCES INC.**

Petitioners

-and-

**THE BLOOM LAKE IRON ORE MINE
LIMITED PARTNERSHIP, BLOOM LAKE
RAILWAY COMPANY LIMITED, WABUSH
MINES, ARNAUD RAILWAY COMPANY
AND WABUSH LAKE RAILWAY
COMPANY, LIMITED**

Mises-en-cause

-and-

**HER MAJESTY IN RIGHT OF
NEWFOUNDLAND & LABRADOR, AS
REPRESENTED BY THE
SUPERINTENDENT OF PENSIONS**

**THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA,
ACTING ON BEHALF OF THE OFFICE OF
THE SUPERINTENDENT OF FINANCIAL
INSTITUTIONS**

**MICHAEL KEEPER, TERENCE WATT,
DAMIEN LEBEL AND NEIL JOHNSON**

**UNITED STEEL WORKERS, LOCALS
6254 AND 6285**

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC

**MORNEAU SHEPELL LTD., IN ITS
CAPACITY AS REPLACEMENT PENSION
PLAN ADMINISTRATOR**

Mis-en-cause

-and-

FTI CONSULTING CANADA INC.

Monitor

**BOOK OF AUTHORITIES AND REPORTS OF THE
SUPERINTENDENT OF PENSIONS OF NEWFOUNDLAND & LABRADOR**

<u>Doctrine</u>	TAB
<i>Barron's Canadian Law Dictionary</i>	1
DOLKAR, K., "Re-Thinking Rescue: a Critical Examination of CCAA Liquidating Plans" (2011) 27 Banking & Finance Law Review 111	2
GARNER, B., <i>Black's Law Dictionary</i> , (7 th ed.: 1999).....	3
HOGG, P., <i>Constitutional Law of Canada</i> (5 th ed., supplemented)	4
KAPLAN, A. and FRAZER, M., <i>Pension Law</i> (2 nd ed.: 2013)	5
NOCILLA, A., "Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36", (2012) 52 CBLJ 226	6
NOCILLA, A., "Is 'Corporate Rescue' Working in Canada", (2013) 53 CBLJ 382	7
NOCILLA, A., "The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada" (2014) 56 CBLJ 73, at p. 8.....	8
PRÉVOST, A., "Pension deemed trust: what's left?" (2017) 59 CBLJ 30.....	9

REID, H., Ad.E., *Dictionnaire de Droit Québécois et Canadien*
(4th ed.: 2010)..... 10

SULLIVAN, R., *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed.: 2014)..... 11

WOOD, R., “Rescue and Liquidation in Restructuring Law” (2013)
53 CBLJ 407 12

Jurisprudence

114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town),
[2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40 13

Alberta (Attorney General) v. Moloney, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327 14

Aveos Fleet Performance Inc. (Re), 2013 QCCS 5762 15

Bank of Montreal v. Marcotte, [2014] 2 SCR 725, 2014 SCC 55..... 16

Bloom Lake (Re), 2017 QCCS 284 17

Buschau v. Rogers Communications Inc., [2006] 1 S.C.R. 973, 2006 SCC 28..... 18

Canadian Western Bank v. Alberta, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22 19

Century Services Inc. v. Canada (Attorney General), 2010 SCC 60,
[2010] 3 S.C.R. 379..... 20

Construction Montcalm Inc. v. Min. Wage Com., [1979] 1 S.C.R. 754 21

Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd., [2004] 1 SCR 60,
2004 SCC 3..... 22

Globe-X Management Ltd. (Proposition de), 2006 QCCA 290..... 23

Grant Forest Products Inc. (Re), 2013 ONSC 5933 24

Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue, [1995] 3 S.C.R. 453 25

Indalex Limited (Re), 2011 ONCA 265 26

<i>Indalex Limited (Re)</i> , 2010 ONSC 1114.....	27
<i>Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)</i> , [2004] 3 SCR 152, 2004 SCC 54	28
<i>Puratone et al.</i> , 2013 MBQB 171	29
<i>Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association</i> , 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536	30
<i>Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 S.C.R. 27	31
<i>Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan</i> , [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13.....	32
<i>Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.</i> , 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419	33
<i>Schmidt v. Air Products Canada Ltd.</i> , [1994] 2 S.C.R. 611	34
<i>Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers</i> , 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271.....	35
<i>Target Canada Co. (Re)</i> , 2015 ONSC 303.....	36
<i>Timminco Ltée (Arrangement relative à)</i> , 2014 QCCS 174	37
<u>Monitor's Reports</u>	
Monitor's Report (17 th).....	38
Monitor's Report (18 th).....	39
Monitor's Report (19 th).....	40
Monitor's Report (21 st).....	41
Monitor's Report (22 nd)	42
Monitor's Report (23 rd)	43
Monitor's Report (25 th).....	44
Monitor's Report (26 th).....	45

Monitor's Report (27th)..... 46
Monitor's Report (28th)..... 47
Monitor's Report (34th)..... 48

MONTREAL, May 19, 2017

(S) IRVING MITCHELL KALICHMAN LLP

M^e Doug Mitchell
M^e Edward Béchard-Torres
ebechardtorres@imk.ca
IRVING MITCHELL KALICHMAN LLP
3500 De Maisonneuve Boulevard West
Suite 1400
Montreal, Quebec H3Z 3C1
T: 514 934-7743 | F: 514 935-2999
Lawyers for the Newfoundland & Labrador
Superintendent of Pensions
Our file: 1606-4
BI0080

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley *Appellants*

v.

Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans *Respondents*

and between

Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans *Appellants*

v.

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley *Respondents*

INDEXED AS: SCHMIDT v. AIR PRODUCTS CANADA LTD.

File Nos.: 23047, 23057.

1993: December 1; 1994: June 9.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Pensions — Trusts — Contracts — Pension fund — Surplus — Entitlement to surplus in defined benefit pension plans — One plan incorporating a trust fund and not contemplating the reversion of surplus assets to the company — Second plan originally defined contribution plan but converted to defined benefit plan — Second plan making no reference to the existence of a trust and specifically contemplating the reversion of surplus assets to the company — Whether employer entitled to surplus — Whether employer entitled to contribution holiday in situation where pension fund in surplus — Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, c. E-10.05, ss. 42(2), 58(a), (b), (c) — Regulations to the Employ-

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley *Appellants*

a

c.

b

Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd. *Intimés*

et entre

c

Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd. *Appellants*

d

c.

e

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley *Intimés*

f

RÉPERTORIÉ: SCHMIDT c. AIR PRODUCTS CANADA LTD.

N^{os} du greffe: 23047, 23057.1993: 1^{er} décembre; 1994: 9 juin.

g

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

h

Pensions — Fiducies — Contrats — Caisse de retraite — Surplus — Droit au surplus accumulé dans les régimes à prestations déterminées — Régime comportant une caisse en fiducie et ne prévoyant pas la remise de l'actif excédentaire à la compagnie — Second régime étant au départ un régime à cotisations déterminées, mais converti en un régime à prestations déterminées — Second régime ne faisant aucune mention de l'existence d'une fiducie et prévoyant expressément la remise de l'actif excédentaire à la compagnie — L'employeur a-t-il droit au surplus? — L'employeur a-t-il droit à une période d'exonération de cotisations lorsque la caisse de retraite accuse un surplus? — Employment

ment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, s. 34(9)(b)(i), (ii), (iii), (iv).

Stearns-Roger Canada Ltd. (Stearns) and Catalytic Enterprises Ltd. (Catalytic) merged and eventually became Air Products Canada Ltd. Both companies had defined benefit pension plans for their employees, and both plans were in surplus. Their pension plans and funds were amalgamated and evolved into two virtually identical Air Products Plans, one of which forms the subject of the appeal and cross-appeal; the senior management plan will be affected by the result.

In 1959, Catalytic instituted a contributory money-purchase plan incorporating a trust fund administered by a trustee. By 1966, the plan had been amended to become a contributory defined benefits plan. No provision existed as to the treatment of surplus funds until the plan was further amended in 1978 to give the employer a purported discretion as to the distribution of any surplus which might remain upon the termination of the pension plan.

The first Stearns plan, created in 1970, was a contributory defined benefits plan until 1977, when it was amended to provide that employee contributions were to be of a voluntary nature only. All relevant versions of the Stearns plan gave the employer a discretion as to the distribution of any surplus which might remain upon the termination of the pension plan.

The amalgamated plan was a contributory defined benefits plan. The plan gave the company a discretion as to the distribution of surplus upon termination and provided for the automatic reversion to the company of any surplus remaining once benefits paid to a member had reached the maximum level specified in the plan. For several years the company transferred no assets to the fund but rather met its contributions from the actuarially determined surplus existing in the pension fund.

The Air Products pension plan was terminated following the sale of most of the company's assets. Actuarial calculations established that a substantial surplus would remain in the plan after all benefits had been paid. Both Air Products, and Gunter Schmidt, on behalf of the Air Products employees, applied to the Alberta Court of Queen's Bench for a declaration of entitlement to the surplus funds. Schmidt also sought a declaration that Air Products be required to repay the amount of

Pension Plans Act, S.A. 1986, ch. E-10.05, art. 42(2), 58a), b), c) — Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, art. 34(9)(b)(i), (ii), (iii), (iv).

Stearns-Roger Canada Ltd. (Stearns) et Catalytic Enterprises Ltd. (Catalytic) ont fusionné pour finalement devenir Air Products Canada Ltd. Les régimes à prestations déterminées dont bénéficiaient les employés des deux compagnies accusaient un surplus. Leurs régimes et caisses de retraite ont été combinés pour être ensuite divisés en deux régimes quasi identiques d'Air Products, dont l'un fait l'objet des pourvois principal et incident; leur issue aura une incidence sur le régime des cadres supérieurs.

En 1959, Catalytic a mis sur pied un régime contributif à formule d'achat qui comportait une caisse en fiducie gérée par un fiduciaire. En 1966, le régime a été converti en un régime contributif à prestations déterminées. On n'a prévu le traitement des sommes excédentaires que lorsqu'en 1978 le régime a été modifié de nouveau pour que l'employeur soit investi d'un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de tout surplus accumulé à la cessation du régime de retraite.

Le premier régime de Stearns, créé en 1970, était un régime contributif à prestations déterminées jusqu'à ce qu'il soit modifié, en 1977, de manière à prévoir que les cotisations des employés seraient volontaires uniquement. Toutes les versions pertinentes du régime de Stearns conféraient à l'employeur un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de tout surplus accumulé à la cessation du régime de retraite.

Le régime combiné était un régime contributif à prestations déterminées. Selon ses modalités, la compagnie était investie d'un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de surplus à la cessation du régime et se voyait remettre automatiquement tout surplus qui restait une fois que les prestations versées à un participant avaient atteint le montant maximal prévu au régime. Pendant plusieurs années, la compagnie n'a transféré aucun actif à la caisse, prélevant plutôt ses cotisations sur le surplus actuariel de la caisse elle-même.

On a mis fin au régime de retraite d'Air Products après que la plupart des biens de la compagnie eurent été vendus. Selon les calculs actuariels, le régime accuserait un surplus important une fois qu'on aurait versé toutes les prestations. Air Products et Gunter Schmidt, pour le compte des employés d'Air Products, ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta de rendre un jugement déclaratoire sur le droit aux sommes excédentaires. Schmidt a également demandé un juge-

fund surplus it had used to take a contribution holiday. The Court of Queen's Bench found that the portion of the surplus derived from the Catalytic fund was to be paid out to the employees, and that Air Products was not entitled to take a contribution holiday utilising any part of the Catalytic surplus. The surplus traceable to the Stearns fund was found to belong to Air Products. An appeal by the company to the Alberta Court of Appeal in respect of the Catalytic surplus and the contribution holiday and a cross-appeal by the former Stearns employees in respect of the Stearns surplus were both dismissed.

At issue here is the question of entitlement to surplus monies remaining in an employee pension fund once the fund has been wound up and all benefits either paid or provision made for their payment. There is a further related issue as to whether or when employers may refrain from contributing to ongoing pension plans which are in "surplus". Both the appeal and cross-appeal are the same as before the Court of Appeal. The former Catalytic employees are the respondents on the appeal and the former Stearns employees are the appellants on the cross-appeal.

Held (Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in part): The appeal by Air Products Canada Ltd. (File No. 23047) with respect to entitlement to any surplus traceable to the Catalytic fund should be dismissed and its appeal with respect to its entitlement to take a contribution holiday is allowed.

Held: The cross-appeal by Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the beneficiaries of the Stearns pension plans (File No. 23057) should be dismissed with respect to the entitlement of Air Products Canada Ltd. to all surplus remaining in the pension fund derived from the Stearns plan and to its entitlement to take a contribution holiday.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Absent legislation to the contrary, a court must determine competing claims to pension surplus by a careful analysis of the pension plan and the funding structures created under it. First it must determine, using ordinary principles of trust law, if the pension fund is impressed with a trust. A trust will exist whenever there has been an express or implied declaration of trust and an alienation of trust property to a trustee to be held for specified beneficiaries. If the pension fund, or any part

ment déclaratoire enjoignant à Air Products de rembourser le surplus de caisse dont elle s'était servi pour s'accorder une période d'exonération de cotisations. La Cour du Banc de la Reine a conclu que la partie du surplus qui provenait de la caisse de Catalytic devait être versée aux employés, et qu'Air Products ne pouvait s'accorder une période d'exonération de cotisations en utilisant une partie du surplus de Catalytic. On a conclu que le surplus qui pouvait être attribué à la caisse de Stearns appartenait à Air Products. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel interjeté par la compagnie relativement au surplus de Catalytic et à la période d'exonération de cotisations, de même que l'appel incident interjeté par les anciens employés de Stearns relativement au surplus de cette dernière.

En l'espèce, il s'agit de savoir qui a droit au surplus qui reste une fois qu'est liquidée une caisse de retraite d'employés et qu'on a versé toutes les prestations ou encore pourvu à leur versement. Se pose aussi l'autre question connexe de savoir si les employeurs peuvent s'abstenir de cotiser aux régimes de retraite existants qui accusent un surplus et, le cas échéant, dans quels cas. Les pourvois principal et incident formés sont identiques aux appels principal et incident interjetés devant la Cour d'appel. Les anciens employés de Catalytic sont les intimés dans le pourvoi principal, et ceux de Stearns, les appelants dans le pourvoi incident.

Arrêt (les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents en partie): Le pourvoi formé par Air Products Canada Ltd. (n° de greffe 23047) relativement au droit à tout surplus pouvant être attribué à la caisse de Catalytic est rejeté et son pourvoi relatif au droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations est accueilli.

Arrêt: Le pourvoi incident formé par Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns (n° de greffe 23057) est rejeté relativement au droit d'Air Products Canada Ltd. à tout surplus de la caisse de retraite provenant du régime de Stearns et à son droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: En l'absence d'une loi contraire, les tribunaux doivent se prononcer sur des revendications opposées du droit à un surplus de caisse de retraite en effectuant une analyse minutieuse du régime de retraite et des structures de financement créées en application de ce régime. Ils doivent d'abord déterminer, conformément aux principes ordinaires du droit des fiducies, si la caisse de retraite est assujettie à une fiducie. Il existera une fiducie dans tous les cas où il y a eu déclaration de

of it, is not subject to a trust, then any issues relating to outstanding pension benefits or to surplus entitlement must be resolved by applying principles which pertain to the interpretation of contracts.

Different considerations apply if the fund is impressed with a trust. The trust is not a trust for a purpose, but a classic trust governed by equity, and, to the extent that applicable equitable principles conflict with plan provisions, equity must prevail. The trust will in most cases extend to an ongoing or actual surplus as well as to that part of the pension fund needed to provide employee benefits. An employer may explicitly limit the operation of the trust so that it does not apply to surplus and, as a settlor of the trust, may reserve a power to revoke the trust. In order to be effective, the latter power must be clearly reserved at the time the trust is created. A power to revoke the trust or any part of it cannot be implied from a general, unlimited power of amendment.

Funds remaining in a pension trust following termination and payment of all defined benefits may be subject to a resulting trust. Before a resulting trust can arise, all of the trust's objectives must have been fully satisfied. Even when this is the case, the employer cannot claim the benefit of a resulting trust when the terms of the plan demonstrate an intention to part outright with all money contributed to the pension fund. In contributory plans, it is not only the employer's, but also the employees', intentions which must be considered. Both are settlors of the trust.

An employer's right to take a contribution holiday must also be determined on a case-by-case basis. It can be excluded either explicitly or implicitly in circumstances where a plan mandates a formula for calculating employer contributions which removes actuarial discretion. Contribution holidays may also be permitted by the terms of the plan. When the plan is silent on the issue, the right to take a contribution holiday is not objectionable so long as actuaries continue to accept the application of existing surplus to current service costs as standard practice. These principles apply whether or not the pension fund is subject to a trust. Because no money is withdrawn from the fund by the employer, the taking of a contribution holiday represents neither an encroach-

fiducie expresse ou implicite et où des biens en fiducie ont été confiés à un fiduciaire qui les détient pour des bénéficiaires donnés. Si la totalité ou une partie de la caisse de retraite n'est pas assujettie à une fiducie, il faut alors résoudre toutes les questions relatives aux prestations de retraite dues ou au droit à un surplus en appliquant les principes d'interprétation des contrats.

Si la caisse est assujettie à une fiducie, différentes considérations entrent en jeu. Il s'agit non pas d'une fiducie à une fin, mais d'une fiducie classique 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. La fiducie s'étendra, dans la plupart des cas, au surplus existant ou réel de même qu'à la partie de la caisse de retraite qui est nécessaire pour verser les prestations aux employés. Un employeur peut expressément limiter l'application de la fiducie de façon à ce qu'elle ne s'applique pas à un surplus et, en tant que constituant de la fiducie, il peut se réserver le pouvoir de la révoquer. Pour être valide, ce dernier pouvoir doit être clairement réservé au moment où la fiducie est créée. Le pouvoir de révoquer une fiducie ou une partie de celle-ci ne saurait s'inférer d'un pouvoir de modification général et illimité.

Les sommes qui restent dans une caisse de retraite en fiducie à la cessation du régime et après le paiement de toutes les prestations déterminées peuvent faire l'objet d'une fiducie par déduction. Pour qu'une fiducie par déduction naisse, tous les objets de la fiducie doivent avoir été pleinement atteints. Même alors, l'employeur ne peut se prévaloir d'une fiducie par déduction lorsque les modalités du régime démontrent l'intention de se départir complètement de tout l'argent versé dans la caisse de retraite. Dans les régimes contributifs, ce ne sont pas uniquement les intentions de l'employeur qui comptent, mais également celles des employés. Ils sont, dans les deux cas, les constituants de la fiducie.

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. Ces principes s'appliquent peu importe que la caisse de retraite

ment upon the trust nor a reduction of accrued benefits. These general considerations are, of course, subject to applicable legislation.

The Catalytic plan and the trust agreement constituted a clear declaration of an intention to create a trust. The subject matter of the trust was defined and the beneficiaries were identified in the trust agreement by reference back to the plan. This classic trust established for the benefit of a defined group of persons was never terminated and so continues to exist. The parties contemplated that the trust would continue if a different trustee were named. The trust therefore was not terminated when, in 1974, the company transferred control of its pension fund to Confederation Life Insurance Company. Further, the fact that the 1978 version of the Catalytic plan removed all reference to a trust could not have the effect of terminating the trust. Nor could any of the provisions of the 1984 investment contract entered into by Stearns Catalytic and Confederation Life have that effect.

The trust fund was comprised of all contributions made by both the company and the employees, together with any earnings of those monies. The fact that the 1959 plan was a defined contribution plan under which no surplus could arise does not affect this definition of the trust fund. The company could only claim the surplus remaining on termination by virtue of a resulting trust, or by validly revoking the trust. The purposes of the trust were not fully satisfied by the payment of all defined benefits. One of the objects of the trust was to use any money contained in the fund for the benefit of the employees. The benefits to which employees were entitled under the 1959 plan were not restricted to only those contributions made by the company on their behalf. Therefore, the trust objects could never be exhausted so long as some money remained in the fund and some eligible employees could be found. A resulting trust could not arise here. Air Products was only entitled to the surplus if it could have revoked the trust upon termination of the pension plan in 1988.

Both the trust agreement and all versions of the plan make some provision for what was to occur on termination of the plan. Although the company reserved a general amending power subject to the proviso that no amendments could reduce accrued benefits or allow the trust fund to be used in any way other than for the

soit ou non assujettie à une fiducie. Aucune somme n'étant retirée de la caisse par l'employeur, la période d'exonération de cotisations ne constitue pas un empêchement sur la fiducie ni une réduction des prestations acquises. Ces considérations générales sont évidemment sujettes à la loi applicable.

Le régime de Catalytic et l'acte de fiducie reflètent clairement l'intention de créer une fiducie dont les biens y assujettis sont définis et les bénéficiaires désignés dans l'acte de fiducie par renvoi au régime. Cette fiducie classique, établie pour le bénéfice d'un groupe donné et à laquelle il n'a pas été mis fin, continue donc d'exister. Les parties avaient prévu que la fiducie subsisterait si un fiduciaire différent était nommé. Par conséquent, la fiducie n'a pas cessé d'exister lorsqu'en 1974 la compagnie a cédé le contrôle de sa caisse de retraite à La Confédération, Compagnie d'assurance-vie. En outre, le fait que la version de 1978 du régime de Catalytic ait supprimé tout renvoi à une fiducie ne pouvait avoir pour effet d'éteindre celle-ci. Les dispositions du contrat de placement de 1984 conclu entre Stearns Catalytic et La Confédération ne pouvaient pas non plus avoir cet effet.

Le fonds en fiducie se composait de toutes les cotisations versées par la compagnie et par les employés, de même que des gains en découlant. Le fait que le régime de 1959 ait été un régime à cotisations déterminées, en vertu duquel aucun surplus ne pouvait être accumulé, ne change rien à la définition du fonds en fiducie. La compagnie ne pouvait revendiquer le surplus accumulé à la cessation qu'en vertu d'une fiducie par déduction ou en révoquant valablement la fiducie. Les objets de la fiducie n'ont pas été pleinement réalisés par le paiement de toutes les prestations déterminées. L'un d'eux consistait à utiliser toute somme contenue dans la caisse pour le bénéfice des employés. Les prestations auxquelles les employés avaient droit en vertu du régime de 1959 n'étaient pas limitées aux cotisations versées par la compagnie pour leur compte. C'est pourquoi les objets de la fiducie ne pouvaient pas être épuisés tant qu'il restait de l'argent dans la caisse et que des employés y avaient droit. Il ne pouvait y avoir de fiducie par déduction en l'espèce. Air Products n'aurait eu droit au surplus que si elle avait pu révoquer la fiducie à la cessation du régime de retraite en 1988.

L'acte de fiducie et toutes les versions du régime pouvoient à ce qui doit se produire à la cessation du régime. Bien que la compagnie se soit réservé un pouvoir général de modifier, à la condition qu'aucune modification ne puisse réduire les prestations acquises ou permettre que le fonds en fiducie soit utilisé à d'autres

employees' exclusive benefit, the company did not clearly reserve a power to revoke the trust. Such a power could not be implied under the broad general amendment power. Therefore, the 1978 amendment purporting to give the company the power to distribute surplus to itself, as well as the reversion clause of the 1983 plan, were invalid. Both represented attempts to revoke partially the 1959 trust in favour of the employees. Neither was within the scope of the control which the company reserved to itself at that time.

The relevant plan provisions which governed the taking of a contribution holiday were those contained in the 1983 Air Products plan. The wording of the plan implicitly authorized an actuary to consider the surplus when calculating the company's annual funding obligation. Since the plan allowed the company to take contribution holidays, it did not need to repay the actuarial surplus taken into account in the years when it made no contributions into the plan.

The first Stearns plan differed in two significant ways from the original Catalytic plan: it made no reference to the existence of a trust and it specifically contemplated the reversion of surplus assets to the company. A trust was never created notwithstanding the facts that the alleged subject matter of the trust, the pension fund, was defined under the two Stearns plans, that the employees were identified as those entitled to receive the fund monies and that the exclusive benefit and non-diversion clauses relied upon by the employees were consistent with the existence of a trust. Several other clauses were equally consistent with the non-existence of trust and clearly identified the plan as a contract to receive defined benefits. No intention to create a trust was apparent on the face of the documents.

A brochure distributed by the company to its employees in 1972 did not form a binding part of the pension plan documents and its influence on entitlement of plan surplus in 1988 was doubtful since it specifically stated that the plan would be subject to amendment from time to time. The statement contained in the brochure to the effect that the company intended to pay any remaining surplus to the employees could not in the circumstances of this case form the basis for an estoppel preventing the company from now claiming the surplus for itself. Documents not normally considered to have legal effect may nonetheless form part of the legal matrix within which

fins que le bénéfice exclusif des employés, la compagnie ne s'est pas clairement réservé le pouvoir de révoquer la fiducie. Un tel pouvoir ne saurait s'inférer du pouvoir général de modifier. En conséquence, la modification de 1978 qui avait pour effet de conférer à la compagnie le pouvoir de s'approprier le surplus, de même que la disposition en matière de réversion dans le régime de 1983, étaient invalides. Elles représentaient toutes les deux une tentative de révoquer partiellement la fiducie établie en 1959 en faveur des employés. Le contrôle que s'est réservé la compagnie à cette époque ne comprenait ni l'une ni l'autre.

Les dispositions pertinentes qui régissaient les périodes d'exonération de cotisations étaient contenues dans le régime de 1983 d'Air Products. Le texte du régime autorisait implicitement l'actuaire à tenir compte d'un surplus actuariel pour calculer la cotisation annuelle obligatoire de la compagnie. Puisque le régime autorisait la compagnie à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations, celle-ci n'avait pas à rembourser le surplus actuariel dont il avait été tenu compte pendant les années où elle n'a versé aucune cotisation au régime.

Le premier régime de Stearns différait sur deux points importants du régime initial de Catalytic: il ne mentionnait pas l'existence d'une fiducie et il envisageait explicitement le retour de l'actif excédentaire à la compagnie. Aucune fiducie n'a jamais été créée, nonobstant le fait que le bien en fiducie allégué, soit la caisse de retraite, était précisé dans les deux régimes de Stearns, que les employés étaient décrits comme ceux qui avaient droit à l'argent de la caisse et que les dispositions relatives au bénéfice exclusif et à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins, invoquées par les employés, étaient compatibles avec l'existence d'une fiducie. Plusieurs autres dispositions étaient également compatibles avec l'inexistence d'une fiducie et décrivaient nettement le régime comme un contrat de réception de prestations déterminées. Aucune intention de créer une fiducie n'était apparente à la lecture des documents.

Une brochure que la compagnie a distribuée à ses employés en 1972 ne formait pas une partie obligatoire des documents du régime de retraite et il est douteux qu'elle ait pu influencer sur le droit à un surplus de régime en 1988, étant donné particulièrement qu'elle précisait que le régime ferait, à l'occasion, l'objet de modifications. La déclaration qu'on trouve dans la brochure, selon laquelle la compagnie avait l'intention de verser aux employés tout surplus accumulé, ne saurait, dans les circonstances de la présente affaire, justifier une fin de non-recevoir empêchant la compagnie de réclamer aujourd'hui le surplus pour elle-même. Les documents

the rights of employers and employees participating in a pension plan must be determined. Whether they do so depends on the wording of the documents, the circumstances in which they were produced, and the effect which they had on the parties, particularly the employees.

Since no trust was ever created under the Stearns plan and since the 1972 brochure was without legal effect, the issue of entitlement to the plan surplus had to be decided on the basis of an interpretation of the plan's provisions. The 1983 amendment of the pension plan was within the limits of the power of amendment because it did not reduce any "then existing" interest of the employees as the employees had no interest in the surplus remaining upon termination until the company exercised its discretion to give them an interest. The amendment did not violate the restriction that no amendments were to have the effect of diverting any part of the fund to purposes other than for the exclusive benefit of the participants, former participants, joint annuitants, beneficiaries, or estates. Although the 1970 plan did not deal with the issue, the reversion of surplus to the company was not inconsistent with the non-diversion and exclusive benefit clauses. The prohibition on diversion of funds and the exclusive benefit clause applied from the outset only in respect of the defined benefits to which the employees were contractually entitled. They did not apply to the distribution of a plan surplus.

The company is entitled according to the plan's terms to any surplus remaining in the pension fund which can be traced to the former Stearns plans. It was also entitled to take a contribution holiday. The application of an actuarial surplus to current service funding obligations was permitted under the terms of the Air Products plan, and did not have the effect of reducing any benefits which had accrued to the employees.

The results in these appeals demonstrate the need for legislation. It is unfair that there should be a different result for these two groups of employees based only on a finding that a trust exists in one case but not the other. A legislative scheme should be set up to provide for the

qui ne sont pas considérés normalement comme ayant un effet juridique peuvent néanmoins faire partie de la structure juridique dans laquelle les droits des employeurs et des employés cotisant à un régime de retraite doivent être déterminés. La question de savoir s'ils en font partie dépend du texte des documents, des circonstances dans lesquelles ils ont été rédigés et de l'incidence qu'ils ont eu sur les parties, particulièrement sur les employés.

Étant donné qu'aucune fiducie n'a été créée dans le cadre du régime de Stearns et que la brochure de 1972 n'avait aucun effet juridique, la réponse à la question de savoir qui a droit au surplus du régime passait par l'interprétation des dispositions de ce régime. La modification apportée en 1983 au régime de retraite était conforme au pouvoir de modification du fait qu'elle ne réduisait aucun droit «alors existant» des employés, puisque ces derniers n'avaient aucun droit au surplus accumulé à la cessation du régime tant et aussi longtemps que la compagnie n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire de leur en conférer un. La modification n'a pas violé la restriction selon laquelle aucune modification ne devait avoir pour effet d'utiliser une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, anciens participants, rentiers conjoints, ayants droit ou succession. Même si le régime de 1970 ne traitait pas la question, le retour du surplus à la compagnie n'était pas incompatible avec les dispositions relatives à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins et au bénéfice exclusif. L'interdiction d'utiliser les fonds à d'autres fins et la disposition relative au bénéfice exclusif se sont appliquées dès le début uniquement à l'égard des prestations déterminées auxquelles les employés avaient droit en vertu d'un contrat. Elles ne s'appliquaient pas à la répartition d'un surplus de régime.

La compagnie a le droit, en vertu des dispositions du régime, à tout surplus accumulé dans la caisse de retraite qui peut être attribué aux anciens régimes de Stearns. Elle avait également le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations. L'utilisation d'un surplus actuariel pour s'acquitter d'obligations en matière de financement des services courants était permise par les termes du régime d'Air Products, et n'avait pas pour effet de réduire les prestations acquises des employés.

Les résultats des présents pourvois démontrent la nécessité de légiférer. Il est injuste d'imposer un résultat différent à ces deux groupes d'employés pour le seul motif que l'on conclut qu'une fiducie existe dans un cas et non dans l'autre. On devrait établir un régime législa-

equitable distribution of surplus between employees and employers when pension plans are terminated.

Per Sopinka J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)): The surplus in the Catalytic plan reverts to the employer. The imposition of a trust on all the monies in that plan, did not prevent the trust's being amended. The nature of the rights of amendment depends upon the terms of the plan and of the trust agreement, if any. Nothing in the Catalytic plan precluded the company's exercising the express power of amendment in the plan so as to provide for the return of surplus funds on termination of the plan.

The company from the outset reserved the power to amend the Catalytic plan so as to permit any surplus to be distributed to itself. The trust agreement's amending clause was subject to the plan and both the 1959 and the 1966 versions of the plan reserved broader powers of amendment to the company than did the trust agreement. Both plans provided that the company's power to amend the plan was limited only by the condition that accrued benefits could not be reduced. The right to receive surplus monies in the pension fund was not a benefit which had accrued to the members of the plan when the company amended the plan to permit the surplus to be distributed to itself. Moreover, even if such a right could be said to have accrued at the time of amendment, it is not a benefit contemplated by that provision.

A power of amendment, limited in that it cannot reduce accrued benefits, is not inconsistent with the fundamental purpose of a defined benefits pension trust. It should be given effect if sufficiently explicit to permit a change amounting to a partial revocation in law.

No magic exists in the use of the specific word "revocation". Both the creation of a trust and a limitation on the nature of a trust can be determined from the clear intention of the settlor. The power of amendment can be sufficiently explicit to include a power of revocation and the absence of the word "revocation" does not mean that a settlor's changes clearly having the effect of revocation would be fatally flawed. A formulaic approach

tif qui permette une répartition équitable entre employés et employeurs de tout surplus accumulé à la cessation d'un régime de retraite.

a Le juge Sopinka (dissident en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)): Le surplus accumulé dans le régime de Catalytic revient à l'employeur. L'assujettissement de tout l'argent dans ce régime à une fiducie n'empêchait pas cette dernière d'être modifiée.
b La nature des droits de modification dépend, le cas échéant, des modalités du régime et de l'acte de fiducie. Rien dans le régime de Catalytic n'empêchait la compagnie d'exercer le pouvoir de modification qui y était expressément prévu de manière à préciser que toute somme excédentaire lui serait remise à la cessation du régime.
c

Dès le départ, la compagnie s'est réservé le pouvoir de modifier le régime de Catalytic de façon à permettre que tout surplus lui soit versé. La disposition en matière de modification, contenue dans l'acte de fiducie, était assujettie au régime et les versions de 1959 et de 1966 du régime réservaient toutes deux à la compagnie des pouvoirs de modification plus larges que ceux prévus par l'acte de fiducie. Les deux régimes prévoyaient que le pouvoir de la compagnie de modifier le régime était assujetti à la seule condition que les prestations accumulées ne puissent être réduites. Le droit de recevoir les sommes excédentaires de la caisse de retraite n'était pas une prestation que les participants avaient accumulée au moment où la compagnie a modifié le régime de manière à permettre que le surplus lui soit versé. En outre, même si on pouvait dire qu'ils avaient ce droit à l'époque de la modification, ce n'est pas une prestation envisagée par la disposition en question.
d
e
f
g

Le pouvoir de modification assujetti à l'interdiction d'y avoir recours pour réduire les prestations accumulées n'est pas incompatible avec l'objectif fondamental d'une fiducie de régime à prestations déterminées. Il devrait avoir effet s'il est suffisamment explicite pour permettre un changement qui, en droit, constitue une révocation partielle.

i Il n'y a rien de magique dans l'utilisation du mot précis «révocation». La création d'une fiducie et les restrictions quant à la nature de la fiducie peuvent être déterminées par l'intention manifeste du constituant. Le pouvoir de modification peut être suffisamment explicite pour inclure un pouvoir de révocation, et l'absence du mot «révocation» n'est pas fatale aux modifications apportées par le constituant, qui ont clairement l'effet

should not be allowed to dislodge the clear intention of the parties.

Neither the company nor the employees foresaw the existence of a surplus when the plan was created and the employees had no reason to expect to receive more than their defined benefits. There was nothing inequitable in allowing the employer to take advantage of the broad amending power to distribute the surplus to itself, so long as it did nothing to reduce the level of benefits provided to the employees.

The tax motivations of the parties to pension plans, while generally of limited relevance in interpreting those plans, here supported a broad interpretation of the amending power. It was reasonable to infer that the Catalytic plan's broad amending power, in 1959 and subsequent versions, was retained in part to deal with changes in income tax legislation, given the plan's express direction that the company's contributions be tax deductible.

Per McLachlin J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)): The surplus in defined benefit plans (as distinguished from defined contribution plans) should revert to the employer. Apart from the reference in the 1978 restatement which provided that surplus should go to the employer, the documents were silent on the question of surplus. The 1978 stipulation was a valid "amendment" to the original trust documents and ought to stand. Even if the 1978 stipulation were disregarded, however, the surplus would devolve on the employer under the doctrine of resulting trust.

Where a new situation arises and falls within an existing term of the contractual document, the courts must look at the factual context in which the term was drafted and consider whether the new situation can reasonably be said to fall within this clause. If it does not, the court may nevertheless consider if a term covering the new situation can be implied, whether as a matter of fact, law or custom. The courts will not make a new contract or trust to which the parties have not agreed.

Article V in the 1959 trust agreement, which dealt with modification and termination, provided that no part of the fund be diverted to purposes other than for the

d'une révocation. On ne devrait pas permettre qu'une méthode fondée sur une formule aille à l'encontre de l'intention manifeste des parties.

Ni la compagnie ni les employés n'ont prévu l'existence d'un surplus lorsque le régime a été créé, et les employés n'avaient aucune raison de s'attendre à recevoir plus que leurs prestations déterminées. Il n'y avait rien d'injuste à autoriser l'employeur à tirer profit du pouvoir général de modification pour s'attribuer le surplus, en autant qu'il ne faisait rien pour réduire le montant des prestations garanties aux employés.

Les motivations des parties aux régimes de retraite, sur le plan fiscal, dont la pertinence est généralement limitée pour ce qui est d'interpréter ces régimes, appuient en l'espèce une interprétation large du pouvoir de modification. Il était raisonnable de déduire que le maintien du pouvoir général de modification dans le régime de 1959 de Catalytic et ses versions subséquentes visait en partie à répondre aux changements survenus dans la législation fiscale, étant donné que le régime prévoyait expressément que les cotisations versées par la compagnie seraient déductibles.

Le juge McLachlin (dissidente en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)): Le surplus accumulé dans les régimes à prestations déterminées (par opposition aux régimes à cotisations déterminées) revient à l'employeur. À part la disposition de la nouvelle convention de 1978, qui prévoyait qu'un surplus devait revenir à l'employeur, les documents ne disaient rien au sujet de la question du surplus. La stipulation de 1978 constituait une «modification» valide des documents de fiducie initiaux et elle devrait être maintenue. Toutefois, même si on faisait abstraction de la stipulation de 1978, le surplus irait à l'employeur en vertu du principe de la fiducie par déduction.

Lorsqu'une nouvelle situation est visée par une modalité existante du document, les tribunaux doivent examiner le contexte factuel dans lequel cette modalité a été rédigée et déterminer s'il est raisonnablement possible de dire que la nouvelle situation est visée par la modalité en question. Dans la négative, le tribunal peut néanmoins se demander s'il est possible de déduire l'existence d'une modalité applicable à la nouvelle situation, que ce soit sur le plan des faits, du droit ou de la coutume. Les tribunaux ne créeront pas un nouveau contrat ou une nouvelle fiducie n'ayant pas reçu l'adhésion des parties.

L'article V de l'acte de fiducie de 1959, relatif à la modification et à la cessation, prévoyait qu'aucune partie de la caisse ne pouvait être utilisée ou affectée à

exclusive benefits of those intended to benefit from it. This article was drafted in the context of a defined contribution plan under which no surplus could arise and should therefore not be read as applying to the surplus which arose under the later defined benefit plan. The 1978 provision stipulating that the surplus should go to the employer is valid and determines the issue.

Payment of the surplus to the employer does not constitute revocation of a trust. A trust cannot be revoked without express wording so permitting. The surplus was an unanticipated development never contemplated by the original trust and not addressed by any changes to the trust until 1978. The 1959 trust provisions do not apply to a surplus.

The trust did not require that the surplus in question be paid to the employees. In 1966, when the possibility of a surplus first arose because of the plan's conversion to a defined benefit plan, the trust provided no guidance as to where a surplus would go in the event of termination. The 1978 amendment made it clear that it was payable to the employer. Therefore, under the terms of the trust, the employer is entitled to the surplus.

Alternatively, if the 1978 amendment as to surplus is invalid, the doctrine of resulting trust requires that the surplus be available to the employer. The employer was responsible for ensuring a fund sufficient to meet all defined benefits owing to employees. Since the employer paid more than required for the purpose of the trust, the residual sum should return to the employer.

Even where employees contribute to a defined benefit plan, that contribution is taken to be fully satisfied by receipt of the defined benefits. The employee accepts this fixed amount in lieu of the greater or lesser amounts he or she might obtain on a defined contribution plan and in doing so exhausts his or her rights under the plan.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Re Reevie and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Hockin v. Bank of*

d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes censées en bénéficiant. Cet article, rédigé dans le contexte d'un régime à cotisations déterminées, en vertu duquel aucun surplus ne pouvait être accumulé, ne devrait donc pas être interprété comme s'appliquant au surplus accumulé dans le cadre du régime à prestations déterminées subséquent. La disposition de 1978 portant que le surplus devrait revenir à l'employeur est valide et règle la question.

Le versement des sommes excédentaires à l'employeur ne constitue pas une révocation de fiducie. En l'absence de disposition expresse, il est impossible de révoquer une fiducie. Le surplus était imprévu et n'avait jamais été envisagé dans la fiducie initiale, et ce n'est qu'en 1978 que cette question a été réglée au moyen d'une modification de la fiducie. Les dispositions de la fiducie de 1959 ne s'appliquent pas à un surplus.

La fiducie n'exigeait pas que le surplus en question soit versé aux employés. En 1966, lorsque la possibilité d'un surplus s'est manifestée pour la première fois du fait que le régime a été converti en un régime à prestations déterminées, la fiducie n'indiquait pas ce qu'il adviendrait d'un surplus en cas de cessation du régime. Il est ressorti clairement de la modification de 1978 qu'il était payable à l'employeur. Par conséquent, aux termes de la fiducie, l'employeur a droit aux sommes excédentaires.

Subsidiairement, si la modification de 1978 concernant le surplus est invalide, la règle de la fiducie par déduction exige que l'employeur puisse récupérer le surplus. Ce dernier était chargé de garantir que la caisse serait suffisante pour verser toutes les prestations déterminées qui seraient dues aux employés. Puisque l'employeur a payé plus que ce qui était nécessaire pour réaliser l'objet de la fiducie, la somme restante devrait lui être remise.

Même lorsque les employés cotisent à un régime à prestations déterminées, leurs cotisations sont considérées comme pleinement remboursées grâce à la réception des prestations déterminées. L'employé accepte ce montant fixe au lieu des sommes supérieures ou inférieures qu'il pourrait obtenir dans le cadre d'un régime à cotisations déterminées et, ce faisant, il épuise les droits que lui confère le régime.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Re Reevie and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Hockin c. Bank of*

British Columbia (1990), 71 D.L.R. (4th) 11; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109; **distinguished:** *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274; **disapproved:** *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563; **referred to:** *C.A.W., Local 458 v. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, aff'd (1990), 39 E.T.R. 1; *King Seagrave Ltd. v. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), aff'g (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.); *Arrowhead Metals Ltd. v. Royal Trust Co.*, Pension Commission of Ontario, March 26, 1992, unreported; *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449; *Martin & Robertson Administration Ltd. v. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249; *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620; *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Trent University Faculty Assn. v. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451; *Harris v. Robert Simpson Co.*, [1985] 1 W.W.R. 319.

By Sopinka J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047))

Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Hockin v. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11.

By McLachlin J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047))

Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd., [1991] 2 All E.R. 563; *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495; *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 v. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (1983); *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (1977); *Pollock v. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (1979); *Wilson v. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (1987); *Bryant v. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (1986); *Audio Fidelity Corp. v. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (1980); *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Murphy v. McSorley*, [1929] S.C.R. 542; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109.

British Columbia (1990), 71 D.L.R. (4th) 11; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109; **distinction d'avec l'arrêt:** *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274; **arrêt critiqué:** *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563; **arrêts mentionnés:** *C.A.W., Local 458 c. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, conf. par (1990), 39 E.T.R. 1; *King Seagrave Ltd. c. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), conf. (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.); *Arrowhead Metals Ltd. c. Royal Trust Co.*, Commission des régimes de retraite de l'Ontario, 26 mars 1992, inédit; *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449; *Martin & Robertson Administration Ltd. c. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249; *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620; *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451; *Harris c. Robert Simpson Co.*, [1985] 1 W.W.R. 319.

Citée par le juge Sopinka (dissident en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047))

Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Hockin c. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11.

Citée par le juge McLachlin (dissidente en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047))

Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd., [1991] 2 All E.R. 563; *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495; *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 c. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (1983); *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (1977); *Pollock c. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (1979); *Wilson c. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (1987); *Bryant c. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (1986); *Audio Fidelity Corp. c. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (1980); *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Murphy c. McSorley*, [1929] R.C.S. 542; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109.

1994 CanLII 104 (SCC)

Statutes and Regulations Cited

Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, c. E-10.05, ss. 42(2), 58(a), (b), (c).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63.
Income Tax Regulations, ss. 8502(c), 8503(4)(c).
Pension Benefits Act, R.S.A. 1980, c. P-3.
Pension Benefits Act, R.S.M. 1987, c. P32, s. 26(2).
Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8.
Pension Benefits Standards Act, S.B.C. 1991, c. 15.
Power Corporation Act, R.S.O. 1980, c. 384, s. 20(4).
Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, s. 34(9)(b)(i), (ii), (iii), (iv).

Authors Cited

Adell, Bernard. "Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform", in *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
 Canada. Revenue Canada. Information Circular No. 72-13R7 (December 31, 1981).
 Canada. Revenue Canada. Information Circular No. 72-13R8 (December 16, 1988).
 Ezra, D. Don. *The Struggle for Pension Fund Wealth*. Toronto: Pagurian Press, 1983.
 Hanscom, Deborah K. "A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin" (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258.
 Nachshen, Gary. "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in *New Developments in Employment Law*. (Meredith Memorial Lectures, 1988.) Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.
 Ontario. Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans. *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
 Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, 4th ed., vol. 4. Boston: Little, Brown, 1989.
 Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1975.
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 125 A.R. 224, 14 W.A.C. 224, 89 D.L.R. (4th) 762, 46 E.T.R. 21, dismissing an appeal and cross-appeal from an order of Moore C.J.Q.B. in Chambers (1990), 104 A.R. 190, 66

Lois et règlements cités

Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, ch. E-10.05, art. 42(2), 58a), b), c).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63.
Loi sur les prestations de pension, L.R.M. 1987, ch. P32, art. 26(2).
Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8.
Pension Benefits Act, R.S.A. 1980, ch. P-3.
Pension Benefits Standards Act, S.B.C. 1991, ch. 15.
Power Corporation Act, R.S.O. 1980, ch. 384, art. 20(4).
Règlement de l'impôt sur le revenu, art. 8502c), 8503(4)c).
Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, art. 34(9)b)(i), (ii), (iii), (iv).

Doctrine citée

Adell, Bernard. «Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform», in *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
 Canada. Revenu Canada. Circulaire d'information n° 72-13R7 (31 décembre 1981).
 Canada. Revenu Canada. Circulaire d'information n° 72-13R8 (16 décembre 1988).
 Ezra, D. Don. *The Struggle for Pension Fund Wealth*. Toronto: Pagurian Press, 1983.
 Hanscom, Deborah K. «A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin» (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258.
 Nachshen, Gary. «Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate», in *New Developments in Employment Law*. (Meredith Memorial Lectures, 1988.) Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.
 Ontario. Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans. *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
 Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, 4th ed., vol. 4. Boston: Little, Brown, 1989.
 Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1975.
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 125 A.R. 224, 14 W.A.C. 224, 89 D.L.R. (4th) 762, 46 E.T.R. 21, qui a rejeté un appel principal et un appel incident interjetés contre une ordonnance du juge en chef Moore de la

D.L.R. (4th) 230, 37 E.T.R. 64. The appeal by Air Products Canada Ltd. (File No. 23047) with respect to entitlement to any surplus traceable to the Catalytic fund should be dismissed and its appeal with respect to its entitlement to take a contribution holiday is allowed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in part. The cross-appeal by Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the beneficiaries of the Stearns plans (File No. 23057) should be dismissed with respect to the entitlement of Air Products Canada Ltd. to all surplus remaining in the pension fund derived from the Stearns plan and to its entitlement to take a contribution holiday.

Dennis R. O'Connor, Q.C., Anne Corbett and Barry L. Glaspell, for the appellants Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley.

Neil C. Wittman, Q.C., and Kenneth J. Warren, for the respondents Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans.

Aleck H. Trawick and Leslie O'Donoghue, for the appellants on the cross-appeal Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans.

Dennis R. O'Connor, Q.C., for the respondents on the cross-appeal Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY J. — These two cases raise the issue of entitlement to surplus monies remaining in an employee pension fund once the fund has been wound up and all benefits either paid or provision made for their payment. There is a further related issue as to whether or when employers may refrain

Cour du Banc de la Reine en chambre (1990), 104 A.R. 190, 66 D.L.R. (4th) 230, 37 E.T.R. 64. Le pourvoi formé par Air Products Canada Ltd. (n° de greffe 23047) relativement au droit à tout surplus pouvant être attribué à la caisse de Catalytic est rejeté et son pourvoi relatif au droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations est accueilli. Les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents en partie. Le pourvoi incident formé par Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns (n° de greffe 23057) est rejeté relativement au droit d'Air Products Canada Ltd. à tout surplus de la caisse de retraite provenant du régime de Stearns et à son droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations.

Dennis R. O'Connor, c.r., Anne Corbett et Barry L. Glaspell, pour les appelants Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley.

Neil C. Wittman, c.r., et Kenneth J. Warren, pour les intimés Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.

Aleck H. Trawick et Leslie O'Donoghue, pour les appelants dans le pourvoi incident Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.

Dennis R. O'Connor, c.r., pour les intimés dans le pourvoi incident Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — Ces deux pourvois soulèvent la question de savoir qui a droit au surplus qui reste une fois qu'est liquidée une caisse de retraite d'employés et qu'on a versé toutes les prestations ou encore pourvu à leur versement. Se pose aussi l'autre question connexe de savoir si les

from contributing to ongoing pension plans which are in "surplus".

Some Definitions

At the outset it may be helpful to review briefly some of the technical terms which often appear in pension surplus cases. For a detailed explanation reference may be made to: G. Nachshen, "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989; Deborah K. Hanscom, "A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin" (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258, and the articles contained in vol. 2 of the *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies* (1988).

Pension surpluses can only arise in "defined benefit" pension plans. In those plans, each employee belonging to the plan is guaranteed specific benefits upon retirement.

An ongoing pension fund is said to have an "existing" or "actuarial" surplus when the estimated value of the assets in the fund exceeds the estimated value of all of the liabilities (i.e., pension benefits owed employees) of the fund. When the calculated fund liabilities exceed the calculated fund assets, the plan is said to be in a state of "unfunded liability". Once the plan is wound up, assets and liabilities can be precisely determined. The fund will then be in a state of "actual" or "real" surplus or liability.

Contribution to a defined benefit plan is made each year on the basis of an actuary's estimate of the amount which must be presently invested in order to provide the stipulated benefits at the time the pension is paid out. The actuary's estimate of the present value of future benefits to members of the plan is known as the "current service cost". The obvious difficulties involved in predicting factors such as inflation rates, investment returns and the future employee levels of the company mean that the actuary's task is difficult and to a certain extent speculative. The assumptions made by actu-

employeurs peuvent s'abstenir de cotiser aux régimes de retraite existants qui accusent un surplus et, le cas échéant, dans quels cas.

a Définitions

Au départ, il peut se révéler utile de revoir brièvement certains termes techniques qui sont fréquemment utilisés en matière de surplus de caisse de retraite. Pour une explication détaillée, on peut se reporter à G. Nachshen, «Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate», dans *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989; Deborah K. Hanscom, «A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin» (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258, et les articles contenus dans le vol. 2 du *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies* (1988).

Seuls les régimes «à prestations déterminées» peuvent accumuler un surplus. Chaque employé y participant est assuré de toucher à sa retraite des prestations déterminées.

On dit qu'une caisse de retraite accuse un surplus «existant» ou «actuariel» lorsque la valeur estimative de son actif excède la valeur estimative de tout son passif (c.-à-d. les prestations dues aux employés). Lorsque le passif calculé excède l'actif calculé, on dit du régime qu'il a un «passif non capitalisé». Ce n'est qu'une fois le régime liquidé qu'il est possible de déterminer précisément l'actif et le passif. La caisse accusera alors un surplus ou un déficit «réel».

La cotisation à un régime à prestations déterminées est effectuée annuellement, selon une évaluation actuarielle de la somme qui doit être investie aujourd'hui pour pouvoir verser à l'employé, à sa retraite, les prestations prévues. On appelle le «coût des services courants» le résultat de l'évaluation actuarielle de la valeur actuelle des prestations futures des participants. Les difficultés évidentes à prévoir des variantes comme le taux d'inflation, le rendement des placements et les futurs niveaux d'emploi de la compagnie rendent la tâche de l'actuaire ardue et, dans une certaine

1994 CanLII 104 (SCC)

aries in respect of these and other factors will have a significant impact upon the determination of current service costs and the calculation of present levels of fund surplus or liability.

Defined benefit plans are to be distinguished from defined contribution (or "money purchase") plans, where set amounts are paid into the pension fund, and the benefits eventually paid equal the amount of the initial contributions plus any return which was obtained on the investment of those funds.

Either type of pension plan may be "contributory" (contributions by both employer and employee are mandatory) or "non-contributory" (only the employer's contributions are mandatory). In a non-contributory defined benefit plan, only the employer is obligated to contribute to the pension fund, although employees may have the option of making voluntary contributions in order to increase the benefits they will receive. In a contributory defined benefit plan, the employees must contribute a set amount, which may vary according to factors such as each employee's length of service and earnings, but is usually a defined percentage of salary. The employer's contribution to the fund is the amount over and above the employee contributions which the actuary determines is needed to cover the current service costs of the plan.

In the 1980s, a unique combination of conservative actuarial estimates and various economic factors caused many pension funds to accumulate large actuarial surpluses. Many employers sought to recapture this surplus by withdrawing excess monies from pension funds as an alternate source of capital, by applying surplus funds to any required contribution to the pension plan (i.e., taking a "contribution holiday"), or by claiming a proprietary right in any excess remaining upon the termination of the plan once all the employee benefits had been provided for. Employee groups have resisted such actions, claiming that the pension plans were established for their benefit, that the employers never intended or expected to recover any contributions made to the fund, and that any

mesure, conjecturale. Les hypothèses formulées par les actuaires au sujet de ces variantes et d'autres facteurs ont une incidence importante sur les coûts des services courants et sur le calcul du surplus ou du passif actuel de la caisse.

Il faut distinguer le régime à prestations déterminées du régime «à cotisations déterminées» (ou «à formule d'achat»), dans lequel des sommes fixes sont versées dans la caisse de retraite et où les prestations éventuellement versées équivalent au montant des cotisations initiales plus le rendement de placement de ces sommes.

Chaque type de régime peut être «contributif» (l'employeur et l'employé doivent y cotiser tous les deux) ou «non contributif» (seul l'employeur est tenu d'y cotiser). Seul l'employeur est tenu de cotiser à la caisse de retraite dans le cas d'un régime non contributif à prestations déterminées, quoiqu'il se puisse que les employés aient le choix d'y cotiser volontairement afin d'accroître leurs prestations futures. Dans le cas d'un régime contributif à prestations déterminées, les employés doivent cotiser une somme déterminée qui peut varier en fonction, notamment, de leur nombre d'années de service et de leur rémunération. Cependant, il s'agit en général d'un pourcentage déterminé de la rémunération. Pour sa part, l'employeur cotise à la caisse la somme qui, en sus des cotisations de l'employé, est, selon l'actuaire, nécessaire pour couvrir les coûts des services courants du régime.

Dans les années 1980, en raison d'une combinaison exceptionnelle d'évaluations actuarielles prudentes et de différents facteurs économiques, de nombreuses caisses de retraite ont accumulé des surplus actuariels considérables. Nombre d'employeurs ont tenté de récupérer ces sommes excédentaires en les retirant des caisses de retraite pour les utiliser comme source supplémentaire de capital, en s'en servant pour effectuer toute cotisation requise au régime de retraite (c'est-à-dire en s'accordant une «période d'exonération de cotisations») ou en revendiquant un droit de propriété sur tout surplus accumulé à la cessation du régime, une fois qu'on a pourvu au versement de toutes les prestations aux employés. Des groupes d'employés se sont opposés à de telles mesures sous prétexte

surplus accruing because of fortuitous economic circumstances should be paid to them when the plans are terminated.

Factual Background

In 1983, two companies, Stearns-Roger Canada Ltd. ("Stearns") and Catalytic Enterprises Ltd. ("Catalytic") merged to form Stearns Catalytic, which subsequently became Air Products Canada Ltd. At the time of the merger, both Stearns and Catalytic had defined benefit pension plans for their employees, and both plans were in surplus. The pension plans and funds of Stearns and of Catalytic were amalgamated and evolved into two virtually identical Air Products Plans, one for employees of the Construction Division, and one for members of senior management. It is the employees' pension plan (the "Air Products plan") which forms the subject of the appeal and cross-appeal, although the results of the appeals will also affect the senior management plan.

Catalytic first instituted a pension plan for its employees in 1959. This plan was a contributory money-purchase plan which incorporated a trust fund administered by a trustee. By 1966, the plan had been amended to become a contributory defined benefits plan. The Catalytic plan was further amended in 1978.

The first Stearns pension plan relevant to these appeals was created in 1970. It repealed and replaced an earlier defined contribution plan. The 1970 plan was a contributory defined benefits plan until 1977, when it was amended to provide that employee contributions were to be of a voluntary nature only. Pursuant to the plan, Stearns entered into a Group Annuity Policy with the Mutual Life Assurance Company. All relevant versions of the Stearns plan gave the employer a discretion as to the distribution of any surplus which might remain upon the termination of the pension plan. By contrast, no provision was made for the treatment of

que les régimes de retraite étaient établis à leur profit, que les employeurs n'avaient jamais voulu ni prévu récupérer les cotisations versées dans la caisse, et que tout surplus accumulé en raison de circonstances économiques imprévues devrait leur être versé à la cessation des régimes.

Historique des faits

En 1983, Stearns-Roger Canada Ltd. («Stearns») a fusionné avec Catalytic Enterprises Ltd. («Catalytic») pour former Stearns Catalytic qui est, par la suite, devenue Air Products Canada Ltd. À l'époque de la fusion, les régimes à prestations déterminées dont bénéficiaient les employés de Stearns et ceux de Catalytic accusaient un surplus. Les régimes et caisses de retraite de Stearns et de Catalytic ont été combinés pour être ensuite divisés en deux régimes quasi identiques, l'un destiné aux employés de la division de la construction d'Air Products et l'autre, à ses cadres supérieurs. C'est le régime de retraite des employés (le «régime d'Air Products») qui fait l'objet des pourvois principal et incident, quoique leur issue aura une incidence sur le régime des cadres supérieurs également.

C'est en 1959 que Catalytic a mis sur pied le premier régime de retraite à l'intention de ses employés. Il s'agissait d'un régime contributif à formule d'achat qui comportait une caisse en fiducie gérée par un fiduciaire. En 1966, le régime a été converti en un régime contributif à prestations déterminées et il a été modifié de nouveau en 1978.

Chez Stearns, le premier régime de retraite pertinent aux fins des présents pourvois a été créé en 1970. Il abrogeait et remplaçait un régime à cotisations déterminées antérieur. En 1977, on a modifié le régime de 1970, qui était un régime contributif à prestations déterminées, de manière à prévoir que les cotisations des employés seraient volontaires uniquement. Conformément au régime, Stearns a conclu un contrat de rente collective avec La Mutuelle, Compagnie d'assurance sur la vie. Toutes les versions pertinentes du régime de Stearns conféraient à l'employeur un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de tout surplus

surplus in the Catalytic plans until the 1978 amendment to the plan purported to give the company a similar discretion.

The amalgamated Stearns Catalytic (later Air Products) plan was a contributory defined benefits plan. It was funded by means of an Investment Contract with the Confederation Life Insurance Company. The terms of the plan gave the company a discretion as to the distribution of surplus upon termination and also provided for the automatic reversion to the company of any surplus remaining once benefits paid to a member had reached a maximum level specified in the plan. For the years ending September 30, 1985, September 30, 1986, September 30, 1987 and January 31, 1988, the company transferred no assets to the Confederation Life fund. Rather, the company's contributions to the pension fund were paid from the actuarially determined surplus existing in the pension fund.

On January 31, 1988, following the sale of most of the company assets, the Air Products pension plan was terminated. Actuarial calculations established that once provision had been made for payment to the employees of Air Products Canada Ltd. of all benefits to which they were entitled under the terms of their plans, a surplus of \$9,179,130 would remain in the employee pension plan.

In February, 1988, first Air Products, and then Gunter Schmidt on behalf of the employees of Air Products, applied to the Alberta Court of Queen's Bench for a declaration of entitlement to the surplus funds. Schmidt, on behalf of himself and the employees, also sought a declaration that Air Products be required to pay \$1,465,400 into the pension fund. This sum represented the amount of fund surplus applied by Air Products to its contribution requirements from 1985 to 1988.

The Chief Justice of the Alberta Court of Queen's Bench (*Stearns Catalytic Pension Plans*

accumulé à la cessation du régime de retraite. Par contre, ce n'est qu'en 1978 qu'une modification a été apportée aux régimes de Catalytic pour que la compagnie soit investie du même pouvoir.

Le régime combiné de Stearns Catalytic (par la suite Air Products) était un régime contributif à prestations déterminées, financé au moyen d'un contrat de placement conclu avec La Confédération, Compagnie d'assurance-vie («La Confédération»). Selon les modalités du régime, la compagnie était investie d'un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de surplus à la cessation du régime et se voyait remettre automatiquement tout surplus qui restait une fois que les prestations versées à un participant avaient atteint le montant maximal prévu au régime. Pour les années se terminant le 30 septembre 1985, le 30 septembre 1986, le 30 septembre 1987 et le 31 janvier 1988, la compagnie n'a transféré aucun actif à la caisse de La Confédération. Les cotisations qu'elle a versées dans la caisse de retraite ont été prélevées sur le surplus actuariel de la caisse elle-même.

Le 31 janvier 1988, après que la plupart des biens de la compagnie eurent été vendus, on a mis fin au régime de retraite d'Air Products. Selon les calculs actuariels, le régime de retraite des employés d'Air Products Canada Ltd. accuserait un surplus de 9 179 130 \$ une fois qu'on aurait pourvu au versement de toutes les prestations auxquelles ils avaient droit en vertu de leurs régimes.

En février 1988, Air Products puis Gunter Schmidt, pour le compte des employés d'Air Products, ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta de rendre un jugement déclaratoire sur le droit aux sommes excédentaires. Schmidt a également demandé, en son propre nom et en celui des employés, un jugement déclaratoire enjoignant à Air Products de verser 1 465 400 \$ dans la caisse de retraite, laquelle somme représentait le surplus de caisse dont Air Products s'était servi pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisation au cours des années 1985 à 1988.

Le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (*Stearns Catalytic Pension Plans (Re)*

(*Re*) (1990), 104 A.R. 190) found that the portion of the surplus which had been derived from the Catalytic fund was to be paid out to the employees, and that Air Products was not entitled to take a contribution holiday utilising any part of the Catalytic surplus. He therefore ordered the company to return \$1,465,400 to the pension fund. In respect of the surplus which was traceable to the Stearns fund, the chambers judge held that it belonged to Air Products.

An appeal by the company to the Alberta Court of Appeal in respect of the Catalytic surplus and the contribution holiday and a cross-appeal by the former Stearns employees in respect of the Stearns surplus were both dismissed.

The appeal and the cross-appeal before this Court are the same as before the Court of Appeal. The facts and the plans at issue in the appeal and the cross-appeal are sufficiently different that they must be dealt with separately. In order to avoid confusion, I will not refer to the parties as appellants or respondents but to either "Air Products" or "the company" (appellants on the appeal and respondents on the cross-appeal); and to "the employees" or "the plan members". The former Catalytic employees are the respondents on the appeal and the former Stearns employees are the appellants on the cross-appeal.

I. Judgments Below

Alberta Court of Queen's Bench (1990), 104 A.R. 190

The chambers judge noted that two provisions in the 1983 amalgamated pension plan were of particular importance. Under Section 18.05, any surplus remaining in the amalgamated fund following termination of the plan and distribution of all defined benefits was to revert to the company. Section 1 of the plan provided that the benefits provided by the plan were in lieu of any benefits to which employees may have been entitled under any of the previous plans and also that the benefits paid under the 1983 plan "in no event shall be less than the bene-

(1990), 104 A.R. 190) a conclu que la partie du surplus qui provenait de la caisse de Catalytic devait être versée aux employés, et qu'Air Products ne pouvait s'accorder une période d'exonération de cotisations en utilisant une partie du surplus de Catalytic. Il a donc ordonné à la compagnie de remettre 1 465 400 \$ dans la caisse de retraite. Le juge en chambre a conclu que le surplus qui pouvait être attribué à la caisse de Stearns appartenait à Air Products.

La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel interjeté par la compagnie relativement au surplus de Catalytic et à la période d'exonération de cotisations. Elle a également rejeté l'appel incident interjeté par les anciens employés de Stearns relativement au surplus de cette dernière.

Les pourvois principal et incident formés devant notre Cour sont identiques aux appels principal et incident devant la Cour d'appel. Les faits et les régimes en cause dans les pourvois principal et incident diffèrent suffisamment pour être étudiés séparément. Afin d'éviter toute confusion, je ne parlerai ni de parties appelantes ni de parties intimées, mais plutôt d'«Air Products» ou de la «compagnie» (appelante dans le pourvoi principal et intimée dans le pourvoi incident), et des «employés» ou «participants». Les anciens employés de Catalytic sont les intimés dans le pourvoi principal, et ceux de Stearns, les appelants dans le pourvoi incident.

I. Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1990), 104 A.R. 190

Le juge en chambre a souligné l'importance particulière de deux dispositions du régime de retraite combiné de 1983. Aux termes de l'art. 18.05, tout surplus qui reste dans la caisse combinée après la cessation du régime et le versement de toutes les prestations déterminées devait revenir à la compagnie. L'article 1 du régime prévoyait, d'une part, que les prestations y prévues tenaient lieu de toute prestation à laquelle les employés pouvaient avoir eu droit en vertu de l'un ou l'autre régime antérieur, et, d'autre part, que les prestations versées

fits to which they were entitled under these Prior Plans” (at p. 201). It was this phrase which required the court to review the Stearns and the Catalytic plans which had existed prior to 1983.

Following a careful examination of the history and terms of all the relevant pension plans, Moore C.J. decided that Air Products was entitled to the surplus funds under the Stearns Plan and that the employees were entitled to the surplus funds under the Catalytic plan. He further held that the company was not entitled to apply any actuarial surplus from the Catalytic fund towards its contributions to the pension fund in the period 1985-88, but that the relevant plan provisions did permit the company to use the existing surplus in the Stearns fund to pay its contribution to the pension fund.

The Chief Justice first considered the Stearns plans. He noted, at pp. 206-207, that Article 14.1 of the 1970 Stearns pension plan, incorporated as Article 14.3 in the 1977 plan, provided:

Notwithstanding any surplus remaining after all benefits referred to in this Sub-section 14.1(c) have been provided, such surplus may, subject to the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions at the time, be returned to the Company or may be used for the benefit of Participants, former Participants, beneficiaries or estates in such equitable manner as the Company may in its discretion determine. [Emphasis of the Chief Justice.]

In his view the concluding words of this section gave the company a discretion as to the distribution of the surplus. He rejected the employees' suggestion that the 1977 plan was amended to remove this discretion, holding instead that the alleged “1982 amendments” to the plan were never more than a draft version which was not adopted and never registered. The Chief Justice considered that Article 14.3, when read together with Article 13.4 of the 1977 Plan, which permitted funds to be returned to the company with the consent of the

dans le cadre du régime de 1983 [TRADUCTION] «ne doivent en aucun cas être inférieures aux prestations auxquelles ils avaient droit en vertu de ces régimes antérieurs» (à la p. 201). C'est en raison de cette phrase que la cour a dû examiner les régimes de Stearns et de Catalytic antérieurs à 1983.

Après avoir examiné minutieusement l'histoire et les modalités de tous les régimes de retraite pertinents, le juge en chef Moore a décidé qu'Air Products avait droit au surplus accumulé dans le régime de Stearns et que les employés avaient droit au surplus accumulé dans le régime de Catalytic. Il a en outre conclu que la compagnie n'avait pas le droit de se servir de tout surplus actuariel accumulé dans la caisse de retraite de Catalytic pour effectuer ses cotisations au régime de retraite de 1985 à 1988, mais que les dispositions pertinentes du régime permettaient effectivement à la compagnie d'utiliser le surplus existant de la caisse de retraite de Stearns pour cotiser au régime de retraite.

Le Juge en chef a d'abord étudié les régimes de Stearns. Il souligne, aux pp. 206 et 207, que l'art. 14.1 du régime de 1970 de Stearns, devenu l'art. 14.3 du régime de 1977, prévoyait:

[TRADUCTION] Sous réserve de l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite de l'époque, le surplus qui reste après que toutes les prestations visées au présent alinéa 14.1c) sont versées peut être remis à la compagnie ou être utilisé au profit des participants, anciens participants, leurs ayants droit ou succession, de la manière juste que la compagnie peut à sa discrétion déterminer. [Souligné par le Juge en chef.]

À son avis, la dernière partie de cet article conférait à la compagnie un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition du surplus. Le Juge en chef a rejeté l'idée, exprimée par les employés, que le régime de 1977 a été modifié afin de retirer ce pouvoir, préférant conclure que les prétendues «modifications de 1982» n'étaient rien de plus qu'un avant-projet n'ayant jamais été adopté ni enregistré. Le Juge en chef a considéré que, conjugué à l'art. 13.4 du régime de 1977, qui permettait que des fonds soient remis à la compagnie avec

Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions, modified a more general clause which prohibited any amendment, termination, or diversion of the fund other than for the exclusive benefit of the employees.

Therefore, on a construction of the plan provisions as a whole, Moore C.J. concluded at p. 208:

From the moment the prior Stearns Plan was terminated in 1969, the company had the right to any surplus as it had from the outset reserved out to itself any surplus. The plan had ended and the company could reserve out the surplus. The company at this point did not enter into a trust agreement but purchased an annuity contract. Insofar as the Stearns Plan is concerned, we are dealing with a defined benefits plan and once all the defined benefits have been satisfied or provided for (as is the case), the balance or any surplus is to be disposed of at the discretion of the company. The plan was not established to create a fund to be divided up among the employees, but rather to provide them with specific pensions on retirement.

He concluded that the Stearns fund was never impressed with a trust, nor could one be implied to any part of the Air Products fund which evolved from the prior Stearns plans. The company's right to control the allocation of surplus was determined in 1970, and the amalgamation of the Stearns and the Catalytic plans did not create any employee entitlement to such surplus.

The Chief Justice next considered the Catalytic plans. The first began in 1959 as a defined contribution plan. Unlike the original Stearns plan, this plan was never terminated. Rather it was amended several times over the following twenty-five years. The 1959 plan included a Trust Agreement entered into between Catalytic and the Canada Trust Company for the administration of the pension fund. It contained a provision prohibiting the company from recovering any sums paid into the fund, and an amendment provision which prohibited any amendment which had the effect of reducing members' benefits. These three features were also present in the 1966 restatement of the Catalytic Plan,

le consentement du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite, l'art. 14.3 avait pour effet de modifier une disposition plus générale interdisant toute modification, cessation ou utilisation de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés.

Par conséquent, compte tenu de l'ensemble des dispositions du régime, le juge en chef Moore conclut ceci, à la p. 208:

[TRADUCTION] À compter de la cessation du régime antérieur de Stearns en 1969, la compagnie avait droit à tout surplus puisqu'elle se l'était réservé depuis le début. Le régime ayant cessé, la compagnie pouvait réserver le surplus. La compagnie n'a alors conclu aucun acte de fiducie, passant plutôt un contrat de rente. Quant au régime de Stearns, il s'agit d'un régime à prestations déterminées et une fois qu'on a versé toutes ces prestations ou encore pourvu à leur versement (comme en l'espèce), le solde ou tout surplus doit être aliéné à la discrétion de la compagnie. La création du régime ne visait donc pas à établir une caisse qui serait répartie entre les employés, mais plutôt à verser à ces derniers des prestations déterminées à leur retraite.

Il a conclu que la caisse de Stearns n'avait jamais été assujettie à une fiducie et qu'on ne pouvait pas non plus déduire l'existence d'une telle fiducie à l'égard d'une partie de la caisse d'Air Products provenant des régimes antérieurs de Stearns. Le droit de la compagnie de contrôler la répartition d'un surplus a été établi en 1970 et la combinaison des régimes de Stearns et de Catalytic n'a pas conféré aux employés le droit à ce surplus.

Le Juge en chef a ensuite étudié les régimes de Catalytic. Le premier, créé en 1959, était un régime à cotisations déterminées. Contrairement au premier régime de Stearns, on n'a jamais mis fin à ce régime. Il a plutôt été modifié à maintes reprises au cours des vingt-cinq années suivantes. Le régime de 1959 comportait un acte de fiducie conclu entre Catalytic et la Société Canada Trust pour la gestion de la caisse de retraite. Une disposition du régime interdisait à la compagnie de recouvrer toute somme versée dans la caisse, et une autre interdisait toute modification ayant pour effet de réduire les prestations des participants. Ces trois caractéristiques existaient également dans le

although by then the plan had been changed from a money purchase plan to a defined benefits plan.

Moore C.J. noted that although in 1974 the agreement between Canada Trust and Catalytic was terminated and replaced by an investment contract with Confederation Life, there was no evidence that the trust itself had terminated. He was therefore of the opinion that the trust was still in place in 1978 when Catalytic purported to amend the plan in order to give itself the right to any surplus remaining upon termination.

Moore C.J., at p. 210, felt that in 1959 Catalytic had created a trust,

[t]he sole object of . . . which . . . was to provide retirement benefits for the employees, not the company. . . . The fund became a trust fund for the benefit of the Catalytic employees.

He was particularly struck, at p. 210, by the wording of the 1959 Trust Agreement:

It states in clear terms that no amendment shall authorize or permit any part of the Fund to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons or their estates. This wording cannot be ignored and in my view it overrides any attempt to amend the trust to give the surplus to the company.

Moore C.J. therefore held that the 1978 amendment was invalid. He further relied upon *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, and *C.A.W., Local 458 v. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, aff'd (1990), 39 E.T.R. 1, in support of his conclusion that, by virtue of the trust in their favour, the former employees of Catalytic were entitled to their portion of the surplus remaining in the Air Products Fund.

Moore C.J. dealt lastly with the issue of the contribution holidays taken by the company. He observed that, under the provisions of the amalgamated plan, Air Products reserved the right to pay its annual contribution to the fund out of existing surplus. He therefore held that the company could

régime de 1966 de Catalytic, bien qu'à cette époque le régime à formule d'achat soit devenu un régime à prestations déterminées.

Le juge en chef Moore a signalé que, bien que l'entente conclue en 1974 entre Canada Trust et Catalytic ait pris fin pour être remplacée par un contrat de placement conclu avec La Confédération, aucune preuve n'indiquait que la fiducie elle-même avait cessé d'exister. Il était donc d'avis que la fiducie existait toujours en 1978, lorsque Catalytic a voulu modifier le régime pour se conférer le droit à tout surplus restant à la cessation du régime.

Le juge en chef Moore estime, à la p. 210, qu'en 1959 Catalytic avait créé une fiducie qui

[TRADUCTION] [a]vait pour unique objet d'offrir des prestations de retraite aux employés, et non à la compagnie [. . .] La caisse est devenue assujettie à une fiducie en faveur des employés de Catalytic.

Il est particulièrement frappé, à la p. 210, par le texte de l'acte de fiducie de 1959:

[TRADUCTION] Il précise clairement qu'aucune modification ne doit autoriser ou permettre l'utilisation ou l'utilisation d'une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif de ces personnes ou de leur succession. Ce texte ne saurait être ignoré et, à mon avis, il l'emporte sur toute tentative de modifier la fiducie de façon à remettre le surplus à la compagnie.

Le juge en chef Moore a donc conclu que la modification de 1978 était invalide. Il a en outre invoqué les décisions *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, et *C.A.W., Local 458 c. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, conf. par (1990), 39 E.T.R. 1, à l'appui de sa conclusion qu'en vertu de la fiducie créée en leur faveur, les anciens employés de Catalytic avaient droit à leur part du surplus accumulé dans la caisse d'Air Products.

Le juge en chef Moore a finalement examiné la question des périodes d'exonération de cotisations que s'est accordé la compagnie. Il a fait remarquer qu'aux termes du régime combiné Air Products se réservait le droit de se servir du surplus existant pour verser sa cotisation annuelle à la caisse. Par

validly use this surplus for its contribution obligations in the years 1985-88, but that, as a result of the existence of the trust in favour of the Catalytic employees, the contribution could not have been taken from the Catalytic share of the actuarial surplus.

Alberta Court of Appeal (1992), 125 A.R. 224 (McClung, Foisy and Major J.J.A.)

The Court of Appeal affirmed the judgment of Moore C.J., adding only two brief comments. The former Stearns employees argued again that the Stearns plan had been amended in 1982 so as to give them title to the surplus. The court noted that the chambers judge held that the draft provision the employees relied upon never became part of the plan and found no evidence to suggest that he was wrong in this conclusion.

Secondly, the Court of Appeal dealt with the employees' argument that the company was bound by the terms of an employee benefits brochure issued in 1982 to give the surplus to the employees. Under the heading "Future of the Plan" that brochure provided (p. 227):

In the event there is a surplus in the fund after all benefits have been paid, it is the Company's intention the surplus will be distributed in an equitable manner to the employees active in the Plan at the date of termination.

The chambers judge had noted the existence of this brochure, but did not comment on its legal effect in his judgment.

The Court of Appeal held that the evidence surrounding the brochure was insufficient to alter the plan provisions giving Stearns a discretion as to use of the surplus. The facts were distinguishable from the case of *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274. In *Re Collins* the company had given "repeated assurances" to the employees concerning the surplus in the course of collective bargaining, and it knew that the employees were aware of the surplus and

conséquent, a-t-il conclu, la compagnie pouvait à bon droit utiliser ce surplus pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisation au cours des années 1985 à 1988, mais, en raison de l'existence de la fiducie en faveur des employés de Catalytic, la cotisation n'aurait pu être prélevée sur la part du surplus actuariel revenant à Catalytic.

Cour d'appel de l'Alberta (1992), 125 A.R. 224 (les juges McClung, Foisy et Major)

La Cour d'appel a confirmé le jugement du juge en chef Moore, n'ajoutant que deux brefs commentaires. Les anciens employés de Stearns ont soutenu de nouveau que la modification apportée au régime de Stearns en 1982 leur donnait droit au surplus. La cour a fait remarquer que le juge en chambre avait conclu que l'avant-projet de disposition qu'invoquaient les employés n'avait jamais fait partie du régime, et elle n'a trouvé aucun élément de preuve qui portait à croire que sa conclusion était erronée.

La Cour d'appel a ensuite examiné l'argument des employés voulant que la compagnie était tenue, aux termes d'une brochure publiée en 1982 au sujet des prestations des employés, de verser le surplus à ces derniers. Sous la rubrique [TRADUCTION] «Avenir du régime», cette brochure prévoyait (p. 227):

[TRADUCTION] Si la caisse accuse un surplus une fois versées toutes les prestations, la compagnie souhaite que ce surplus soit distribué équitablement aux employés qui cotisent au régime à la date de la cessation.

Le juge en chambre avait souligné l'existence de cette brochure, sans toutefois en commenter l'effet juridique dans son jugement.

La Cour d'appel a conclu que la preuve entourant la brochure n'était pas suffisante pour modifier les dispositions du régime qui permettaient à Stearns d'utiliser le surplus à sa discrétion. Les faits étaient différents de ceux de l'affaire *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274, où, au cours des négociations collectives, la compagnie avait fait des «promesses répétées» aux employés concernant le surplus, alors qu'elle savait que les employés connaissaient

expected to receive it. In this case there was no evidence that any employees knew of or relied upon the Stearns brochure. Finally, the court held that the Stearns employees had failed to demonstrate that the brochure estopped the company from appropriating the surplus, or that the company acted unfairly in the exercise of its discretion to distribute the excess funds.

II. Issues on Appeal

A. *The Appeal (The Catalytic Plan)*

1. Whether the Court of Appeal erred in finding that Air Products was not entitled to the monies deriving from the Catalytic Plan which remained in its employee pension fund following termination of the pension plan and provision of all benefits.
2. Whether the Court of Appeal erred in finding that Air Products was not entitled to take existing actuarial surplus deriving from the Catalytic Plan into account in determining the amount of its annual funding obligation.

B. *The Cross-Appeal (The Stearns Plan)*

1. Whether the Court of Appeal erred in holding that Air Products was entitled to take the surplus remaining in its employee pension fund which was derived from the Stearns plan following termination of the plan and provision of all benefits.
2. Whether the Court of Appeal erred in finding that Air Products was entitled to use existing actuarial surplus not derived from the Catalytic plan in order to fund its required annual contribution to the Air Products plan during the years 1985-88.

III. The Legislative Framework

Two separate regimes affect Canadian employer pension plans in surplus. Each province now has in place some form of pension benefits legislation designed to protect member benefits by ensuring that employers meet their funding obligations and

l'existence du surplus et espéraient le toucher. En l'espèce, il n'y a aucune preuve que les employés connaissaient l'existence de la brochure de Stearns ou qu'ils se sont fondés sur elle. Enfin, la cour a conclu que les employés de Stearns n'avaient pas démontré qu'en raison de la brochure la compagnie ne pouvait s'approprier le surplus, ni qu'elle avait agi inéquitablement dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de répartir les sommes excédentaires.

II. Les questions en litige

A. *Le pourvoi (le régime de Catalytic)*

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products n'avait pas droit aux sommes provenant du régime de Catalytic, qui restaient dans la caisse de retraite des employés après la cessation du régime de retraite et le versement de toutes les prestations?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products n'avait pas le droit de tenir compte du surplus actuariel existant qui provenait du régime de Catalytic pour déterminer le montant de sa cotisation annuelle obligatoire?

B. *Le pourvoi incident (le régime de Stearns)*

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products avait le droit, après la cessation du régime et le versement de toutes les prestations, de s'approprier le surplus provenant du régime de Stearns, qui restait dans la caisse de retraite de ses employés?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products pouvait se servir du surplus actuariel existant qui ne provenait pas du régime de Catalytic pour effectuer sa cotisation annuelle obligatoire au régime d'Air Products pendant les années 1985 à 1988?

III. Le cadre législatif

Les surplus accumulés dans les régimes de retraite des employeurs canadiens sont assujettis à deux régimes distincts. Chaque province possède maintenant une forme quelconque de législation en matière de prestations de retraite, destinée à préserver

that pension funds remain solvent. The federal income tax authorities have also attempted to regulate employer pension plans in order to limit the tax relief which employers and employees can obtain for their contributions to pension funds. Some of the provincial statutes have recently begun to deal with the issue of surplus upon plan termination or of contribution holidays. The tax regulation pertaining to surplus has to date taken the form of non-binding Information Circulars rather than legislation.

A. *The Income Tax Act*

Under the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, certain tax benefits are granted to those contributing to registered pension plans. Contributions by employers and employees to a registered pension plan are tax deductible; plan earnings are exempt from taxation, and the taxation of employee benefits is deferred until they are received by the employee. The Act also contains two ceilings, one on the amount which an employer can deduct from income in respect of current service contributions to an employee pension plan, and the other on the maximum benefit which each employee can derive from the employer's deductible contributions.

In addition, on December 31, 1981, Revenue Canada issued Information Circular No. 72-13R7. This circular contains two significant requirements for the registration of pension plans. First, s. 39 of the circular requires that all plans provide that any existing actuarial plan surplus in excess of the employer's normal current service costs over a two-year period must either be refunded to the employer or used to take a contribution holiday. The circular also sets a maximum limit on the benefits which an employee can recover under a plan, and in s. 13.1 stipulates that all pension plans must contain a provision permitting actual surplus to be

ver les prestations des participants en assurant que les employeurs remplissent leurs obligations en matière de financement et que les caisses de retraite demeurent solvables. Les autorités fédérales en matière d'impôt sur le revenu ont également tenté de régir les régimes de retraite des employeurs afin de limiter les allègements fiscaux dont ces derniers et leurs employés peuvent bénéficier à l'égard des cotisations qu'ils versent dans des caisses de retraite. Certaines lois provinciales ont récemment commencé à traiter la question du surplus lors de la cessation d'un régime ou celle des périodes d'exonération de cotisations. La réglementation fiscale relative aux surplus a jusqu'à maintenant pris la forme de circulaires d'information n'ayant aucune force obligatoire, plutôt que celle de textes législatifs.

a A. *La Loi de l'impôt sur le revenu*

La Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, accorde certains avantages fiscaux à ceux qui cotisent à des régimes de retraite enregistrés. Les cotisations versées par les employeurs et les employés dans un régime de retraite enregistré sont déductibles d'impôt, les gains réalisés par le régime sont exempts d'impôt et les prestations ne sont imposées qu'au moment de leur versement aux employés. La Loi fixe également deux plafonds, l'un quant à la somme qu'un employeur peut déduire de son revenu relativement aux cotisations pour services courants versées dans un régime de retraite d'employés, et l'autre quant à la prestation maximale que chaque employé peut tirer des cotisations déductibles de l'employeur.

De plus, le 31 décembre 1981, Revenu Canada a publié la circulaire d'information n° 72-13R7 qui énonce deux exigences importantes à l'égard de l'enregistrement des régimes de retraite. D'abord, l'art. 39 de la circulaire exige que tous les régimes prévoient que tout surplus actuariel existant du régime qui excède le coût normal des services courants de l'employeur au cours d'une période de deux ans doit être remboursé à ce dernier ou utilisé aux fins d'une période d'exonération de cotisations. La circulaire fixe également une limite maximale aux prestations que l'employé peut recouvrer en vertu d'un régime, alors que l'art. 13.1 précise

1994 CanLI 104 (SCC)

refunded to employers upon termination of the plan. However, these requirements were never incorporated into the *Income Tax Act* or its Regulations during the lifetime of the Air Products plan or its predecessors.

One of the results of the Information Circular has been that many pension plans which originally were silent on the issue of surplus or which stated that employer contributions to a plan were "irrevocable" have been amended to provide that any surplus should be refunded to employers upon termination of the plan. Air Products cites the Information Circular in support of its position, presumably as evidence that Revenue Canada supports employer ownership of a surplus. The employees in turn emphasize the non-binding effect of the circular and contend that the employer's motivation for amending the plan is not a relevant consideration in determining its legal effect.

Several years ago I agreed with Zuber J.A. of the Ontario Court of Appeal that the Information Circular is of limited legal significance: *King Seagrave Ltd. v. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), aff'g (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.). I am still of that opinion. At the time the pension plans which are the subject of these appeals were wound up, the requirements contained in the circular did not have binding legal force. The circular did not purport to clarify any provisions of the *Income Tax Act*, and the fact that some pension plans may have been amended to comply with its provisions does not alter my approach to the surplus entitlement issue.

B. Provincial Legislation

No Canadian province has yet dealt directly with the issue of ownership of or entitlement to pension surplus by legislation. The preferred approach in most jurisdictions has been to provide

que tous les régimes de retraite doivent comporter une disposition permettant le remboursement d'un surplus réel aux employeurs lors de la cessation du régime. Toutefois, ces exigences n'ont jamais été incorporées dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou dans son règlement d'application pendant la durée du régime d'Air Products ou des régimes qui l'ont précédé.

À la suite de la circulaire d'information, notamment, de nombreux régimes de retraite, qui ne traitaient pas, au départ, de la question du surplus ou qui déclaraient «irrévocables» les cotisations d'un employeur à un régime, ont été modifiés de manière à prévoir que tout surplus devrait revenir à l'employeur lors de la cessation du régime. Air Products cite la circulaire d'information à l'appui de sa position, vraisemblablement comme preuve que Revenu Canada soutient le droit de propriété de l'employeur sur un surplus. Les employés, pour leur part, insistent sur l'effet non obligatoire de la circulaire et prétendent que la raison qui pousse l'employeur à modifier le régime n'est pas un facteur pertinent pour déterminer son effet juridique.

Il y a plusieurs années, j'ai convenu avec le juge Zuber de la Cour d'appel de l'Ontario que la circulaire d'information avait une importance limitée sur le plan juridique: *King Seagrave Ltd. c. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), conf. (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.). Je suis toujours de cet avis. Au moment où les régimes de retraite qui font l'objet des présents pourvois ont été liquidés, les exigences contenues dans la circulaire n'avaient pas force obligatoire. La circulaire n'avait pas pour objet de clarifier des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le fait que certains régimes de retraite puissent avoir été modifiés de manière à se conformer aux dispositions de la circulaire ne change rien à ma façon d'aborder la question du droit au surplus.

B. La législation provinciale

Aucune province canadienne n'a, à ce jour, légiféré directement sur la question de la propriété ou du droit au surplus d'un régime de retraite. Dans la plupart des cas, on a préféré prévoir qu'il ne sau-

that the withdrawal or transfer of actuarial surplus can only be accomplished when certain specified conditions have been met. See, for example, the Ontario *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8. The British Columbia *Pension Benefits Standards Act*, S.B.C. 1991, c. 15, requires that all pension plans must contain clauses providing for the arbitration of disputes concerning entitlement to surplus or contribution holidays. Manitoba has also enacted an interesting variation on the treatment of surplus funds. Section 26(2) of its *Pension Benefits Act*, R.S.M. 1987, c. P32, provides that no existing surplus may be withdrawn from a pension fund unless the Pension Commission "believes it equitable to do so".

The B.C. and Manitoba provisions represent welcome legislative steps. Regrettably, a comprehensive approach to the issues arising from pension surplus has yet to be enacted in any part of this country. The courts have on a number of occasions been required to determine the allocation of pension surplus. Yet the courts are limited in their approach by the necessity of applying the sometimes inflexible principles of contract and trust law. The question of entitlement to surplus raises issues involving both social policy and taxation policy. The broad policy issues which are raised by surplus disputes would be better resolved by legislation than by a case-by-case consideration of individual plans. Yet that is what now must be undertaken.

The pension plans under consideration are governed by the Alberta *Employment Pension Plans Act*, S.A. 1986, c. E-10.05 (proclaimed into force January 1, 1987). Section 42(2) of the Act requires that all plans provide for the allocation of surplus on termination to either the employer, the employees, or both. Section 58 prohibits employer withdrawal of surplus from an ongoing fund unless such withdrawal is specifically permitted in the plan and the permission of the Superintendent of Pensions is obtained.

rait y avoir de retrait ou de transfert d'un surplus actuariel que si certaines conditions précises sont remplies. Voir, par exemple, la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.8. Pour sa part, la *Pension Benefits Standards Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1991, ch. 15, requiert que tous les régimes de retraite prévoient l'arbitrage des litiges portant sur le droit à un surplus ou sur les périodes d'exonération de cotisations. Le Manitoba a lui aussi adopté une variante intéressante quant au traitement des sommes excédentaires. Le paragraphe 26(2) de la *Loi sur les prestations de pension*, L.R.M. 1987, ch. P32, prévoit qu'aucun surplus existant ne peut être retiré d'une caisse de retraite, sauf si la Commission des pensions «croit qu'il est juste qu'un tel versement soit effectué».

Les dispositions législatives adoptées par la Colombie-Britannique et le Manitoba sont bienvenues. Malheureusement, nulle part au pays n'a-t-on répondu exhaustivement aux questions qui se posent en matière de surplus accumulé dans les régimes de retraite. Les tribunaux ont dû, à maintes reprises, statuer sur la répartition d'un surplus de caisse de retraite. Cependant, ils sont limités dans leur démarche par la nécessité d'appliquer les principes parfois inflexibles du droit des contrats et du droit des fiducies. Le droit à un surplus soulève des questions tant de politique sociale que de politique fiscale. Les questions de principe générales soulevées dans les litiges en matière de surplus seraient plus adéquatement résolues par voie législative que par un examen individuel de chaque régime. Or, c'est ce qu'il faut maintenant entreprendre.

Les régimes de retraite examinés sont régis par l'*Employment Pension Plans Act* de l'Alberta, S.A. 1986, ch. E-10.05 (promulguée le 1^{er} janvier 1987). Le paragraphe 42(2) de cette loi exige que tous les régimes prévoient l'attribution de tout surplus lors de leur cessation soit à l'employeur, soit aux employés, soit aux deux à la fois. L'article 58 interdit à l'employeur de retirer le surplus d'une caisse existante, sauf si le régime le permet expressément et si on a obtenu l'autorisation du surintendant des régimes de retraite:

Withdrawal, together with the issue of contribution holidays, is also referred to in s. 34(9) of the Regulations to the Act (Alta. Reg. 364/86) which provides:

34 . . .

(9) Where the actuarial valuation report . . . reveals that the plan has surplus assets,

(b) when the unfunded liabilities have been amortized or where no unfunded liability exists, the surplus assets may be

(i) used to increase benefits,

(ii) left in the plan,

(iii) if the plan does not so prohibit, applied to reduce the employer contributions referred to in subsection (3)(a), or

(iv) where no solvency deficiency exists and subject to section 58 of the Act and section 39 of this Regulation, paid or transferred to the employer.

The *Employment Pension Plans Act* and its regulations do no more than establish that surplus entitlement must be determined by the wording of the plan. Contribution holidays are permitted provided they are not prohibited by the plan. The previous legislation governing pensions in Alberta, the *Pension Benefits Act*, R.S.A. 1980, c. P-3, did not deal with either surplus remaining on termination or with contribution holidays. As a result, the primacy of the wording of individual pension plans has never been displaced by legislation, and it is therefore those specific provisions which must be considered.

IV. Relevant Pension Plan Provisions

The parties most helpfully compiled a summary of the history and relevant provisions of all the pension plans and related documents pertinent to these appeals. An abbreviated version of this summary, taken from the Agreed Statement of Facts, is attached as an appendix to these reasons.

Le retrait de même que la question des périodes d'exonération de cotisations sont également mentionnés au par. 34(9) du règlement d'application de la Loi (Alta. Reg. 364/86), qui prévoit:

^a [TRADUCTION] 34 . . .

(9) Si le rapport d'évaluation actuarielle [. . .] révèle que le régime accuse un surplus,

^b

b) lorsque le passif non capitalisé a été amorti ou qu'il n'existe aucun passif non capitalisé, le surplus peut être

^c (i) utilisé pour accroître les prestations;

(ii) laissé dans le régime;

^d (iii) si le régime n'interdit pas de le faire, utilisé pour réduire les cotisations de l'employeur prévues à l'alinéa 3a); ou

(iv) en l'absence d'insolvabilité et sous réserve de l'article 58 de la Loi et de l'article 39 du présent règlement, versé ou transféré à l'employeur.

^e L'*Employment Pension Plans Act* et son règlement d'application ne font que prévoir que le droit au surplus doit être déterminé par le texte du régime. Les périodes d'exonération de cotisations sont permises dans la mesure où elles ne sont pas interdites par le régime. La loi qui, auparavant, régissait les régimes de retraite en Alberta, soit la *Pension Benefits Act*, R.S.A. 1980, ch. P-3, ne traitait ni du surplus accumulé à la cessation, ni des périodes d'exonération de cotisations. Ainsi, la prééminence du texte des régimes de retraite individuels n'a jamais été écartée par une loi et ce sont, par conséquent, ces dispositions précises qu'il faut étudier.

^h

IV. Les dispositions pertinentes des régimes de retraite

ⁱ Les parties ont fort utilement dressé un résumé de l'historique et des dispositions pertinentes de tous les régimes de retraite et documents connexes qui sont pertinents à l'égard des présents pourvois. Une version abrégée de ce résumé, tirée de l'exposé conjoint des faits, est annexée aux présents motifs.

V. Analysis

A. *Surplus Entitlement*

An employer who creates an employee pension plan agrees to provide pension benefits to retiring employees. At first, employers undertaking this obligation paid retired employees directly from company income. Gradually, the practice of creating separate pension funds emerged following the passage of regulations designed to protect employees from the bankruptcy or termination of the company, coupled with the realization of employers that the cost of providing pensions is reduced if money is put aside on behalf of present employees for their future benefit.

Pension funds thus began to be structured in several different ways. Investment contracts and trust funds eventually proved to be the most popular forms of pension plan funding for employers since they provided the requisite degree of "irrevocability" of contribution to entitle an employer to obtain tax relief on its pension contributions. The relatively recent phenomenon of pension plan surplus has created an inevitable tension between employers who claim that they never lose their entitlement to monies which they contribute to the fund but which are not needed to provide agreed benefits, and employees who assert that all pension fund monies belong to them. It is suggested that if employers are not able to retrieve surpluses, they will be tempted to fund existing plans less generously. I cannot agree. First, unless the terms of the plan specifically preclude it, an employer is entitled to take a contribution holiday. Second, most pension plans require the level of employer contribution to be determined by an actuary. The employer will not be able to reduce the level of contribution unilaterally below that required according to standard actuarial practice. Third, employers are required by legislation to make up any unfunded liability. Finally, the fact that some employers cannot recoup surplus on termination is unlikely to influence the conduct of employers as a whole. In order to obtain registration, plans created since 1981 must make provision for distribution of

V. Analyse

A. *Le droit au surplus*

L'employeur qui met sur pied un régime de retraite pour ses employés convient de verser des prestations à ceux qui prennent leur retraite. À l'origine, les employeurs s'engageant ainsi payaient les employés retraités directement sur le revenu de la compagnie. La pratique consistant à créer des caisses de retraite distinctes est née progressivement après qu'eurent été adoptés des règlements destinés à protéger les employés de la faillite ou de la fermeture de la compagnie et que les employeurs eurent réalisé que le coût des prestations de retraite est réduit si l'argent destiné aux employés actuels est mis de côté pour leur bénéfice futur.

Les caisses de retraite ont donc commencé à être structurées de plusieurs façons différentes. Les contrats de placement et les fiducies se sont éventuellement révélés être les formes les plus populaires de financement d'un régime de retraite pour les employeurs puisqu'ils fournissaient le degré d'«irrévocabilité» des cotisations nécessaire pour permettre à l'employeur d'obtenir un allègement fiscal pour ses cotisations au régime de retraite. Le phénomène relativement récent des surplus de caisse de retraite a engendré des tensions inévitables entre les employeurs qui prétendent qu'ils n'ont jamais perdu leur droit aux cotisations qu'ils ont versées dans la caisse, mais qui ne sont pas requises pour offrir les prestations convenues, et les employés qui soutiennent que toutes les sommes comprises dans une caisse de retraite leur appartiennent. On laisse entendre que si les employeurs ne sont pas capables de récupérer les surplus, ils seront tentés de financer moins généreusement les régimes existants. Je ne puis être d'accord avec cela. Premièrement, 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. Deuxièmement, la plupart des régimes de retraite exigent que le montant des cotisations de l'employeur soit fixé par un actuaire. Il ne sera pas possible à l'employeur de réduire unilatéralement le montant de ses cotisations en deçà de ce qui est nécessaire suivant la

surplus on termination. It is generally only in pre-existing plans that the problem of ownership of surplus arises and, as the results of these appeals demonstrate, even then employee entitlement to the surplus is not automatic.

Entitlement to the surplus will often turn upon a determination as to whether the pension fund is impressed with a trust. Accordingly, the first question to be decided in a pension surplus case is whether or not a trust exists.

1. Trust or Contract?

Employer-funded defined benefit plans usually consist of an agreement whereby an employer promises to pay each employee upon retirement a pension which is defined by a formula contained in the plan. A pension fund is created pursuant to the plan, either by way of contract or by way of trust. Whether or not any given fund is subject to a trust is determined by the principles of trust law. If there has been some express or implied declaration of trust, and an alienation of trust property to a trustee for the benefit of the employees, then the pension fund will be a trust fund.

If no trust is created, then the administration and distribution of the pension fund and any surplus will be governed solely by the terms of the plan. However, when a trust is created, the funds which form the *corpus* are subjected to the requirements of trust law. The terms of the pension plan are relevant to distribution issues only to the extent that those terms are incorporated by reference in the instrument which creates the trust. The contract or pension plan may influence the payment of trust

pratique actuarielle normale. Troisièmement, les employeurs sont légalement tenus de compenser tout passif non capitalisé. Enfin, le fait que certains employeurs ne puissent récupérer un surplus à la cessation d'un régime est peu susceptible d'influencer la conduite de l'ensemble des employeurs. Pour être enregistrés, les régimes mis sur pied depuis 1981 doivent pourvoir à la répartition de tout surplus à leur cessation. Ce n'est généralement que dans le cas de régimes antérieurs à cette date que se pose le problème de la propriété des surplus et, comme le démontre l'issue des présents pourvois, même là, le droit des employés au surplus n'est pas automatique.

Le droit au surplus dépendra souvent de la réponse à la question de savoir si la caisse de retraite est assujettie à une fiducie. En conséquence, la première question à trancher dans une affaire de surplus de caisse de retraite est de savoir s'il existe une fiducie.

1. Fiducie ou contrat?

Dans les régimes à prestations déterminées financés par l'employeur, ce dernier s'engage généralement à verser à chaque employé retraité des prestations déterminées selon une formule prévue dans le régime. Une caisse de retraite est créée conformément au régime, soit par contrat, soit par fiducie. La question de savoir si une caisse de retraite est assujettie à une fiducie est résolue par les principes du droit des fiducies. S'il y a eu une déclaration expresse ou implicite de fiducie et si les biens en fiducie ont été confiés à un fiduciaire pour le bénéfice des employés, la caisse de retraite constituera alors un fonds en fiducie.

Si aucune fiducie n'est créée, la gestion et la répartition de la caisse de retraite et de tout surplus accumulé seront régies uniquement par les modalités du régime. Toutefois, lorsqu'une fiducie est créée, le fonds qui forme le capital est assujetti aux exigences du droit des fiducies. Les modalités du régime de retraite ne sont alors pertinentes, quant aux questions de répartition, que dans la mesure où elles sont insérées par renvoi dans l'acte qui crée la fiducie. Le contrat ou régime de retraite peut

funds but its terms cannot compel a result which is at odds with the existence of the trust.

Typically, when a pension fund is subject to a trust, several issues arise: Are such trusts for a purpose or are they "classic" trusts? What part of the pension fund is subject to the trust? To what extent can a settlor-employer alter the terms of a trust in order to appropriate the fund surplus for itself? Is the surplus subject to a resulting trust? Let us consider the nature of the trust in this case.

2. Purpose or 'True' Trust?

Air Products has suggested that the Catalytic pension fund was not subject to an express trust but instead to a trust for a purpose. Relying on *dicta* of the British Columbia Court of Appeal in *Hockin v. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, the company argues that a trust set up as part of a pension plan constitutes a trust whose sole purpose is to provide defined benefits to members. Once those benefits have been provided the purpose is fulfilled, the trust expires and the terms of the pension plan alone determine entitlement to any remaining fund surplus. I cannot accept this proposition.

Trusts for a purpose are a rare species. They constitute an exception to the general rule that trusts for a purpose are void. (See D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 127-28.) The pension trust is much more akin to the classic trust than to the trust for a purpose. I agree with the following comments of the Pension Commission of Ontario in *Arrowhead Metals Ltd. v. Royal Trust Co.* (March 26, 1992), unreported, at pp. 13-15, cited by Adams J. in *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449, at p. 510:

Purpose trusts are trusts for which there is no beneficiary; that is, they are trusts where no person has an equitable entitlement to the trust funds. Funds are

influer sur le paiement des fonds de la fiducie, mais ses modalités ne peuvent forcer un résultat qui soit incompatible avec l'existence de la fiducie.

Habituellement, lorsqu'une caisse de retraite est assujettie à une fiducie, plusieurs questions se posent: S'agit-il d'une fiducie à une fin ou d'une fiducie «classique»? Quelle partie de la caisse de retraite est assujettie à la fiducie? Dans quelle mesure l'employeur constituant peut-il modifier les termes d'une fiducie pour s'approprier le surplus de la caisse? Ce surplus est-il assujetti à une fiducie par déduction? Voyons la nature de la fiducie en l'espèce.

2. Fiducie à une fin ou fiducie «véritable»?

Air Products a laissé entendre que la caisse de retraite de Catalytic était assujettie non pas à une fiducie expresse, mais plutôt à une fiducie à une fin. Invoquant les remarques incidentes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Hockin c. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, la compagnie soutient qu'une fiducie créée dans le cadre d'un régime de retraite a pour seule fin de verser des prestations déterminées aux participants à ce régime. Une fois que ces prestations sont versées, la fin est réalisée, la fiducie est éteinte et seules les modalités du régime de retraite déterminent qui a droit à toute somme excédentaire. Je ne puis souscrire à cette proposition.

Les fiducies à une fin sont rares. Elles sont une exception à la règle générale qui veut que les fiducies à une fin soient nulles. (Voir D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), aux pp. 127 et 128.) La fiducie de régime de retraite s'apparente beaucoup plus à la fiducie classique qu'à la fiducie à une fin. Je partage les commentaires suivants de la Commission des régimes de retraite de l'Ontario, dans l'arrêt *Arrowhead Metals Ltd. c. Royal Trust Co.* (26 mars 1992), inédit, aux pp. 13 à 15, cité par le juge Adams dans *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449, à la p. 510:

[TRADUCTION] Dans le cas des fiducies à une fin, aucun bénéficiaire n'est désigné; en d'autres termes, personne n'a un droit d'*equity* sur les fonds en fiducie.

deposited in trust in order to see that a particular purpose is filled; people may benefit, but only indirectly.

...
 People are clearly direct beneficiaries of pension trusts. Pension trusts are established not to effect some purpose, such building [*sic*] a recreation centre, but to provide money on a regular basis to retired employees. It misconceives both the nature of a purpose trust and of a pension trust to suggest that pensions are for purposes, not persons. It is important to recognize that the characterization of pension trusts as purpose trusts results in the pension text, a contract, taking precedence over the trust agreement. That is, in making common law principles of contract paramount to the equitable principles of trust law. It is trade [*sic*] law that where common law and equity conflict, equity is to prevail. In light of that rule, it seems inappropriate to do indirectly that which could not be done directly.

To repeat, the first step is to determine whether or not the pension fund is in fact a pension trust. This will most often be revealed by the wording of the pension plan itself, but may also be implied from the plan and from the way in which the pension fund is set up. A pension trust is a "classic" or "true" trust and not a mere trust for a purpose. If there is no trust created under the pension plan, the wording of the pension plan alone will govern the allocation of any surplus remaining on termination. However, if the fund is subject to a trust, different considerations may govern.

3. The Definition of the Trust Fund

Before proceeding to an examination of the actual effect of the trust, one more brief investigation must be undertaken. That is the determination of whether all of the monies contained in a given pension fund are subject to the trust, or whether the surplus remaining after termination is separate from the remainder of the fund and thus not subject to the trust. In creating a pension plan and accompanying trust, an employer may be able to

Des fonds sont déposés en fiducie pour réaliser une fin particulière; des personnes peuvent en bénéficier, mais seulement indirectement. . . .

^a Des personnes sont manifestement bénéficiaires directs des fiducies de régime de retraite. Ces dernières sont créées non pas pour réaliser une fin, comme la construction d'un centre récréatif, mais pour que des sommes soient versées régulièrement à des employés retraités. C'est mal concevoir la nature d'une fiducie à une fin et celle d'une fiducie de régime de retraite que de dire que les prestations de retraite sont versées pour une fin et non pour des personnes. Il importe de reconnaître que, si les fiducies de régime de retraite sont qualifiées de fiducies à une fin, il en résulte que le texte du régime, un contrat, aura préséance sur l'acte de fiducie. Autrement dit, les principes de common law du droit des contrats l'emporteront sur les principes d'*equity* du droit des fiducies. Or, il est bien établi en droit que lorsque la common law et l'*equity* s'opposent, cette dernière doit ^b ^c ^d prévaloir. Compte tenu de cette règle, il semble peu approprié de faire indirectement ce qui ne pourrait être fait directement.

^e Je le répète, la première étape consiste à déterminer si la caisse de retraite constitue en fait un régime de retraite assujéti à une fiducie. On trouvera le plus souvent la réponse à cette question dans le texte du régime de retraite lui-même, mais il se peut également qu'elle ressorte implicitement ^f du régime et de la façon dont la caisse de retraite est mise sur pied. La fiducie de régime de retraite est une fiducie «classique» ou «véritable», et non une simple fiducie à une fin. Si aucune fiducie n'est créée en vertu du régime de retraite, seul le ^g texte du régime régira la répartition de toute somme excédentaire lors de la cessation. Toutefois, si la caisse est assujéti à une fiducie, différentes ^h considérations peuvent s'appliquer.

3. La définition du fonds en fiducie

Avant d'étudier l'effet réel de la fiducie, il faut procéder à un autre bref examen, c'est-à-dire qu'il faut se demander si tout l'argent contenu dans une caisse de retraite donnée est assujéti à la fiducie, ou si le surplus qui reste après la cessation est distinct du reste de la caisse et échappe ainsi à la fiducie. En créant un régime de retraite assorti d'une fiducie, un employeur peut être en mesure de définir l'objet de la fiducie de façon à n'inclure que le

define the subject matter of the trust so as to include only the amount necessary to cover the employee benefits owed. However, very specific wording will be necessary before an ongoing surplus will be excluded from the operation of the pension trust. ^a

The definition of the trust fund in the pension plan and in the trust agreement will usually establish that any surplus monies form part of the trust. ^b In *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada*, *supra*, for example, part of Canada Dry's pension plan, cited at p. 596 of the judgement of Zuber J.A., provided: ^c

10.1 A Trustee shall be appointed by the Board of Directors from time to time and a Trust Agreement executed between the Board of Directors and such trustee, under the terms of which a Trust Fund shall be established to receive and hold all Contributions payable by the Members and the Company, interest and other income, and to pay the benefits provided by the Plan and any of its expenses not paid directly by the Company. ^d [Emphasis added.] ^e

In the absence of any more specific definition of the content of the trust fund in either the plan or the trust agreement such a phrase establishes that all money in the care of the trustee is subject to the trust in favour of the employees. The wording of the plan in *Hockin, supra*, at p. 13, was even more explicit: ^f

(h) "Fund" means the trust consisting of all sums of money and other property as shall from time to time be paid or delivered to the Trustee in accordance with the provisions hereof, all investments and proceeds thereof and all earnings, profits and other accretions thereto, less all payments and deductions that are made therefrom as herein provided. ^g

I would have thought that the wording of this clause would make it clear that any existing surplus formed a part of the trust and was subject to the provisions of the trust. ⁱ

The definition of the trust fund should not be confused with the issue of the definition of the ^j

montant nécessaire pour couvrir les prestations dues aux employés. Toutefois, il faudra un texte très précis pour qu'un surplus existant échappe à l'application de la fiducie de régime de retraite.

La définition du fonds en fiducie dans le régime de retraite et dans l'acte de fiducie établira généralement que les sommes excédentaires font partie de la fiducie. Par exemple, dans l'arrêt *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada*, précité, une partie du régime de retraite de Canada Dry, cité à la p. 596 des motifs du juge Zuber, prévoyait ceci:

[TRADUCTION]

10.1 Le conseil d'administration nomme un fiduciaire et il conclut avec ce dernier un acte de fiducie aux termes duquel un fonds en fiducie est établi afin que toutes les cotisations des participants et de la compagnie y soient versées, de même que les intérêts et autres revenus, et afin de verser les prestations prévues par le régime et de payer les frais y relatifs qui ne sont pas payés directement par la compagnie. [Je souligne.]

À défaut d'une définition plus précise du contenu du fonds en fiducie dans le régime ou dans l'acte de fiducie, pareille phrase établit que tout l'argent confié au fiduciaire est assujéti à la fiducie en faveur des employés. Le texte du régime dans *Hockin*, précité, à la p. 13, était même plus explicite: ^g

[TRADUCTION]

(h) «fonds» La fiducie qui réunit toutes les sommes versées et autres biens confiés à l'occasion au fiduciaire conformément aux présentes dispositions, de même que tous les placements et leurs produits, les gains, les profits et autres accroissements réalisés, moins tous les paiements et toutes les déductions effectués sur celle-ci conformément aux présentes.

J'aurais cru que le texte de cette disposition ferait clairement ressortir que tout surplus existant faisait partie de la fiducie et était assujéti à ses dispositions. ⁱ

On ne devrait pas confondre la définition du fonds en fiducie avec la question de la détermina- ^j

benefits to which the employee/beneficiaries are entitled according to the terms of the pension plan. As the examples demonstrate, the trust fund will normally include all monies contributed to the pension fund, including both any ongoing actuarial surplus and any surplus on termination.

4. Amendment of the Trust

When a pension fund is impressed with a trust, that trust is subject to all applicable trust law principles. The significance of this for the present appeals is twofold. Firstly, the employer will not be able to claim entitlement to funds subject to a trust unless the terms of the trust make the employer a beneficiary, or unless the employer reserved a power of revocation of the trust at the time the trust was originally created. Secondly, if the objects of the trust have been satisfied but assets remain in the trust, those funds may be subject to a resulting trust.

The settlor of a trust can reserve any power to itself that it wishes provided the reservation is made at the time the trust is created. A settlor may choose to maintain the right to appoint trustees, to change the beneficiaries of the trust, or to withdraw the trust property. Generally, however, the transfer of the trust property to the trustee is absolute. Any power of control of that property will be lost unless the transfer is expressly made subject to it.

Employers seeking to obtain a pension surplus have frequently made the argument that they reserved a power to revoke, or to revoke partially the pension trust fund they set up for the benefit of their employees. This approach has had mixed results. The inconsistency of the decisions on the revocation of pension trusts exists on two levels. At one level, the different decisions can be explained on the basis of the wording of the particular amending clause and the limitations put upon it in each case. However, the decisions also reveal a more fundamental difference of opinion as to whether the revocation of trusts is possible when a

tion des prestations auxquelles les employés-bénéficiaires ont droit aux termes du régime de retraite. Comme les exemples le démontrent, le fonds en fiducie inclut normalement toutes les cotisations versées dans la caisse de retraite, y compris tout surplus actuariel existant et tout surplus accumulé à la cessation.

4. Modification de la fiducie

La caisse de retraite assujettie à une fiducie est soumise à tous les principes applicables du droit des fiducies. Cela revêt une double importance en l'espèce. Premièrement, l'employeur ne pourra revendiquer le droit aux fonds assujettis à une fiducie que s'il est bénéficiaire aux termes de la fiducie ou s'il s'est réservé le pouvoir de révoquer la fiducie au moment où elle a été créée. Deuxièmement, si les objets de la fiducie sont atteints mais qu'il reste des éléments d'actif dans la fiducie, ces fonds peuvent faire l'objet d'une fiducie par déduction.

Le constituant d'une fiducie peut se réserver les pouvoirs qu'il désire à condition de le faire au moment où la fiducie est créée. Il peut ainsi se réserver le droit de nommer des fiduciaires, de changer les bénéficiaires de la fiducie ou de retirer les biens en fiducie. 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 assujetti à ce pouvoir.

Les employeurs qui cherchent à s'approprier un surplus de caisse de retraite ont souvent fait valoir qu'ils s'étaient réservé le pouvoir de révoquer à tout le moins partiellement la fiducie de régime de retraite qu'ils ont créée au bénéfice de leurs employés. Cette approche a entraîné des résultats divers. L'incohérence des décisions portant sur la révocation des fiducies de régime de retraite se manifeste à deux niveaux. D'une part, les différentes décisions peuvent s'expliquer par le texte de la disposition modificatrice en cause et les restrictions qui lui sont imposées dans chaque cas. D'autre part, les décisions révèlent également une divergence d'opinions plus fondamentale quant à savoir si une fiducie peut être révoquée lorsque le

settlor has reserved a broad power of amendment. This difference must be resolved in this case.

The differing approaches to revocation of the trust are perhaps most starkly illustrated by the cases of *Reevie, supra*, and *Hockin, supra*. In both of these cases, a trust fund was established pursuant to a pension plan which contained a broad power of amendment. Each amending power was subject only to the proviso that no amendment could reduce members' entitlement to accrued benefits.

The court in *Reevie* relied upon a passage from Waters to the effect that it is a cardinal rule of trust law that a settlor can only revoke his or her trust when the settlor has expressly reserved the power to do so and found that the broad amendment power reserved by Canada Dry did not amount to an express reservation. The Court in *Hockin*, on the other hand, preferred the approach of McLennan J. in *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.).

In *Re Campbell-Renton & Cayley*, the settlors of a private trust sought to revoke the trust in order to set up a more tax-beneficial trust in England. After considering the unlimited power of amendment contained in the trust agreement, McLennan J. stated at pp. 552-53:

I am advised that there is no decision either in England or in this country as to whether or not a power to alter and amend includes the power to revoke or perhaps it would be better to say includes a power to amend in such a way as to permit the revocation of the trust instrument but there is American law on the subject and statements in 3 *Scott's Law of Trust*, 2nd ed., pp. 2393, 2402-3, 2413, 2395 and 2416 and at the latter citation it is stated that an unrestricted power to amend is equivalent to a power to revoke.

McLennan J. elected to follow the American jurisprudence on this point, as did the court in *Hockin* at p. 19 which relied upon the following more recent excerpt from Scott (*The Law of Trusts* (4th ed. 1989), vol. 4, at pp. 346-48):

constituant s'est réservé un large pouvoir de modification. Nous devons résoudre cette divergence en l'espèce.

Les différentes façons d'aborder la révocation de la fiducie sont peut-être illustrées d'une manière plus frappante par les arrêts *Reevie* et *Hockin*, précités. Dans ces deux affaires, une fiducie avait été établie conformément à un régime de retraite qui conférait un large pouvoir de modification, assujéti à la seule condition qu'aucune modification ne puisse réduire le droit des participants aux prestations accumulées.

Dans l'affaire *Reevie*, la cour a invoqué un passage de Waters voulant que, selon une règle cardinale du droit des fiducies, le constituant ne puisse révoquer sa fiducie que s'il s'est expressément réservé le pouvoir de le faire, et elle a conclu que le large pouvoir de modification que s'était réservé Canada Dry ne constituait pas une réserve explicite. Dans l'affaire *Hockin*, la cour a, par ailleurs, préféré le point de vue adopté par le juge McLennan dans l'arrêt *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.).

Dans cet arrêt, les constituants d'une fiducie privée ont cherché à la révoquer pour mettre sur pied, en Angleterre, une autre fiducie plus profitable sur le plan fiscal. Après avoir examiné le pouvoir illimité de modification prévu dans l'acte de fiducie, le juge McLennan affirme, aux pp. 552 et 553:

[TRADUCTION] On m'informe qu'aucune décision n'a été rendue en Angleterre ou ici sur la question de savoir si le pouvoir de modification inclut le pouvoir de révocation, ou peut-être serait-il préférable de dire, s'il inclut le pouvoir de modifier d'une façon qui permette de révoquer l'acte de fiducie. Toutefois, le droit américain en traite et on trouve des exposés sur ce point dans 3 *Scott's Law of Trust*, 2^e éd., pp. 2393, 2402, 2403, 2413, 2395 et 2416, où on déclare que le pouvoir illimité de modifier équivaut à un pouvoir de révoquer.

Le juge McLennan a choisi de suivre la jurisprudence américaine sur ce point, comme l'a fait la cour dans l'affaire *Hockin*, à la p. 19, en invoquant un passage plus récent de Scott (*The Law of Trusts* (4^e éd. 1989), vol. 4, aux pp. 346 à 348):

330.1. Where the creation of a trust is evidenced by a written instrument that purports to include the terms of the trust, and there is no provision in the instrument expressly or impliedly reserving to the settlor power to revoke the trust, the trust is irrevocable. The intention to reserve a power of revocation need not be manifested by an express provision to that effect; it can be indicated by the use of language from which it may be inferred.

Based upon this authority, the B.C. Court of Appeal concluded at p. 19 that “[a] power to amend includes the power to revoke unless revocation is precluded by specific wording of the power to amend”. With respect, I cannot agree with this position.

In my view the nature and purpose of the trust as it has evolved in Canada is consistent with a more restrictive interpretation as to when the trust instrument will permit a unilateral revocation of the trust. One of the most fundamental characteristics of a trust is that it involves a transfer of property. In the words of D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada, supra*, at p. 291:

... the trust is a mode of disposition, and once the instrument of creation of the trust has taken effect or a verbal declaration has been made of immediate disposition on trust, the settlor has alienated the property as much as if he had given it to the beneficiaries by an out-and-out gift. This almost self-evident proposition has to be reiterated because it is sometimes said that the trust is a mode of “restricted transfer.” So indeed it is, but the restriction does not mean that by employing the trust the settlor inherently retains a right or power to intervene once the trust has taken effect, whether to set the trust aside, change the beneficiaries, name other beneficiaries, take back part of the trust property, or do anything else to amend or change the trust. By restriction is meant that he has transferred the property but subject to restrictions upon who is to enjoy and to what degree. The mode of future enjoyment is regulated in the act of transferring, but the transfer remains a true transfer.

The judgment of the B.C. Court of Appeal in *Hockin*, if followed to its logical conclusion, would mean that the presence of an unlimited

[TRADUCTION] 330.1. Lorsque la création d'une fiducie ressort d'un acte écrit qui est censé inclure les modalités de la fiducie, et qu'il n'existe, dans l'acte, aucune disposition qui réserve explicitement ou implicitement au constituant le pouvoir de révoquer la fiducie, celle-ci est irrévocable. Il n'est pas nécessaire que l'intention de réserver le pouvoir de révocation ressorte d'une disposition expresse en ce sens; elle peut s'inférer du texte utilisé.

À la lumière de cette doctrine, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique conclut, à la p. 19, que [TRADUCTION] «[l]e pouvoir de modifier comprend le pouvoir de révoquer, à moins que la révocation ne soit interdite par le texte même du pouvoir de modifier». En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion.

À mon avis, la nature et l'objet de la fiducie telle qu'elle a évolué au Canada appelle une interprétation plus restrictive quant à savoir dans quels cas l'acte de fiducie permettra une révocation unilatérale. L'une des caractéristiques les plus fondamentales de la fiducie est qu'elle entraîne un transfert de bien. Selon D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada, op. cit.*, à la p. 291:

[TRADUCTION] ... la fiducie est un mode d'aliénation. Une fois que l'acte qui crée la fiducie a pris effet ou qu'une déclaration verbale a été faite quant à l'aliénation immédiate à la fiducie, le constituant aliène le bien tout autant que s'il l'avait remis aux bénéficiaires au moyen d'un don véritable. Cette proposition qui va presque de soi doit être réitérée puisque l'on dit parfois que la fiducie est un mode de «transfert restreint». Elle l'est effectivement, mais cette restriction ne signifie pas qu'en ayant recours à une fiducie, le constituant retient de façon inhérente le droit ou le pouvoir d'intervenir une fois que la fiducie a pris effet pour y mettre fin, pour en changer les bénéficiaires ou en nommer d'autres, pour reprendre une partie des biens en fiducie ou pour faire quoi que ce soit d'autre en vue de modifier la fiducie. Par restriction, on entend que le constituant a transféré le bien, mais sous réserve de certaines restrictions quant à savoir qui en bénéficiera et dans quelle mesure. Le mode de jouissance future est régi dans l'acte de transfert, mais le transfert demeure un véritable transfert.

L'arrêt *Hockin* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, si on en poussait le raisonnement jusqu'à sa conclusion logique, signifierait que

power of amendment in a trust agreement entitles a settlor to maintain complete control over the administration of the trust and the trust property. That result is inconsistent with the fundamental concept of a trust, and cannot, in my opinion, be sustained without extremely clear and explicit language. A general amending power should not endow a settlor with the ability to revoke the trust. This is especially so when it is remembered that consideration was given by the employee beneficiaries in exchange for the creation of the trust. In the case of pension plans, employees not only contribute to the fund, in addition they almost invariably agree to accept lower wages and fewer employment benefits in exchange for the employer's agreeing to set up the pension trust in their favour. The wording of the pension plan and trust instrument are usually drawn up by the employer. The employees as a rule must rely upon the good faith of the employer to ensure that the terms of the specific trust arrangement will be fair. It would, I think, be inequitable to accept the proposition that a broad amending power inserted unilaterally by the employer carries with it the right to revoke the trust. The employer who wishes to undertake a restricted transfer of assets must make those restrictions explicit. Moreover, amendment means change not cancellation which the word revocation connotes.

Furthermore, prior to the 1981 circular, the amendment power in most trust arrangements was specifically made broad and ambiguous at the behest of the employer, who was entitled to tax relief on funds designated for employee pensions only if those funds were committed irrevocably to a trust or some other funding arrangement. The tax motivations of the respective parties to pension plans are not particularly relevant to a judicial interpretation of the trust. However a court should not be eager to sanction a result which would allow an employer to represent to the Minister of National Revenue that it has irrevocably committed funds to an employee pension plan, only to

l'existence d'un pouvoir illimité de modification dans un acte de fiducie autorise le constituant à exercer un contrôle total sur la gestion de la fiducie et sur les biens en fiducie. Ce résultat va à l'encontre de la notion fondamentale d'une fiducie et ne peut, à mon avis, être soutenu en l'absence d'un texte extrêmement clair et explicite. Le pouvoir général de modification ne devrait pas investir le constituant du pouvoir de révoquer une fiducie, et ce, d'autant plus si on considère que les employés bénéficiaires ont versé une contrepartie en échange de la création de la fiducie. Dans le cas des régimes de retraite, non seulement les employés cotisent-ils à la caisse, mais encore ils conviennent presque toujours d'accepter un salaire inférieur et des avantages sociaux réduits en échange de l'établissement par l'employeur d'une fiducie de régime de retraite en leur faveur. Le texte du régime de retraite et l'acte de fiducie sont habituellement rédigés par l'employeur. Les employés doivent, en principe, s'en remettre à la bonne foi de l'employeur pour ce qui est d'assurer que les modalités de l'acte de fiducie en question seront équitables. Il serait, à mon avis, injuste d'accepter la proposition voulant qu'un pouvoir général de modification incorporé unilatéralement par l'employeur comporte le pouvoir de révoquer la fiducie. L'employeur qui souhaite effectuer un transfert restreint de biens doit expliciter ces restrictions. De plus, modifier signifie changer et non annuler comme le connote le terme «révoquer».

En outre, avant la circulaire de 1981, le pouvoir de modification prévu dans la plupart des actes de fiducie était expressément formulé de façon générale et ambiguë à la demande de l'employeur, qui n'avait droit à un allègement fiscal à l'égard de l'argent destiné au régime de retraite des employés que si cet argent était affecté irrévocablement à une fiducie ou à quelque autre convention de financement. Les motivations, sur le plan fiscal, de chaque partie au régime de retraite ne sont pas particulièrement pertinentes relativement à l'interprétation judiciaire de la fiducie. Toutefois, les tribunaux ne devraient pas s'empresser de sanctionner un résultat qui permettrait à un employeur de sou-

later purport to revoke the pension trust in order to recoup surplus funds.

As a result I find that, at least in the context of pension trusts, the reservation by the settlor of an unlimited power of amendment does not include a power to revoke the trust. A revocation power must be explicitly reserved in order to be valid.

5. The Resulting Trust

A resulting trust may arise if the objects of the trust have been fully satisfied and money still remains in the trust fund. In such situations, the remaining trust funds will ordinarily revert by operation of law to the settlor of the fund. However, a resulting trust will not arise if, at the time of settlement, the settlor demonstrates an intention to part with his or her money outright. This is to say the settlor indicates that he or she will not retain any interest in any remaining funds.

Several Canadian cases have dealt with the resulting trust in relation to pension surplus cases. In *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (B.C.S.C.), the pension plan had been terminated. The plan provided that upon termination, assets were to be applied to four listed categories of beneficiaries. All the beneficiaries were paid in accordance with this provision, and a surplus remained in the fund. The trustee of the fund, Canada Trust, sought directions from the court as to how to deal with the surplus.

Gould J. held, at p. 111, that the "purposes of this trust simply did not exhaust the fund and the outcome here, *i.e.*, a surplus balance of \$31,163.38, was not foreseen by the respondent. . . . The situation appears to be one where a resulting trust arises by operation of the law." This conclusion could well be questioned in light of another provision in the plan (at p. 110) which provided

tenir devant le ministre du Revenu national qu'il a irrévocablement affecté de l'argent à un régime de retraite d'employés, pour ensuite tenter de révoquer la fiducie de régime de retraite afin de récupérer les sommes excédentaires.

Par conséquent, j'estime que le pouvoir illimité de modifier une fiducie que se réserve le constituant n'inclut pas le pouvoir de la révoquer, tout au moins dans le contexte des fiducies de régime de retraite. Pour être valide, le pouvoir de révocation doit être explicitement réservé.

5. La fiducie par déduction

Une fiducie par déduction peut prendre naissance si les objets de la fiducie ont été atteints pleinement et qu'il reste des sommes dans le fonds en fiducie. En pareils cas, les fonds en fiducie qui restent reviendront habituellement, en vertu de la loi, au constituant du fonds. Toutefois, aucune fiducie par déduction ne naîtra si, à l'époque de la constitution, le constituant manifeste l'intention de se départir complètement de son argent. En d'autres termes, le constituant indique qu'il ne conservera aucun droit sur les sommes restantes.

Les tribunaux canadiens ont examiné à maintes reprises la fiducie par déduction dans des affaires de surplus de caisse de retraite. Dans l'affaire *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (C.S.C.-B.), on avait mis fin au régime de retraite. Celui-ci prévoyait qu'à la cessation l'actif serait réparti entre quatre catégories déterminées de bénéficiaires. Après que tous les bénéficiaires eurent été payés conformément à cette disposition, un surplus est resté dans la caisse. Le fiduciaire de celle-ci, Canada Trust, a demandé au tribunal des directives sur la façon de traiter le surplus.

Le juge Gould a conclu (à la p. 111) que la [TRANSDUCTION] «réalisation des objets de cette fiducie n'a simplement pas permis d'épuiser le fonds et l'intimée [. . .] n'avait pas prévu le résultat auquel on est arrivé en l'espèce, *c.-à-d.* le solde excédentaire de 31 163,38 \$. Il paraît s'agir d'une situation où une fiducie par déduction prend naissance en vertu de la loi.» Cette conclusion pourrait bien être

that "no alteration, amendment or termination of the Plan or any part thereof shall permit any part of the trust fund to revert to or to be recoverable by the Company or to be used for or diverted to purposes other than the exclusive benefits of members . . .". Perhaps the decision can be explained on the basis that the employees were not parties before the court and did not contribute to the plan which was funded solely by the employer.

In most cases, the existence of a non-reversion clause will be evidence of a permanent intention to part with the trust property and it will preclude the operation of the resulting trust. The trust agreement in *C.A.W., Local 458 v. White Farm Manufacturing Canada Ltd., supra*, contained the following clause, at p. 538:

No part of the capital or income of the fund shall ever revert to the Company or be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of the employees and former employees under the plan except as therein and herein provided.

I agree with Montgomery J.'s conclusion, at p. 540, that these provisions "effectively dispose of the respondents' arguments that the surplus is subject to the doctrine of resulting trust". The employer had absolutely and irrevocably waived its interest in any surplus that might arise upon the termination of the pension fund despite the contributions it had made to that fund.

The exigencies of tax law are such that preferential tax treatment will only be afforded to registered pension plans. Registration, originally contingent upon clear evidence that the employer's contribution would be irrevocable, now requires a plan to provide that, following termination of the plan, any remaining surplus in excess of the statutory maximum level of employee benefits must revert to the employer. Therefore, the provisions of most registered pension plans will normally themselves exclude the possibility of a resulting trust's

contestée du fait qu'une autre disposition du régime (à la p. 110) prévoyait qu'[TRADUCTION] «aucune modification ou cessation du régime ou d'une partie de celui-ci ne doit permettre qu'une partie du fonds en fiducie soit retournée à la compagnie ou récupérable par cette dernière, ou qu'elle soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants . . .». Cette décision peut peut-être s'expliquer par le fait que les employés n'étaient pas des parties devant le tribunal et ne cotisaient pas au régime qui était financé uniquement par l'employeur.

Dans la plupart des cas, l'existence d'une disposition interdisant la réversion sera la preuve de l'intention de se départir de façon permanente des biens en fiducie et elle empêchera l'application de la fiducie par déduction. L'acte de fiducie en cause dans l'arrêt *C.A.W., Local 458 c. White Farm Manufacturing Canada Ltd.*, précité, contenait la disposition suivante, à la p. 538:

[TRADUCTION] Aucune partie du capital ou du revenu de la caisse ne doit être retournée à la compagnie, ni être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés et anciens employés participant au régime, si ce n'est en conformité avec les dispositions du régime ou du présent acte de fiducie.

Je souscris à la conclusion du juge Montgomery, à la p. 540, que ces dispositions [TRADUCTION] «réfutent efficacement les arguments des intimés voulant que le surplus soit assujéti au principe de la fiducie par déduction». L'employeur avait absolument et irrévocablement renoncé à son droit à tout surplus qui pourrait être accumulé à la cessation de la caisse de retraite, en dépit des cotisations qu'il y avait versées.

Les exigences du droit fiscal sont telles qu'un traitement fiscal préférentiel ne sera accordé qu'aux régimes de retraite enregistrés. Initialement subordonné à la preuve manifeste que la cotisation de l'employeur serait irrévocable, l'enregistrement requiert aujourd'hui que le régime prévoie qu'à la cessation du régime on remette à l'employeur toute somme restante qui excède le montant maximal des prestations des employés, prévu par la loi. Par conséquent, les dispositions de la plupart des régimes de retraite enregistrés écarteront normale-

1994 CanLII 104 (SCC)

arising. That is not to say that the resulting trust will never have a place in the context of pension funds. Yet the practical reality is that the factual circumstances which could trigger the operation of a resulting trust will rarely occur in pension surplus cases.

The relevant documents in this case are such that it is not necessary to examine all of the difficult issues which can arise in relation to resulting trusts. Nonetheless, when a resulting trust arises in respect of a contributory plan, I would be inclined to prefer the view of Nitikman J. in *Martin & Robertson Administration Ltd. v. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249, to that of Scott J. in *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563 (Ch.D.). Nitikman J. held that where employers and employees are (by virtue of their contributions) settlors of the trust, surplus funds remaining on termination can revert on a resulting trust to both employers and employees in proportion to their respective contributions. Scott J., on the other hand, held that employees cannot benefit from a resulting trust since, by the mere act of contributing to the fund, they manifest an intention to part irrevocably with their money.

I do not think that any general rule can be laid down as to the intentions of employees contributing to a pension trust. Where the circumstances of a particular case do not indicate any particular intention to part outright with money contributed to a pension fund, equity and fairness would seem to require that all parties who contributed to the fund should be entitled to recoup a proportionate share of any surplus subject to a resulting trust. However, this issue should be left to be resolved when it arises.

In most pension trust cases the resulting trust will never arise. This may be because the objects

ment elles-mêmes la possibilité qu'une fiducie par déduction prenne naissance. Cela ne revient pas à dire que la fiducie par déduction n'aura jamais sa place dans le contexte des caisses de retraite. Mais en pratique, les faits qui pourraient déclencher l'application d'une fiducie par déduction surviendront rarement dans les cas de surplus de caisse de retraite.

Les documents pertinents en l'espèce sont tels qu'il n'est pas nécessaire d'examiner toutes les questions épineuses qui peuvent se poser relativement aux fiducies par déduction. Néanmoins, lorsque la question de la fiducie par déduction se pose relativement à un régime contributif, je serais porté à préférer le point de vue du juge Nitikman dans l'arrêt *Martin & Robertson Administration Ltd. v. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249, à celui du juge Scott dans l'affaire *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563 (Ch.D.). Le juge Nitikman a statué que, lorsque l'employeur et les employés sont (en vertu de leurs cotisations) les constituants de la fiducie, les sommes excédentaires accumulées à la cessation du régime peuvent, en vertu d'une fiducie par déduction, revenir à l'employeur et aux employés proportionnellement à leurs cotisations respectives. Par contre, le juge Scott a décidé que les employés ne sauraient bénéficier d'une fiducie par déduction parce que, du simple fait qu'ils cotisent à la caisse, ils manifestent l'intention de se départir irrévocablement de leur argent.

Je ne crois pas qu'il soit possible d'énoncer une règle générale quant aux intentions des employés qui cotisent à une fiducie de retraite. Lorsque les circonstances d'une affaire ne révèlent l'existence d'aucune intention particulière de se départir complètement de l'argent versé dans une caisse de retraite, toutes les parties qui ont cotisé à la caisse devraient, pour des motifs d'équité et de justice, avoir droit à une part proportionnelle de tout surplus sous réserve d'une fiducie par déduction. Toutefois, cette question devrait être tranchée lorsqu'elle se posera.

Dans la plupart des affaires mettant en cause une fiducie de régime de retraite, la question de la fidu-

of the trust can never be said to be fully satisfied so long as funds which could benefit the employees remain in the pension trust, or because the settlor has manifested a clear intention to part out-right with its contributions. The operation of the resulting trust may also be precluded by the presence of specific provisions dealing with the disposition of surplus on plan termination.

B. Contribution Holiday

Two issues arise in respect of the contribution holiday. The first is whether or not, in the calculation of an employer's required annual contribution to a pension plan, consideration of actuarial surplus in an ongoing pension fund is permitted by law. The second is whether a consideration of that surplus is permitted or prohibited under the terms of a specific plan.

Both parties to the appeals accept that, subject to the plan provisions, the application of an existing surplus to contribution obligations was at all relevant times permitted by Alberta law. This proposition seems incontrovertible in light of the provisions of the *Employment Pension Plans Act* and *Pension Benefits Act* referred to earlier. It also accords with the provisions of Information Circular No. 72-13R7, *supra*. Therefore the provisions of the plan must determine the issue.

Before turning to the Air Products plan, it may be helpful to review the cases which have dealt with contribution holidays. The Ontario Court of Appeal held in *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620, that Ontario Hydro could not take a contribution holiday when its employee pension plan was in surplus. The pension plan for Hydro employees was unusual in that it was established pursuant to a statute which enacted the employer's obligation to contribute. Section 20(4) of the *Power Corpora-*

cie par déduction ne se posera jamais. Cela peut être dû au fait qu'on ne peut jamais dire que les objets de la fiducie sont pleinement atteints tant que les fonds dont pourraient bénéficier les employés demeurent dans la caisse de retraite en fiducie, ou au fait que le constituant a exprimé clairement l'intention de se départir complètement de ses cotisations. L'application de la fiducie par déduction peut aussi être écartée par l'existence de dispositions précises concernant l'aliénation du surplus lors de la cessation du régime.

B. Période d'exonération de cotisations

Deux questions se posent à l'égard de la période d'exonération de cotisations. La première est de savoir si, dans le calcul de la cotisation annuelle obligatoire de l'employeur à un régime de retraite, la loi permet de tenir compte du surplus actuariel accumulé dans une caisse de retraite existante. La seconde est de savoir s'il est permis ou interdit de tenir compte de ce surplus en vertu d'un régime donné.

Les deux parties aux pourvois conviennent que, sous réserve des dispositions du régime, l'affectation d'un surplus existant à des cotisations obligatoires était en tout temps pertinent permise par la loi albertaine. Cette proposition semble irréfutable compte tenu des dispositions de l'*Employment Pension Plans Act* et de la *Pension Benefits Act* mentionnées précédemment. Elle est également compatible avec les dispositions de la circulaire d'information n° 72-13R7, *op. cit.* Par conséquent, la question doit être résolue en fonction des dispositions du régime.

Avant d'étudier le régime d'Air Products, il peut se révéler utile de revoir la jurisprudence en matière de période d'exonération de cotisations. Dans l'arrêt *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'Hydro Ontario ne pouvait s'accorder une période d'exonération de cotisations au moment où le régime de retraite de ses employés accusait un surplus. Le régime de retraite des employés d'Hydro était inusité du fait qu'il avait été établi conformément à une loi qui

1994 CanLII 104 (CC)

tion Act, R.S.O. 1980, c. 384 (as cited by Robins J.A. at p. 623), provided:

20. . . .

(4) The Corporation *shall* contribute towards the cost of the benefits mentioned in subsection (1) *the amount of the difference between the amount of the contributions of the employees and the amount of the cost of the benefits as determined by actuarial valuations.* [Emphasis of Robins J.A.]

Robins J.A. held that this clause was unequivocal and required Hydro to contribute each year the difference between the cost of the benefits for that year as determined by an actuary and the contributions of the employees. The existence of an ongoing fund surplus was irrelevant to this obligation. Robins J.A. explicitly added at p. 630 that s. 20(4) should not be treated:

. . . as tantamount to stating that “the corporation shall make contributions to the plan on such basis as may be determined by the actuary from time to time” or “the corporation shall contribute to the plan an amount determined by an actuary in accordance with generally accepted actuarial principles”. While clauses of that kind may not be uncommon, particularly in private pension plans, the statutory provisions regulating this plan and under which it operates are not to that effect. Under the formula mandated by the Act, an actuarial valuation is required only for the purpose of ascertaining the cost of the benefits. The actuary is not empowered to set the over-all level of corporation contributions on such basis as he may determine, notwithstanding that his determination may be by reference to generally accepted actuarial principles.

Subsequent cases have limited the application of *Ontario Hydro*. In *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641, the Ontario Court of Appeal considered a plan (at p. 644) which required that “[e]ach Contributing Member Hospital shall make contributions to the Plan on a basis determined by the Actuary from time to time”. Carthy J.A. held that this provision allowed the employers to take a contribution holiday. He distinguished *Ontario Hydro* in this way, at p. 651:

obligeait l’employeur à cotiser. Le paragraphe 20(4) de la *Power Corporation Act*, R.S.O. 1980, ch. 384 (cité par le juge Robins, à la p. 623), prévoyait ceci:

[TRADUCTION] 20. . . .

(4) La Société *assume*, à titre de cotisation au coût des prestations prévues au paragraphe (1), *la différence entre la somme des cotisations des employés et le coût de ces prestations, déterminé par voie d’évaluation actuarielle.* [Italiques du juge Robins.]

Le juge Robins a conclu que cette disposition était non équivoque et obligeait Hydro à cotiser chaque année la différence entre le coût des prestations pour l’année, déterminé par un actuaire, et les cotisations des employés. La présence d’un surplus de caisse existant était sans rapport avec cette obligation. Le juge Robins ajoute expressément, à la p. 630, que le par. 20(4) ne devrait pas être considéré:

[TRADUCTION] . . . comme signifiant que «la société doit verser dans le régime les cotisations que l’actuaire peut fixer à l’occasion» ou que «la société doit cotiser au régime une somme déterminée par un actuaire conformément aux principes actuariels généralement reconnus». Si de telles dispositions ne sont pas inhabituelles, particulièrement dans les régimes de retraite privés, les dispositions législatives qui régissent ce régime et en vertu desquelles il s’applique ne vont pas dans ce sens. Selon la formule prescrite par la Loi, l’évaluation actuarielle n’est requise que pour déterminer le coût des prestations. L’actuaire n’est pas habilité à fixer le montant global des cotisations de la société selon l’assiette qu’il détermine, bien qu’il puisse prendre sa décision en se référant aux principes actuariels généralement reconnus.

Des affaires subséquentes ont restreint l’application de l’arrêt *Ontario Hydro*. Dans l’arrêt *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641, la Cour d’appel de l’Ontario étudie, à la p. 644, un régime qui exigeait que [TRADUCTION] «[c]haque hôpital participant cotise au régime, selon l’assiette déterminée par un actuaire». Le juge Carthy a conclu que cette disposition permettait aux employeurs de s’accorder une période d’exonération de cotisations. Il a établi la distinction suivante d’avec l’arrêt *Ontario Hydro*, à la p. 651:

To repeat for clarity, the *ratio* I take from the *Ontario Hydro* case is that, if a specific calculated contribution is mandated by statute or by the plan itself, it is an indirect use of trust funds to apply surplus to meet that obligation. The intended *ratio* of the present case is that, where the specific method of calculation is not mandated, it is inoffensive and in accordance with statutory authorization and normal actuarial practice to consider a surplus as one factor in the calculation of the contribution.

A contribution holiday was also permitted in *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139 (Gen. Div.). The relevant plan provision there (at p. 144) provided that “[t]he University shall pay into the Fund each year the amount required to fund fully the current service cost of the Plan, as determined by the Actuary, after allowing for the Members’ required contributions”. Haley J. considered that the words “as determined by the Actuary” modified the phrase “the amount required to fund fully the current service cost of the Plan”, and therefore held that the provision enabled the University to use the actuarial surplus to offset current contributions.

Most recently, the Ontario Divisional Court applied *Ontario Hydro* and held that the specific contribution requirements contained in its pension plan prohibited Trent University from taking a holiday from its contributions to its employee pension plan (*Trent University Faculty Assn. v. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451).

Finally, I note that the taking of a contribution holiday was contemplated by the court in *Reevie*, *supra*, even though in that case employees were held to be entitled to the fund surplus upon termination. The thought was expressed in this manner at pp. 600-601:

[TRADUCTION] Par souci de clarté, je réitère le raisonnement qui, à mon avis, sous-tend l’arrêt *Ontario Hydro* et qui veut que, si la loi ou le régime lui-même prescrit une cotisation déterminée, l’usage d’un surplus pour s’acquitter de cette obligation constitue une utilisation indirecte des fonds en fiducie. Le raisonnement qu’on a voulu suivre en l’espèce veut que, lorsqu’aucune méthode précise de calcul n’est prescrite, considérer un surplus comme un facteur dont il faut tenir compte dans le calcul de la cotisation ne porte pas à conséquence et est conforme à l’autorisation d’origine législative et à la pratique actuarielle normale.

Dans l’affaire *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139 (Div. gén.), on a également autorisé une période d’exonération de cotisations. La disposition pertinente du régime dans cette affaire (à la p. 144) prévoyait que [TRADUCTION] «[l]’Université verse annuellement dans la caisse la somme nécessaire pour financer entièrement le coût des services courants du régime, déterminé par l’actuaire, après avoir tenu compte des cotisations obligatoires des participants». Le juge Haley estimait que les mots «déterminé par l’actuaire» atténuaient la phrase «la somme nécessaire pour financer entièrement le coût des services courants du régime» et il a donc conclu que la disposition permettait à l’Université d’utiliser le surplus actuariel pour compenser ses cotisations courantes.

Tout récemment, la Cour divisionnaire de l’Ontario a appliqué l’arrêt *Ontario Hydro* et conclu que les exigences expresses en matière de cotisation prévues dans le régime de retraite de l’Université Trent interdisaient à celle-ci de s’accorder une période d’exonération de cotisation au régime de retraite de ses employés (*Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451).

Enfin, je remarque que, dans l’affaire *Reevie*, précitée, la cour a envisagé la possibilité de s’accorder une période d’exonération de cotisations, même si, dans cette affaire, on a conclu que les employés avaient droit au surplus de caisse à la cessation. L’opinion est ainsi exprimée, aux pp. 600 et 601:

While the plan continues to operate, a surplus will simply afford a cushion against years during which the fund performs poorly, or, it may lead to the reduction of future contributions. If the plan is discontinued, other considerations will arise.

All of these cases are perfectly consistent with one another. Together they demonstrate only that whether or not a contribution holiday is permissible must be decided on the basis of the applicable plan provisions. I can see no objection in principle to employers' taking contribution holidays when they are permitted to do so by the terms of the pension plan. When permission is not explicitly given in the plan, it may be implied from the wording of the employer's contribution obligation. Any provision which places the responsibility for the calculation of the amount needed to fund promised benefits in the hands of an actuary should be taken to incorporate accepted actuarial practice as to how that calculation will be made. That practice currently includes the application of calculated surplus funds to the determination of overall current service cost. It is a practice that is in keeping with the nature of a defined benefits plan, and one which is encouraged by the tax authorities.

An employer's right to take a contribution holiday can also be excluded by the terms of the pension plan or the trust created under it. An explicit prohibition against applying an existing fund surplus to the calculation of the current service cost, or other provisions which in effect convert the nature of the plan from a defined benefit to a defined contribution plan, will preclude the contribution holiday. For example, the presence of a specific formula for calculating the contribution obligation, such as those considered in the *Ontario Hydro* and *Trent University* cases, prevents employers from taking a contribution holiday. However, whenever the contribution requirement simply refers to actuarial calculations, the presumption will normally be that it also authorizes the use of standard actuarial practices.

[TRADUCTION] Pendant l'existence du régime, le surplus offre simplement une protection pour les années pendant lesquelles la caisse connaîtra un mauvais rendement, ou il peut entraîner la réduction des cotisations futures. S'il est mis fin au régime, d'autres considérations jouent.

Toutes ces affaires sont parfaitement compatibles les unes avec les autres. Ensemble, elles démontrent seulement que la question de savoir si la période d'exonération de cotisations est permise doit être résolue en fonction des dispositions applicables du régime. 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 ce calcul. Cette pratique comprend actuellement l'utilisation des sommes excédentaires calculées pour déterminer le coût global des services courants. C'est une pratique conforme à la nature d'un régime à prestations déterminées, que les autorités en matière d'impôt encouragent.

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 renvoie simplement à des calculs actuariels, on présumera ordinairement qu'elle autorise également le recours aux pratiques actuarielles normales.

The former Catalytic employees successfully argued before the chambers judge that to permit a contribution holiday is to permit an encroachment upon the trust fund of which they are the beneficiaries. I do not agree. As noted earlier, the trust property usually consists of all the monies contributed to the pension fund. To permit a contribution holiday does not reduce the corpus of the fund nor does it amount to applying the monies contained in it to something other than the exclusive benefit of the employees. The entitlement of the trust beneficiaries is not affected by a contribution holiday. That entitlement is to receive the defined benefits provided in the pension plan from the trust and, depending upon the terms of the trust to receive a share of any surplus remaining upon termination of the plan.

Once funds are contributed to the pension plan they are "accrued benefits" of the employees. However, the benefits are of two distinct types. Employees are first entitled to the defined benefits provided under the plan. This is an amount fixed according to a formula. The other benefit to which the employees may be entitled is the surplus remaining upon termination. This amount is never certain during the continuation of the plan. Rather, the surplus exists only on paper. It results from actuarial calculations and is a function of the assumptions used by the actuary. Employees can claim no entitlement to surplus in an ongoing plan because it is not definite. The right to any surplus is crystallized only when the surplus becomes ascertainable upon termination of the plan. Therefore, the taking of a contribution holiday represents neither an encroachment upon the trust nor a reduction of accrued benefits.

Similar reasoning explains why I cannot accept the proposition that an employer entitled to take a contribution holiday must also be entitled to recover surplus on termination.

While a plan which takes the form of a trust is in operation, the surplus is an actuarial surplus.

Les anciens employés de Catalytic ont soutenu avec succès devant le juge en chambre qu'autoriser une période d'exonération de cotisations revient à permettre un empiétement sur le fonds en fiducie dont ils sont bénéficiaires. Je ne suis pas d'accord. Comme je l'ai mentionné précédemment, les biens en fiducie se composent habituellement de toutes les sommes versées dans la caisse de retraite. Permettre une période d'exonération de cotisations ne réduit pas le capital de la caisse et ne revient pas à utiliser les sommes qu'elle contient à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés. 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.

Une fois que des sommes sont versées dans le régime de retraite, elles constituent des «prestations acquises» des employés. Toutefois, les prestations sont de deux ordres différents. Les employés ont d'abord droit aux prestations déterminées que prévoit le régime. Il s'agit d'une somme établie selon une formule. L'autre prestation à laquelle les employés peuvent avoir droit est le surplus accumulé à la cessation. Cette somme n'est jamais certaine pendant l'existence du régime. Au contraire, le surplus n'existe que théoriquement. Il résulte de calculs actuariels et dépend des hypothèses utilisées par l'actuaire. Les employés ne peuvent revendiquer aucun droit au surplus d'un régime existant puisqu'il n'est pas définitif. Le droit à tout surplus n'est cristallisé que lorsque celui-ci devient vérifiable à la cessation du régime. Par conséquent, le fait de s'accorder une période d'exonération de cotisations ne représente ni un empiétement sur la fiducie, ni une réduction des prestations acquises.

Un raisonnement semblable explique pourquoi je ne puis accepter la proposition voulant que l'employeur qui a le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations ait aussi le droit de récupérer tout surplus à la cessation du régime.

Pendant l'existence d'un régime sous forme de fiducie, le surplus est un surplus actuariel. Ni l'em-

Neither the employer nor the employees have a specific interest in this amount, since it only exists on paper, although the employee beneficiaries have an equitable interest in the total assets of the fund while it is in existence. When the plan is terminated, the actuarial surplus becomes an actual surplus and vests in the employee beneficiaries. The distinction between actual and actuarial surplus means that there is no inconsistency between the entitlement of the employer to contribution holidays and the disentitlement of the employer to recovery of the surplus on termination. The former relies on actuarial surplus, the latter on actual surplus.

C. Summary

In the absence of provincial legislation providing otherwise, the courts must determine competing claims to pension surplus by a careful analysis of the pension plan and the funding structures created under it. The first step is to determine whether the pension fund is impressed with a trust. This is a determination which must be made according to ordinary principles of trust law. A trust will exist whenever there has been an express or implied declaration of trust and an alienation of trust property to a trustee to be held for specified beneficiaries.

If the pension fund, or any part of it, is not subject to a trust, then any issues relating to outstanding pension benefits or to surplus entitlement must be resolved by applying the principles which pertain to the interpretation of contracts to the pension plan.

If, however, the fund is impressed with a trust, different considerations apply. The trust is not a trust for a purpose, but a classic trust. It is governed by equity, and, to the extent that applicable equitable principles conflict with plan provisions, equity must prevail. The trust will in most cases extend to an ongoing or actual surplus as well as to that part of the pension fund needed to provide employee benefits. However, an employer may

ployeur 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.

C. Résumé

En l'absence d'une loi provinciale contraire, les tribunaux doivent se prononcer sur des revendications opposées du droit à un surplus de caisse de retraite en effectuant une analyse minutieuse du régime de retraite et des structures de financement créées en application de ce régime. La première étape consiste à déterminer si la caisse de retraite est assujettie à une fiducie. C'est une décision qui doit être prise conformément aux principes ordinaires du droit des fiducies. Il existera une fiducie dans tous les cas où il y a eu déclaration de fiducie expresse ou implicite et où des biens en fiducie ont été confiés à un fiduciaire qui les détient pour des bénéficiaires donnés.

Si la totalité ou une partie de la caisse de retraite n'est pas assujettie à une fiducie, il faut alors résoudre toutes les questions relatives aux prestations de retraite dues ou au droit à un surplus en appliquant au régime de retraite les principes d'interprétation des contrats.

Si, toutefois, la caisse est assujettie à une fiducie, différentes considérations entrent en jeu. Il s'agit non pas d'une fiducie à une fin, mais d'une fiducie classique. Elle 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. La fiducie s'étendra, dans la plupart des cas, au surplus existant ou réel de même qu'à la partie de la caisse de retraite qui est

explicitly limit the operation of the trust so that it does not apply to surplus.

The employer, as a settlor of the trust, may reserve a power to revoke the trust. In order to be effective, that power must be clearly reserved at the time the trust is created. A power to revoke the trust or any part of it cannot be implied from a general unlimited power of amendment.

Funds remaining in a pension trust following termination and payment of all defined benefits may be subject to a resulting trust. Before a resulting trust can arise, it must be clear that all of the objectives of the trust have been fully satisfied. Even when this is the case, the employer cannot claim the benefit of a resulting trust when the terms of the plan demonstrate an intention to part outright with all money contributed to the pension fund. In contributory plans, it is not only the employer's but also the employees' intentions which must be considered. Both are settlors of the trust. Both are entitled to benefit from a reversion of trust property.

An employer's right to take a contribution holiday must also be determined on a case-by-case basis. The right to take a contribution holiday can be excluded either explicitly or implicitly in circumstances where a plan mandates a formula for calculating employer contributions which removes actuarial discretion. Contribution holidays may also be permitted by the terms of the plan. When the plan is silent on the issue, the right to take a contribution holiday is not objectionable so long as actuaries continue to accept the application of existing surplus to current service costs as standard practice. These principles apply whether or not the pension fund is subject to a trust. Because no money is withdrawn from the fund by the employer, the taking of a contribution holiday represents neither an encroachment upon the trust nor a reduction of accrued benefits. These general con-

nécessaire pour verser les prestations aux employés. Cependant, un employeur peut explicitement limiter l'application de la fiducie de façon à ce qu'elle ne s'applique pas à un surplus.

L'employeur peut, en tant que constituant de la fiducie, se réserver le pouvoir de révoquer la fiducie. Pour être valide, ce pouvoir doit être clairement réservé au moment où la fiducie est créée. Le pouvoir de révoquer une fiducie ou une partie de celle-ci ne saurait s'inférer d'un pouvoir de modification général et illimité.

Les sommes qui restent dans une caisse de retraite en fiducie à la cessation du régime et après le paiement de toutes les prestations déterminées peuvent faire l'objet d'une fiducie par déduction. Pour qu'une fiducie par déduction naisse, il doit être clair que tous les objets de la fiducie ont été pleinement atteints. Même alors, l'employeur ne peut se prévaloir d'une fiducie par déduction lorsque les modalités du régime démontrent l'intention de se départir complètement de tout l'argent versé dans la caisse de retraite. Dans les régimes contributifs, ce ne sont pas uniquement les intentions de l'employeur qui comptent, mais également celles des employés. Ils sont, dans les deux cas, les constituants de la fiducie. De même, ils ont tous le droit de bénéficier d'un retour des biens en fiducie.

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. Ces principes s'appliquent peu importe que la caisse de retraite soit ou non assujettie à une fiducie. Aucune somme n'étant retirée de la caisse par l'employeur, la

siderations are, of course, subject to applicable legislation.

Let us see how these principles should be applied to the agreements presented in this case.

VI. Application to the Facts

A. Surplus Entitlement

1. The Catalytic Plan

The plan provided under Article V that all contributions would be paid to a trustee to be held and administered in accordance with a trust agreement which formed part of the plan. The plan also contained the following definitions in Section II:

12. "Trust Agreement" means the agreement entered into between the Company and the Trustee establishing the Trust Fund;
13. "Trustee" means the Canada Trust Company, or such other successor trust company, if any, as the Board may appoint;
14. "Trust Fund" means the pension fund established pursuant to the Trust Agreement and to which contributions are made after January 1, 1959, by the Company and by contributing members and from which pensions and other benefits under this Plan are to be paid.

A trust agreement was executed between the company and Canada Trust, which contained the following:

AND WHEREAS under the PLAN contributions will be made to the Trustee which when received by the Trustee shall constitute a Pension Trust Fund (hereinafter called the "FUND") to be held and administered for the benefit of such persons or their estates as may from time to time be designated in or pursuant to the PLAN;

période d'exonération de cotisations ne constitue pas un empiétement sur la fiducie ni une réduction des prestations acquises. Ces considérations générales sont évidemment sujettes à la loi applicable.

a

Voyons comment ces principes devraient être appliqués aux ententes intervenues dans la présente affaire.

b

VI. Application aux faits

A. Droit au surplus

c

1. Le régime de Catalytic

Le régime prévoyait à l'article V que toutes les cotisations seraient versées à un fiduciaire qui les détiendrait et les gérerait conformément à l'acte de fiducie faisant partie du régime. Celui-ci énonçait également les définitions suivantes à l'article II:

[TRADUCTION]

e

12. «acte de fiducie» L'entente conclue entre la compagnie et le fiduciaire, qui crée le fonds en fiducie.

f

13. «fiduciaire» La Société Canada Trust, ou toute autre société de fiducie subséquente, le cas échéant, que le conseil peut nommer.

g

14. «fonds en fiducie» La caisse de retraite établie conformément à l'acte de fiducie, dans laquelle des cotisations sont versées après le 1^{er} janvier 1959 par la compagnie et les cotisants, et sur laquelle les prestations de retraite et autres prestations prévues au régime sont versées.

h

La compagnie et Canada Trust ont signé un acte de fiducie prévoyant ce qui suit:

i

[TRADUCTION] ET ATTENDU QU'aux termes du RÉGIME les cotisations versées au fiduciaire constitueront la caisse de retraite en fiducie (ci-après la «CAISSE»), détenue et gérée pour le bénéfice des personnes, ou de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME ou conformément à celui-ci;

j

ARTICLE I

ESTABLISHMENT OF TRUST

1. This Agreement is hereby made a part of the PLAN.

2. The Company may pay or cause to be paid from time to time to the Trustee upon the trusts of this Agreement money or property acceptable to the Trustee for the purpose of the PLAN, all of which together with the earnings, profit and increments thereon and property from time to time substituted therefore shall constitute the FUND hereby created and established. [Emphasis added.]

These provisions establish that a trust was created in 1959. The plan and the agreement constitute a clear declaration of an intention to create a trust. The subject matter of the trust is defined as all contributions made by the company and by employees together with all the earnings of those contributions; the beneficiaries are defined in the Trust Agreement by reference back to the Plan. This is a classic trust established for the benefit of a defined group of persons.

As Moore C.J. noted, there is no evidence that this trust was ever terminated. I agree with that finding. It must then be assumed that the trust continues to exist. This conclusion is strengthened by the definition of "Trustee" in the original plan, which accepts that Canada Trust might not always be in charge of the fund. Thus it can be seen that the parties contemplated that the trust would continue if a different trustee was named. It follows that the trust was not terminated when, in 1974, the company transferred control of its pension fund to Confederation Life Insurance Company pursuant to the terms of an investment contract which is not included in the evidence. Further, the fact that the 1978 version of the Catalytic plan removed all reference to a trust could not have the effect of terminating the trust. Nor could any of the provisions of the 1984 investment contract entered into by Stearns Catalytic and Confederation Life have that effect.

What then is the effect of this trust? The preamble to the Trust Agreement, the underlined portion of Article I.2 of that agreement, and the definition of "Trust Fund" contained in the 1959 Plan, taken

ARTICLE I

CONSTITUTION D'UNE FIDUCIE

1. Le présent acte fait partie du RÉGIME.

2. La compagnie peut, à l'occasion, verser ou faire verser au fiduciaire, à valoir sur les fiducies créées par le présent acte, des sommes d'argent ou des biens que le fiduciaire juge acceptables pour les fins du RÉGIME et qui, avec les gains, les profits, les accroissements et les biens y substitués à l'occasion, constituent la CAISSE créée et établie par les présentes. [Je souligne.]

Ces dispositions démontrent qu'une fiducie a été créée en 1959. Le régime et l'acte reflètent clairement l'intention de créer une fiducie dont les biens y assujettis sont définis comme étant toutes les cotisations versées par la compagnie et les employés, ainsi que les gains qui en découlent; les bénéficiaires sont désignés dans l'acte de fiducie par renvoi au régime. Il s'agit d'une fiducie classique établie pour le bénéfice d'un groupe donné.

J'estime, à l'instar du juge en chef Moore, qu'il n'y a aucune preuve qu'on a mis fin à cette fiducie. Il faut donc présumer qu'elle continue d'exister. Cette conclusion est renforcée par la définition de «fiduciaire» énoncée dans le régime initial, qui reconnaît qu'il se pourrait que Canada Trust n'ait pas toujours la responsabilité de la caisse. On peut donc constater que les parties avaient prévu que la fiducie subsisterait si un fiduciaire différent était nommé. Il s'ensuit que la fiducie n'a pas cessé d'exister lorsqu'en 1974 la compagnie a cédé le contrôle de sa caisse de retraite à La Confédération conformément aux modalités d'un contrat de placement non soumis en preuve. En outre, le fait que la version de 1978 du régime de Catalytic ait supprimé tout renvoi à une fiducie ne pouvait avoir pour effet d'éteindre celle-ci. Les dispositions du contrat de placement de 1984 conclu entre Stearns Catalytic et La Confédération ne pouvaient pas non plus avoir cet effet.

Quel est donc l'effet de cette fiducie? Lus conjointement, le préambule de l'acte de fiducie, la partie soulignée de l'article I.2 de cet acte et la définition de [TRADUCTION] «fonds en fiducie»

together, make it clear that the trust fund was comprised of all contributions made by both the company and the employees, together with any earnings of those monies. The fact that the 1959 plan was a defined contribution plan under which no surplus could arise does not affect this definition of the trust fund. These provisions in themselves refute the company's argument that only that portion of the fund necessary to cover the benefits defined in the plan was subject to the trust.

All monies in the Catalytic pension fund were impressed with a trust. It follows that the company could only claim the surplus remaining on termination by virtue of a resulting trust, or according to the terms of the trust itself. No resulting trust arises in this case. In my opinion, the purposes of the trust were not fully satisfied by the payment of all defined benefits. One of the objects of the trust was to use any money contained in the fund for the benefit of the employees.

This objective can be implied from the "exclusive benefit" and "non-diversion" clauses contained in the original trust agreement. Furthermore, Section XI of the plan provided that all contributions on behalf of employees who left the company prior to the vesting of their rights as members should be forfeited to the fund and "allocated among the Company Accounts of the remaining Members at that date".

Section XV of the plan governed an employee's pension entitlement. It reads:

SECTION XV AMOUNT OF PENSION

When a Member retires, the proceeds of his Member's Account, if any, and of his Company Account . . . shall be used in their entirety to purchase for the Member an

contenue dans le régime de 1959 indiquent clairement que le fonds en fiducie se composait de toutes les cotisations versées par la compagnie et par les employés, de même que des gains en découlant. Le fait que le régime de 1959 ait été un régime à cotisations déterminées, en vertu duquel aucun surplus ne pouvait être accumulé, ne change rien à la définition du fonds en fiducie. En elles-mêmes, ces dispositions réfutent l'argument de la compagnie suivant lequel seule la partie de la caisse nécessaire pour verser les prestations déterminées par le régime était assujettie à la fiducie.

Tout l'argent versé dans la caisse de retraite de Catalytic était assujetti à une fiducie. La compagnie ne pouvait donc revendiquer le surplus accumulé à la cessation qu'en vertu d'une fiducie par déduction ou conformément aux modalités de la fiducie elle-même. Aucune fiducie par déduction n'existe dans la présente affaire. À mon avis, les objets de la fiducie n'ont pas été pleinement réalisés par le paiement de toutes les prestations déterminées. L'un d'eux consistait en effet à utiliser toute somme contenue dans la caisse pour le bénéfice des employés.

On peut déduire l'existence de cet objet des dispositions relatives au «bénéfice exclusif» et à l'«interdiction d'utiliser à d'autres fins», contenues dans l'acte de fiducie initial. De plus, l'article XI du régime prévoyait que toutes les cotisations versées pour le compte des employés qui avaient quitté la compagnie avant l'acquisition de leurs droits à titre de participants devaient être abandonnées dans la caisse et [TRADUCTION] «réparties entre les comptes de la compagnie établis au nom des participants qui rester[aient] à cette date».

L'article XV du régime régissait le droit d'un employé aux prestations de retraite. Il était ainsi rédigé:

[TRADUCTION]

ARTICLE XV PRESTATIONS DE RETRAITE

Lorsqu'un participant prend sa retraite, le produit de son compte, le cas échéant, et du compte de la compagnie établi en son nom [. . .] est entièrement consacré à

Annuity from an insurance company [Emphasis added.]

These clauses demonstrate that all money in the fund was to be used for the benefit of employees. Even though originally the plan was one of "defined contribution", the entitlement of each employee was never limited to the contributions made on his behalf. Collectively, the entitlement of all eligible employees was to all monies contained in the fund, whether the money resulted from contributions made on their behalf or "windfall" funds resulting from the withdrawal of employees from the plan prior to the vesting of their rights.

These provisions, specifically incorporated by reference into the 1959 Trust Agreement, clearly indicate that one of the objectives of the trust was to divide all monies in the fund among eligible members. The corollary to this is that the trust objects are not exhausted so long as some money remains in the fund and some eligible employees can be found. Therefore, a resulting trust cannot arise in this case.

Air Products is only entitled to the surplus, if at all, under the terms of the trust. In this case both the trust agreement and all versions of the plan make some provision for what was to occur on termination of the plan. The question is which of the different provisions dealing with termination governed in 1988? The answer depends upon the validity of the amendments purportedly made by the employer since 1959.

Section XXII of the 1959 plan provided:

3. In the event of termination of the Plan, the Company cannot recover any sums paid to the date thereof and each Member of the Plan shall receive the proceeds of his Member's Account and his Company Account as of the date of such termination. . . .

This section was reproduced in nearly identical form in the 1966 plan. The issue of entitlement to surplus was not specifically addressed until the

l'achat, auprès d'une compagnie d'assurances, d'une rente pour le compte du participant . . . [Je souligne.]

Ces dispositions démontrent que tout l'argent de la caisse devait être utilisé pour le bénéfice des employés. Bien qu'à l'origine le régime ait été un régime à «cotisations déterminées», le droit de chaque employé n'a jamais été limité aux cotisations versées pour son compte. Collectivement, le droit de tous les employés admissibles portait sur tout l'argent contenu dans la caisse, peu importe que cet argent provienne de cotisations versées pour leur compte ou de fonds accumulés fortuitement grâce au retrait d'employés du régime avant l'acquisition de leurs droits.

Ces dispositions, expressément insérées par renvoi dans l'acte de fiducie de 1959, démontrent clairement que l'un des objets de la fiducie était de répartir tout l'argent de la caisse entre les participants admissibles. Il s'ensuit que les objets de la fiducie ne sont pas épuisés tant qu'il reste de l'argent dans la caisse et que des employés y ont droit. Il ne peut donc y avoir de fiducie par déduction en l'espèce.

Air Products n'a droit au surplus, si tant est que ce soit le cas, qu'aux termes de la fiducie. Dans la présente affaire, l'acte de fiducie et toutes les versions du régime pouvoient à ce qui doit se produire à la cessation du régime. La question est de savoir laquelle des différentes dispositions portant sur la cessation s'appliquait en 1988. La réponse dépend de la validité des modifications qui auraient été apportées par l'employeur depuis 1959.

L'article XXII du régime de 1959 prévoyait ceci:

[TRADUCTION]

3. En cas de cessation du régime, la compagnie ne peut recouvrer les sommes versées jusqu'à cette date et chaque participant reçoit le produit qui, à la date de la cessation, se trouve dans son compte et dans celui de la compagnie établi en son nom . . .

Cet article a été repris presque intégralement dans le régime de 1966. La question du droit au surplus n'a été abordée expressément qu'au

plan was amended again in 1978. Section 17.05 of the 1978 plan provided that any surplus remaining on termination was to be distributed according to the directions of the company. The 1983 Air Products Plan contained the same stipulation (renumbered to become Section 18.05), and added an additional clause imposing a maximum level of benefits recoverable by an employee and stating that any surplus remaining once that maximum level had been reached was to revert to the company.

The validity of these amended provisions depends upon the original 1959 documents. Section XXII.2 of the pension plan prohibited any amendment which would operate to reduce the benefits which had accrued to the employees prior to the date of the amendment. The Trust Agreement contained the following provision:

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

1. Subject as herein and in the PLAN provided, the Company reserves the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the PLAN (including this Agreement) provided . . . that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the FUND to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the PLAN as amended from time to time. . . .

The company therefore reserved a general amending power subject to the provisos that no amendments could reduce accrued benefits or allow the trust fund to be used in any way other than for the employees' exclusive benefit. The company did not expressly reserve for itself the power to revoke the trust. Such a power cannot be implied under the broad general amendment power.

I cannot accept that when the Catalytic Plan became a defined benefit plan in 1966, the parties did not intend Article V of the Trust Agreement to

moment où le régime a été modifié de nouveau en 1978. L'article 17.05 du régime de 1978 prévoyait que tout surplus accumulé à la cessation devait être distribué conformément aux directives de la compagnie. Le régime de 1983 d'Air Products contenait la même disposition (devenue l'art. 18.05) et ajoutait une disposition supplémentaire imposant un plafond aux prestations recouvrables par un employé et prévoyant la remise à la compagnie de tout surplus accumulé une fois ce plafond atteint.

La validité de ces dispositions modifiées dépend des documents initiaux de 1959. L'article XXII.2 du régime de retraite interdisait toute modification ayant pour effet de réduire les prestations acquises par les employés avant la date de la modification. L'acte de fiducie contenait la disposition suivante:

[TRADUCTION]

ARTICLE V

MODIFICATION ET CESSATION

1. Sous réserve du présent acte et du RÉGIME, la compagnie se réserve le droit de modifier à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du RÉGIME (dont le présent acte), à condition [. . .] que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la CAISSE soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME tel que modifié à l'occasion, ou conformément à celui-ci . . .

La compagnie s'est donc réservé un pouvoir général de modifier, à la condition qu'aucune modification ne puisse réduire les prestations acquises ou permettre que le fonds en fiducie soit utilisé à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés. La compagnie ne s'est pas expressément réservé le pouvoir de révoquer la fiducie. Un tel pouvoir ne saurait s'inférer du pouvoir général de modifier.

Je ne puis accepter qu'au moment où le régime de Catalytic est devenu un régime à prestations déterminées en 1966, les parties n'ont pas voulu

apply to any surplus which might arise. Although the Trust Agreement was not altered, several provisions contained in the 1959 plan were modified in the 1966 version of the plan. The nature of the modifications indicates that the parties considered the effect of changing to a defined benefit plan and made the necessary amendments to the 1966 plan. In these circumstances, the parties must be taken to have intended that the unaltered provisions of the plan and the Trust Agreement should continue to apply to the new arrangement. Article V therefore continued to apply to all monies in the pension fund after 1966.

In the result, the 1978 amendment purporting to give the company the power to distribute surplus to itself, as well as the reversion clause of the 1983 plan, are invalid. Both represent attempts to revoke partially a trust in favour of the employees which was established in 1959. Neither is within the scope of the control which the company reserved to itself at that time.

I agree with the Chambers Judge and the Court of Appeal that, by virtue of a continuing trust in their favour, the employees are entitled to those surplus funds which are derived from the Catalytic plans.

B. *Contribution Holiday*

The relevant plan provisions which govern the taking of a contribution holiday are those contained in the 1983 Air Products Plan. As the employees point out, the Chambers Judge, when considering this issue, mistakenly quoted the contribution provisions from the 1977 Stearns plan. The Stearns plan expressly reserved to the company the right to pay its contributions from surplus. It is therefore necessary to consider whether the actual provisions of the 1983 plan would affect the result he reached.

que l'article V de l'acte de fiducie s'applique à tout surplus qui pourrait être accumulé. Même si l'acte de fiducie n'était pas changé, plusieurs dispositions du régime de 1959 ont été modifiées dans la version de 1966 du régime. La nature des modifications indique que les parties ont considéré l'effet de la conversion en un régime à prestations déterminées et apporté les modifications nécessaires au régime de 1966. Dans ces circonstances, on doit considérer que les parties ont voulu que les dispositions non modifiées du régime et de l'acte de fiducie continuent de s'appliquer à la nouvelle entente. En conséquence, l'article V a continué de s'appliquer à toutes les sommes contenues dans la caisse de retraite après 1966.

En définitive, la modification de 1978 qui avait pour effet de conférer à la compagnie le pouvoir de s'approprier le surplus, de même que la disposition en matière de réversion dans le régime de 1983, sont invalides. Elles représentent toutes les deux une tentative de révoquer partiellement une fiducie établie en 1959 en faveur des employés. Le contrôle que s'est réservé la compagnie à cette époque ne comprend ni l'une ni l'autre.

Je conviens avec le juge en chambre et la Cour d'appel qu'en vertu d'une fiducie existante en leur faveur, les employés ont droit aux sommes excédentaires qui découlent des régimes de Catalytic.

B. *Période d'exonération de cotisations*

Les dispositions pertinentes qui régissent les périodes d'exonération de cotisations sont contenues dans le régime de 1983 d'Air Products. Comme les employés le soulignent, lorsqu'il a examiné la question, le juge en chambre a cité par erreur les dispositions en matière de cotisation du régime de 1977 de Stearns. Le régime de Stearns réservait expressément à la compagnie le droit de se servir d'un surplus pour verser ses cotisations. Il faut donc se demander si les dispositions véritables du régime de 1983 changeraient le résultat auquel il est arrivé.

Section 4.03 of the Air Products plan (which is identical to s. 4.03 of the 1978 Catalytic plan) provides that:

4.03 Company Contributions

The Company shall contribute from time to time, but not less frequently than annually, such amounts as are not less than those certified by the Actuary as necessary to provide the retirement benefits accruing to Members during the current year pursuant to the Plan and to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued, in accordance with the requirements of the Pension Benefits Act, after taking into account the assets of the Pension Fund and all other relevant factors.

The employees submit that this section, like the contribution clause in the *Ontario Hydro* case, provides a fixed formula according to which the annual contribution obligation must be calculated. On this approach, the standard actuarial practice of applying surplus to current service funding obligations is excluded. Instead, Section 4.03 requires the company to contribute an amount equal to not less than the sum of:

- (i) the amount necessary to provide the retirement benefits accruing to members during the current year, and
- (ii) the amount required to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued, in accordance with the requirements of the *Pension Benefits Act*, after taking into account the assets of the Pension Fund and all other relevant factors.

Where no amount is required under (ii), the employees submit that the Company's minimum annual contribution is the amount determined under (i).

In my view, the words "after taking into account the assets of the Pension Fund and all other relevant factors" must qualify all of the preceding phrase beginning with "as necessary. . .". Such an interpretation is consistent with the natural gram-

L'article 4.03 du régime d'Air Products (identique à l'art. 4.03 du régime de 1978 de Catalytic) prévoit ceci:

a [TRADUCTION] 4.03 Cotisations de la compagnie

La compagnie cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite 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 *Pension Benefits Act*.

Les employés soutiennent que cet article, à l'instar de la disposition en matière de cotisation dans l'affaire *Ontario Hydro*, établit une formule déterminée selon laquelle la cotisation annuelle obligatoire doit être calculée. Selon ce point de vue, la pratique actuarielle normale qui consiste à affecter le surplus aux obligations de financement des services courants est écartée. L'article 4.03 exige plutôt que la compagnie cotise un montant au moins égal à la somme:

- (i) du montant nécessaire pour verser les prestations de retraite acquises par les participants durant l'année en cours, et
- (ii) du montant requis 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 conditions de la *Pension Benefits Act*, compte tenu de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent.

Les employés font valoir que, lorsqu'aucun montant n'est requis aux termes du sous-al. (ii), la cotisation annuelle minimale de la compagnie est le montant déterminé en vertu du sous-al. (i).

À mon avis, les mots «après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent» doivent atténuer toute la phrase suivante qui commence par «nécessaire . . .». Une telle interprétation est compatible avec l'interpréta-

matical construction of Section 4.03. The absence of a comma between the phrases "to provide the retirement benefits accruing to Members during the current year pursuant to the Plan" and "to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency" supports this position. Further, to agree to the interpretation suggested by the employees would be to accept that the company either overlooked or decided not to take advantage of the chance to take into account a surplus in the ongoing plan in determining its contributions. This seems to me unlikely since elsewhere in the amended provisions specific reference is made to a potential surplus on termination. There is as well the Revenue Canada circular which requires employers to take contribution holidays when the actuarial surplus exceeds certain levels. It is more likely that in 1983 the company simply assumed that the wording of Section 4.03 permitted the consideration of an actuarial surplus in the calculation of the current service cost.

The Air Products Plan, like those considered in *Askin and Maurer, supra*, is not one which specifically mandates regular contribution on a specified basis which would leave an actuary no discretion to employ the standard actuarial practice of considering existing surplus. The wording of the plan itself implicitly authorizes an actuary to consider an actuarial surplus when calculating the company's annual funding obligation.

As a result, I am of the opinion that the plan did allow the company to take contribution holidays. The appeal should be allowed in respect of the order made by the courts below requiring Air Products to pay \$1,465,400 (which represents the actuarial surplus applied to the current service costs in the years when the company made no contributions) into the plan.

tion grammaticale normale de l'art. 4.03. Ce point de vue est étayé par l'absence d'une virgule entre les phrases «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». En outre, souscrire à l'interprétation proposée par les employés reviendrait à accepter que la compagnie a soit ignoré la possibilité de tenir compte du surplus dans le régime existant pour calculer ses cotisations, soit décidé de ne pas en profiter. Cela me semble invraisemblable puisque, ailleurs dans les dispositions modifiées, on mentionne explicitement la possibilité d'un surplus lors de la cessation. Il y a aussi la circulaire de Revenu Canada qui oblige les employeurs à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations lorsque le surplus actuariel excède certains niveaux. Il est plus probable qu'en 1983 la compagnie a simplement présumé que le texte de l'art. 4.03 lui permettait de tenir compte d'un surplus actuariel pour calculer le coût des services courants.

Le régime d'Air Products, à l'instar de ceux examinés dans les affaires *Askin et Maurer*, précitées, ne prescrit pas explicitement une cotisation régulière selon une assiette précise, qui ne laisserait à l'actuaire aucun pouvoir discrétionnaire de recourir à la pratique actuarielle normale qui consiste à tenir compte d'un surplus existant. Le texte du régime lui-même autorise implicitement l'actuaire à tenir compte d'un surplus actuariel pour calculer la cotisation annuelle obligatoire de la compagnie.

En conséquence, je suis d'avis que le régime autorisait effectivement la compagnie à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations. Le pourvoi devrait être accueilli à l'égard de l'ordonnance des tribunaux d'instance inférieure enjoignant à Air Products de verser dans le régime la somme de 1 465 400 \$ (qui représente le surplus actuariel affecté aux coûts des services courants pendant les années où la compagnie n'a versé aucune cotisation).

1994 CanLII 104 (SCC)

2. The Stearns Plan

The Stearns employees also claim entitlement to the surplus remaining in the pension fund. They argue that the original Stearns fund was subject to a trust in their favour. Even if no trust existed, the employees say that the company is obligated by the provisions of a 1972 employee pension brochure and by the existence of a fiduciary duty to exercise its discretion to distribute the surplus in favour of the employees.

The 1970 Stearns plan differs in two significant ways from the original Catalytic plan. Firstly the Stearns plan makes no reference to the existence of a trust; secondly, it specifically contemplates the reversion of surplus assets to the company in these words:

ARTICLE XIV

Amendment or Termination of the Plan

14.1 ...

c) ...

Notwithstanding any surplus remaining after all benefits referred to in this Sub-section 14.1 (c) have been provided, such surplus may, subject to the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions at the time, be returned to the Company or may be used for the benefit of Participants, former Participants, beneficiaries or estates in such equitable manner as the Company may in its discretion determine.

This provision remained in the 1977 version of the Stearns plan and was then replaced in 1983 by Section 18.05 of the Air Products plan which, as observed earlier, provided for the automatic reversion of surplus to the company. The employees seek to establish the existence of a trust in order to make the further argument that the 1983 amendment to the plan was invalid as an unauthorized partial revocation of the trust.

2. Le régime de Stearns

Les employés de Stearns prétendent également avoir droit au surplus accumulé dans la caisse de retraite. Ils soutiennent que la caisse initiale de Stearns était assujettie à une fiducie en leur faveur. Même en l'absence d'une fiducie, affirment-ils, la compagnie est tenue de distribuer le surplus aux employés en vertu des dispositions de la brochure de 1972 concernant le régime de retraite des employés et de son obligation fiduciaire d'exercer son pouvoir discrétionnaire.

Le régime de 1970 de Stearns diffère sur deux points importants du régime initial de Catalytic. Premièrement, le régime de Stearns ne mentionne pas l'existence d'une fiducie et, deuxièmement, il envisage explicitement le retour de l'actif excédentaire à la compagnie dans les termes suivants:

[TRADUCTION]

ARTICLE XIV

Modification et cessation du régime

14.1 ...

c) ...

Sous réserve de l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite de l'époque, le surplus qui reste après que toutes les prestations visées au présent alinéa 14.1 c) sont versées peut être remis à la compagnie ou être utilisé au profit des participants, anciens participants, leurs ayants droit ou succession, de la manière juste que la compagnie peut à sa discrétion déterminer.

Cette disposition a été maintenue dans la version de 1977 du régime de Stearns pour ensuite être remplacée en 1983 par l'art. 18.05 du régime d'Air Products qui, comme je l'ai déjà fait remarquer, prévoyait le retour automatique de tout surplus à la compagnie. Les employés cherchent à établir l'existence d'une fiducie pour faire valoir également que la modification apportée au régime en 1983 était invalide parce qu'elle constituait une révocation partielle non autorisée de la fiducie.

(a) *Was the Stearns Fund Impressed with a Trust?*

Neither the 1970 nor the 1977 Stearns plans make any reference to a trust nor provide for the creation of a trust agreement. The plan was funded by means of a Group Annuity Policy entered into between the company and the Mutual Life Assurance Group. The employees contend that the terms of the pension plan clearly implied a trust onto this fund. In particular, the employees rely upon the following provisions of the plan:

13.2 No part of the Fund shall be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of Participants and their beneficiaries. . . .

14.1 . . .

b) No amendment shall have the effect of diverting any part of the Fund to purposes other than for the exclusive benefit of the Participants . . .

This plan, together with the 1972 Brochure and the 1977 Stearns plan, are said to constitute the trust documents.

It is true that the alleged subject matter of the trust, the pension fund, was defined under the two Stearns plans, and that the employees were identified as those entitled to receive the fund monies. Furthermore, the exclusive benefit and non-diversion clauses relied upon by the employees above are consistent with the existence of a trust. Nonetheless, I am not convinced that a trust was ever created. Certain phrases, such as the exclusive benefit and non-diversion clauses identified above, are commonly found in plans which do create pension trusts. They may point to the existence of a trust but of themselves they cannot be taken as demonstrating an intention by the employer to create a trust.

The company identifies several other clauses which it claims are equally consistent with the non-existence of trust, and clearly identify the plan as a contract to receive defined benefits. These individual clauses are of little assistance in deter-

a) *La caisse de Stearns était-elle assujettie à une fiducie?*

Ni le régime de 1970 de Stearns ni celui de 1977 ne parlent d'une fiducie ou ne prévoient la création d'une fiducie. Le régime était financé à l'aide d'un contrat de rente collective que la compagnie avait conclu avec la Mutuelle. Les employés soutiennent que les modalités du régime de retraite impliquent clairement que cette caisse est assujettie à une fiducie. En particulier, les employés invoquent les dispositions suivantes du régime:

[TRADUCTION]

13.2 Aucune partie de la caisse ne doit être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants et de leurs ayants droit. . . .

14.1 . . .

b) Aucune modification ne doit avoir pour effet d'utiliser une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants . . .

On dit de ce régime, de la brochure de 1972 et du régime de 1977 de Stearns, qu'ils constituent les documents de fiducie.

Il est vrai que le bien en fiducie allégué, soit la caisse de retraite, a été précisé dans les deux régimes de Stearns et que les employés étaient décrits comme ceux qui avaient droit à l'argent de la caisse. En outre, les dispositions relatives au bénéfice exclusif et à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins, invoquées par les employés ci-dessus, sont compatibles avec l'existence d'une fiducie. Je ne suis toutefois pas convaincu qu'une fiducie n'ait jamais été créée. Certaines dispositions, comme celles décrites plus haut relativement au bénéfice exclusif et à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins, sont courantes dans les régimes qui créent des fiducies de régime de retraite. Elles peuvent indiquer l'existence d'une fiducie, mais elles ne peuvent être considérées comme démontrant en soi l'intention de l'employeur de créer une fiducie.

La compagnie énumère plusieurs autres dispositions qui, soutient-elle, sont également compatibles avec l'inexistence d'une fiducie et décrivent nettement le régime comme un contrat de réception de prestations déterminées. Ces dispositions indivi-

mining whether a trust came into existence. Rather, all of the documents relied upon by the employees must be construed in their entirety in order to see whether an intention to create a trust can be imputed to the company. I do not see any such intention apparent on the face of these documents.

Unlike the Catalytic plan, the Stearns plan makes no mention of any trust, trust fund or trustee. The Stearns fund was not created pursuant to a trust agreement but pursuant to a contract. This is so even though by 1970 the use of the trust in the creation of private employer pension plans had become a well-established practice. The absence of any reference to a trust in these circumstances indicates that there was a deliberate decision to avoid the use of a trust. Any argument that the employer merely "omitted" to state explicitly its intention to create a trust is difficult to accept.

At the time of the 1970 plan, the employer tax benefits to be gained from the creation of a "trusted" pension fund were equally available to employers who preferred to purchase a group insurance policy.

Finally, the employees contend that three documents — the 1970 and the 1977 plans and the 1972 employee brochure — made up the trust deed. On this approach, it would seem that the employer's intention to create a trust was not perfected until seven years after the creation of the fund. There was no significant change in circumstances between 1970 and 1977 which warrants a finding that a trust which did not exist at the inception of the plan suddenly came into existence in 1977.

I do not think that the Stearns pension fund was ever subject to a trust.

(b) *The Pension Brochure*

The Stearns employees relied upon the effect of a pension brochure which was distributed to

duelles ne sont guère utiles pour déterminer si une fiducie a pris naissance. Il faut plutôt interpréter intégralement les documents invoqués par les employés afin de voir si l'intention de créer une fiducie peut être attribuée à la compagnie. Je ne vois aucune intention de la sorte à la lecture de ces documents.

Contrairement au régime de Catalytic, celui de Stearns ne mentionne aucune fiducie, aucun fonds en fiducie ni aucun fiduciaire. La caisse de Stearns a été créée non pas conformément à un acte de fiducie, mais conformément à un contrat. Il en est ainsi même si, en 1970, l'utilisation de la fiducie pour créer des régimes privés de retraite pour employeurs était devenue une pratique bien établie. L'absence de toute mention d'une fiducie dans les présentes circonstances indique qu'on avait pris délibérément la décision de ne pas recourir à une fiducie. Tout argument voulant que l'employeur ait simplement «omis» d'exprimer explicitement son intention de créer une fiducie est difficilement acceptable.

À l'époque du régime de 1970, les avantages fiscaux que les employeurs pouvaient tirer de la création d'une caisse de retraite en fiducie étaient également offerts aux employeurs qui préféraient souscrire une police d'assurance collective.

Enfin, les employés soutiennent que les trois documents, savoir les régimes de 1970 et de 1977 et la brochure de 1972 destinée aux employés, constituaient l'acte de fiducie. Sur ce point, il semblerait que l'employeur n'a véritablement eu l'intention de créer une fiducie que sept ans après la création de la caisse. Entre 1970 et 1977, il n'y a eu aucun changement majeur de circonstances qui permettrait de conclure qu'une fiducie qui n'existait pas lors de la création du régime a soudainement pris naissance en 1977.

Je suis d'avis que la caisse de retraite de Stearns n'a jamais été assujettie à une fiducie.

(b) *La brochure concernant le régime de retraite*

Les employés de Stearns ont invoqué l'effet d'une brochure concernant le régime de retraite qui

employees in 1972. They urged us to accept that clauses contained in that document must be taken to have fixed the employer with an equitable obligation to distribute any surplus remaining on termination to the employees.

The brochure is entitled "Stearns-Roger Canada Ltd. — Employee Benefits". In his supplementary affidavit, Gunter Schmidt stated that he received the brochure, which is dated June 1, 1972, when he joined the company in 1973. It consists of eight pages of text in which the operation of the pension plan is explained in some detail. The brochure contains the following relevant provisions:

Future of the Plan

It is the intention of the Company that the plan will continue indefinitely but of necessity they reserve the right to amend, modify or terminate the plan at any time. . . . In the event there is a surplus in the fund after all benefits have been paid it is the Company's intention that the surplus will be distributed in an equitable manner to the employees active in the plan at the date of termination.

General

This outline has been prepared to acquaint you with the provisions of your plan. Please read it carefully.

The precise terms of the plan are contained in the official plan text and Insurance company contract which may be read by any employee on request at the Calgary Office of the Company.

The company reserves the right to revise or discontinue any of the benefit plans at any time.

The above are transcripts from the various insurance policies and contracts. If more detailed information is desired our insurance group will be pleased to answer questions.

The employees assert that this brochure formed a binding part of the pension plan documents and that the statement contained in it to the effect that

a été distribuée aux employés en 1972. Ils nous pressent de considérer que les dispositions contenues dans ce document ont imposé à l'employeur une obligation d'*equity* de distribuer aux employés tout surplus accumulé à la cessation du régime.

La brochure est intitulée [TRADUCTION] «Stearns-Roger Canada Ltd. — Prestations des employés». Dans son affidavit supplémentaire, Gunter Schmidt a affirmé avoir reçu la brochure datée du 1^{er} juin 1972 au moment où il a joint les rangs de la compagnie en 1973. Dans ce document de huit pages, on explique de façon assez détaillée le fonctionnement du régime de retraite. La brochure contient les dispositions pertinentes suivantes:

[TRADUCTION] Avenir du régime

La compagnie souhaite que le régime subsiste indéfiniment, mais elle se réserve forcément le droit de modifier ou de mettre fin au régime à tout moment. [. . .] Si la caisse accuse un surplus une fois versées toutes les prestations, la compagnie souhaite que ce surplus soit distribué équitablement aux employés qui cotisent au régime à la date de la cessation.

Généralités

Le présent exposé vise à vous familiariser avec les dispositions de votre régime. Lisez-le donc soigneusement.

Les modalités précises du régime sont énoncées dans le texte officiel du régime et dans le contrat de la compagnie d'assurance qui peut être consulté par tout employé qui en fait la demande auprès du bureau de la compagnie à Calgary.

La compagnie se réserve le droit de revoir ou d'interrompre tout régime de prestations à tout moment.

Ce qui précède représente les transcriptions de différents contrats et polices d'assurance. Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec notre groupe chargé de l'assurance.

Les employés font valoir que cette brochure formait une partie obligatoire des documents du régime de retraite et que la déclaration qu'on y

the company intends to pay any remaining surplus to the employees estops the company from now claiming the surplus for itself.

Documents not normally considered to have legal effect may nonetheless form part of the legal matrix within which the rights of employers and employees participating in a pension plan must be determined. Whether they do so will depend upon the wording of the documents, the circumstances in which they were produced, and the effect which they had on the parties, particularly the employees.

Foisy J. explained why courts will in specified circumstances bind an employer to the terms of a pension brochure in *Harris v. Robert Simpson Co.*, [1985] 1 W.W.R. 319, at p. 327:

If it were otherwise then an employer could provide the employee with a brochure claiming to represent the significant and material terms in the company's pension plan. Yet the "true" plan could vary significantly from this representation without the employee's knowledge. In such a case it cannot be said that the "true" agreement prevails, as to do so would leave the door open to mischief.

In other words it would be unfair or unacceptable if an employer were to attract and retain employees by making representations as to the pension benefits available upon which the employees could be expected to rely and then resile from those representations as being contrary to the actual pension terms.

The 1972 brochure does not purport to have any contractual effect. It does, however, contain a detailed outline of an employee's entitlements under the plan, although it states that it is merely a "transcript" of the various policies and that the benefits can be amended by the company. The brochure is worded in a way that is declarative of the rights of individual employees under the plan. For example, the plan states "The Life Insurance is payable in the event of your death from any cause. . . . If you should become totally and perma-

trouvait, selon laquelle la compagnie avait l'intention de verser aux employés tout surplus accumulé, empêche la compagnie de réclamer aujourd'hui le surplus pour elle-même.

a

Les documents qui ne sont pas considérés normalement comme ayant un effet juridique peuvent néanmoins faire partie de la structure juridique dans laquelle les droits des employeurs et des employés cotisant à un régime de retraite doivent être déterminés. La question de savoir s'ils en font partie dépend du texte des documents, des circonstances dans lesquelles ils ont été rédigés et de l'incidence qu'ils ont eu sur les parties, particulièrement sur les employés.

b

c

Dans *Harris c. Robert Simpson Co.*, [1985] 1 W.W.R. 319, à la p. 327, le juge Foisy explique la raison pour laquelle les tribunaux obligeront, dans des circonstances précises, l'employeur à respecter les termes d'une brochure de régime de retraite:

e

[TRADUCTION] Dans le cas contraire, l'employeur pourrait remettre à l'employé une brochure censée représenter les modalités importantes et pertinentes du régime de retraite de la compagnie. Pourtant, le «véritable» régime pourrait différer sensiblement de cette représentation sans que l'employé le sache. Dans un tel cas, on ne saurait dire que l'entente «véritable» l'emporte puisqu'on ouvrirait ainsi la porte au méfait.

f

En d'autres termes, il serait injuste ou inacceptable qu'un employeur attire des employés et les retienne en faisant des représentations sur les prestations de retraite dont ils peuvent espérer bénéficier, pour ensuite se rétracter en disant que ces représentations sont contraires aux modalités réelles du régime de retraite.

h

La brochure de 1972 n'est pas censée avoir un effet contractuel. Elle contient toutefois un exposé détaillé des droits des employés dans le cadre du régime, quoiqu'on y affirme qu'il s'agit d'une simple «transcription» des diverses politiques et que les prestations peuvent être modifiées par la compagnie. La brochure prend la forme d'une déclaration des droits de chaque employé visé par le régime. Par exemple, le régime prévoit ceci: [TRADUCTION] «L'assurance-vie est payable à votre décès quelle qu'en soit la cause. [. . .] Si vous

i

j

nently disabled while insured and prior to age sixty your life insurance will remain in force as long as you remain so disabled but you must furnish proof of disability”

The only notable exception to this didactic style is contained in the clause concerning the future of the plan. The brochure there sets out the “intention” of the company. This is a declaration of intention as to a future act, but it does not in any way indicate that the company is undertaking an obligation to allocate surplus to the employees.

The brochure is potentially misleading. Yet there is no evidence as to the effect that this brochure had on the employees of the company. All that is known is that the brochure was distributed to the employees of the company in June, 1972, and that Mr. Schmidt received a copy in 1973 when he joined the company. There is no indication that Mr. Schmidt was induced to join the company on the basis of the terms of the brochure, or that he even read it. There is no evidence that either the employees or their union relied upon the brochure in such a way as to affect their position during collective bargaining sessions. This may be contrasted to the situation in *Re Collins and Pension Commission of Ontario*, *supra*, where the Ontario Divisional Court found, at p. 277, that a booklet describing the terms of the pension plan, together with the plan itself, led to a belief amongst plan members that the company had no right to claim any part of the fund.

Finally, I have some doubts as to the extent to which a brochure issued in 1972 can influence entitlement to plan surplus in 1988 particularly since it specifically states that the plan will be subject to amendment from time to time. As a brochure describing pension benefits becomes outdated, it becomes increasingly difficult for employees to rely upon it as the source of a supplementary obligation undertaken by the employer.

devenez frappé d'invalidité totale et permanente pendant que vous êtes assuré, mais avant d'avoir atteint soixante ans, votre assurance-vie demeure en vigueur pendant la durée de cette invalidité, mais vous devez fournir une preuve d'invalidité»

La seule exception remarquable à ce style didactique se trouve dans la disposition concernant l'avenir du régime. La brochure y expose l'«intention» de la compagnie. Il s'agit d'une déclaration d'intention quant à un acte futur, qui n'indique nullement que la compagnie s'engage à verser tout surplus aux employés.

La brochure est susceptible d'induire en erreur. Pourtant, il n'y a aucune preuve quant à l'effet que cette brochure a eu sur les employés de la compagnie. On sait seulement que la brochure a été distribuée aux employés de la compagnie en juin 1972 et que M. Schmidt en a reçu un exemplaire en 1973, lorsqu'il s'est joint à la compagnie. Rien n'indique que M. Schmidt a été incité à se joindre à la compagnie par cette brochure, ni qu'il l'ait même lue. Il n'y a aucune preuve que les employés ou leur syndicat se sont fiés à cette brochure au point de modifier leur position au cours des rondes de négociation collective. Cela peut se comparer à la situation dans l'affaire *Re Collins and Pension Commission of Ontario*, précitée, où la Cour divisionnaire de l'Ontario a conclu, à la p. 277, qu'une brochure décrivant les modalités du régime de retraite, jointe au régime lui-même, a amené les cotisants à croire que la compagnie n'avait pas le droit de réclamer quelque partie que ce soit de la caisse.

Enfin, j'ai des doutes quant à la mesure dans laquelle une brochure publiée en 1972 peut influencer sur le droit à un surplus de régime en 1988, étant donné particulièrement qu'elle précise que le régime fera, à l'occasion, l'objet de modifications. Au fur et à mesure qu'une brochure décrivant les prestations de retraite devient désuète, il devient de plus en plus difficile pour les employés de l'invoquer comme source d'une obligation supplémentaire de la part de l'employeur.

1994 CanLII 104 (SCC)

I agree with the Court of Appeal that the brochure provisions concerning the treatment of surplus did not, on the evidence adduced in this case, amount to a promise intended to affect the legal relationship between the parties. It cannot form the basis for an estoppel as there is no evidence of inducement or reliance upon it by the employees.

(c) *Interpretation of the Plan Provisions*

Since no trust was ever created under the Stearns plan and the 1972 brochure did not have any legal effect, the issue of entitlement to the plan surplus must be decided on the basis of an interpretation of the plan's provisions.

The position of the employees is that Section 18.05 of the Air Products Plan was an invalid amendment. Therefore, they argue that Article 14.1(c) of the 1970 plan (Article 14.3 of the 1977 plan) still applies, that that section gives the company a discretion as to whether distribute surplus to employees or to itself, and that the employer owes a fiduciary duty to the employees which compels it to exercise that distribution discretion in favour of the employees.

Moore C.J. did not explicitly deal with the validity of the 1983 amendment. He decided that, even under the 1977 version of the plan, the employer was entitled to take the surplus. The issue of fiduciary duty was not raised before him.

It may be helpful to begin by examining the 1983 amendment. Whether or not the surplus reversion clause contained in Section 18.05 of the Air Products plan is valid must be determined by reference to the amendment clause contained in both the 1970 and the 1977 plans:

14.1 The Company retains the right to amend or modify or terminate the Plan in whole or in part, at any time and from time to time, and in such manner

Je conviens avec la Cour d'appel que les dispositions de la brochure concernant le traitement du surplus n'équivalaient pas, compte tenu de la preuve produite en l'espèce, à une promesse destinée à modifier la relation juridique entre les parties. Elle ne saurait justifier une fin de non-recevoir puisqu'il n'y a aucune preuve que les employés ont été incités à s'y fier ou qu'ils s'y sont fiés.

c) *Interprétation des dispositions du régime*

Étant donné qu'aucune fiducie n'a été créée dans le cadre du régime de Stearns et que la brochure de 1972 n'a eu aucun effet juridique, la réponse à la question de savoir qui a droit au surplus du régime passe par l'interprétation des dispositions de ce régime.

Les employés soutiennent que l'art. 18.05 du régime d'Air Products était une modification invalide. Ils font donc valoir que l'al. 14.1(c) du régime de 1970 (l'art. 14.3 du régime de 1977) s'applique toujours, qu'il confère à la compagnie le pouvoir discrétionnaire de distribuer les surplus aux employés ou de se les approprier, et que l'employeur a envers les employés une obligation fiduciaire qui le force à exercer ce pouvoir discrétionnaire en faveur des employés.

Le juge en chef Moore n'a pas explicitement examiné la validité de la modification de 1983. Il a décidé que, même aux termes de la version de 1977 du régime, l'employeur avait le droit de s'approprier le surplus. La question de l'obligation fiduciaire n'a pas été soulevée devant lui.

Il peut être utile de commencer par examiner la modification de 1983. La question de savoir si la disposition relative au retour du surplus contenue à l'art. 18.05 du régime d'Air Products est valide doit être tranchée par renvoi à la disposition modificatrice contenue dans les régimes de 1970 et de 1977:

[TRADUCTION]

14.1 La compagnie se réserve le droit de modifier le régime ou d'y mettre fin en totalité ou en partie à sa discrétion, de la manière et dans la mesure

and to such extent as it may deem advisable, subject to the following provisions:

- a) No amendment shall have the effect of reducing any Participant's, former Participant's, joint annuitant's, beneficiary's, or estate's then existing interest in the Fund;
- b) No amendment shall have the effect of diverting any part of the Fund to purposes other than for the exclusive benefit of the Participants, former Participants, joint annuitants, beneficiaries, or estates;

In my opinion, the 1983 amendment of the pension plan was within the limits of this power of amendment. The amendment does not violate Article 14.1(a) because at the time it was enacted it did not reduce any "then existing" interest of the employees. Under the prior plans, the employees had no interest in the surplus remaining upon termination until such time as the company exercised its discretion to give them an interest. The removal of a mere potential interest in the funds was within the company's amending power.

Nor do I think that the amendment violated the limitation on the amending power contained in Article 14.1(b). I agree with Moore C.J. that this restriction on amendment was in the nature of a general protection of the benefits and rights of the plan participants and that it must be read in the light of other provisions dealing with specific rights including the treatment of surplus. He considered that two particular provisions in the 1977 plan overrode any conflict with the more general terms of the amendment power. I agree. This was also true of the corresponding provisions in the 1970 plan. The relevant 1970 clauses are that part of s. 14.1(c) which gives the employer a discretion as to the allocation of surplus, and:

13.2 No part of the Fund shall be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of Participants and their beneficiaries. No Participant, retired Participant, survivor or beneficiary under

qu'elle estime souhaitables, sous réserve de ce qui suit:

- a) Aucune modification ne doit avoir pour effet de réduire le droit alors existant que tout participant, ancien participant, rentier conjoint, ayant droit ou succession possède sur la caisse;
- b) Aucune modification ne doit avoir pour effet d'utiliser une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, anciens participants, rentiers conjoints, ayants droit ou succession;

À mon avis, la modification apportée en 1983 au régime de retraite était conforme à ce pouvoir de modification. Elle ne viole pas l'al. 14.1a) car, à l'époque où elle a été adoptée, elle n'a réduit aucun droit «alors existant» des employés. Selon les régimes antérieurs, les employés n'avaient aucun droit au surplus accumulé à la cessation du régime tant et aussi longtemps que la compagnie n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire de leur en conférer un. Le retrait d'un simple droit éventuel sur les sommes était conforme au pouvoir de modification de la compagnie.

Je ne crois pas non plus que la modification a violé la restriction imposée au pouvoir de modifier énoncé à l'al. 14.1b). Je suis d'accord avec le juge en chef Moore pour dire que cette restriction imposée au pouvoir de modification tenait d'une protection générale des prestations et des droits des participants au régime et qu'elle doit être interprétée à la lumière des autres dispositions qui portent sur des droits précis, dont le traitement du surplus. Il a considéré que deux dispositions particulières du régime de 1977 écartaient tout conflit avec les termes plus généraux du pouvoir de modifier. Je suis d'accord. Il en était de même des dispositions correspondantes du régime de 1970. Les dispositions pertinentes du régime de 1970 sont cette partie de l'al. 14.1c) qui confère à l'employeur un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition du surplus, et:

[TRADUCTION]

13.2 Aucune partie de la caisse ne doit être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants et de leurs ayants droit. Aucun participant, participant retraité, survivant ou ayant droit

the Plan, or any other person, shall have any interest in or right to any part of the earnings of the Fund, or any rights in or to or under such Fund or any part of the assets thereof, except and to the extent expressly provided in this Plan.

The amending power contained in Article 14.1(b) must therefore be read in light of the fact that the employee rights under the plan are limited by s. 13.2 (and indeed throughout the plan) to the benefits defined in the plan, as well as by the stipulation that the company has the right to distribute surplus as it chooses. The 1970 plan does not deal with the issue of whether the reversion of surplus to the company is inconsistent with the non-diversion and exclusive benefit clauses contained in Article 13.2. I do not think it is. The prohibition on diversion of funds and the exclusive benefit clause applied from the outset only in respect of the defined benefits to which the employees were contractually entitled. They did not apply to the distribution of a plan surplus. The revamped version of Article 13.2, which appeared as Article 13.4 in the 1977 plan, and upon which Moore C.J. based his conclusion, clarified this point but did not change the substance of the original provisions.

13.4 No part of the Fund shall be used for, or diverted to, purposes other than for the exclusive benefit of Participants, their designated Beneficiaries, or estates, except to the extent that surpluses, as certified by the Actuary, may be returned to the Company with the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions. . . . No Participant, retired Participant, survivor, or designated Beneficiary under this Plan, or any other person, shall have any interest in or right to any part of the Fund except and to the extent expressly provided in this Plan. [Emphasis added.]

Whether measured against the 1970 or the 1977 plan provisions, Section 18.05 of the Air Products Plan was a valid amendment. The company is entitled according to its terms to any surplus remaining in the pension fund which can be traced to the

aux termes du régime, ou toute autre personne, n'a de droit sur une partie des revenus de la caisse, ou sur cette caisse ou une partie de son actif, sauf dans la mesure expressément prévue dans le présent régime.

Le pouvoir de modification prévu à l'al. 14.1b) doit donc être interprété en fonction du fait que les droits des employés découlant du régime sont limités par l'art. 13.2 (et, en fait, dans tout le régime) aux prestations déterminées dans le régime, de même que par la disposition voulant que la compagnie ait le droit de répartir tout surplus à sa discrétion. Le régime de 1970 ne traite pas la question de savoir si le retour du surplus à la compagnie est incompatible avec les dispositions de l'art. 13.2 relatives à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins et au bénéfice exclusif. Je ne crois pas qu'elle le soit. L'interdiction d'utiliser les fonds à d'autres fins et la disposition relative au bénéfice exclusif se sont appliquées dès le début uniquement à l'égard des prestations déterminées auxquelles les employés avaient droit en vertu d'un contrat. Elles ne s'appliquaient pas à la répartition d'un surplus de régime. La nouvelle version de l'art. 13.2, qui figurait à l'art. 13.4 du régime de 1977 et sur laquelle le juge en chef Moore a fondé sa conclusion, clarifiait ce point, sans toutefois changer le fond des dispositions initiales.

[TRADUCTION]

13.4 Aucune partie de la caisse ne doit être utilisée, ou affectée à, d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, de leurs ayants droit désignés ou de leur succession, sauf dans la mesure où le surplus, comme le certifie l'actuaire, peut être remis à la compagnie avec l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite [...] Aucun participant, participant retraité, survivant, ou ayant droit désigné aux termes de ce régime, ou toute autre personne, n'a de droit sur une partie de la caisse sauf dans la mesure expressément prévue dans le présent régime. [Je souligne.]

Qu'il soit comparé aux dispositions du régime de 1970 ou à celles du régime de 1977, l'art. 18.05 du régime d'Air Products était une modification valide. La compagnie a le droit, en vertu de cet article, à tout surplus accumulé dans la caisse de

former Stearns plans. This is the conclusion which must be reached on an interpretation of the contract. The issue of a fiduciary duty does not arise.

retraite qui peut être attribué aux anciens régimes de Stearns. C'est la conclusion qu'il faut tirer de l'interprétation du contrat. La question d'une obligation fiduciaire ne se pose pas.

(d) *The Contribution Holiday*

For the reasons given on the appeal, Air Products was entitled to take a contribution holiday. The application of an actuarial surplus to current service funding obligations was permitted under the terms of the Air Products Plan, and did not have the effect of reducing any benefits which had accrued to the employees.

(d) *La période d'exonération de cotisations*

Pour les motifs exposés quant au pourvoi, Air Products avait le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations. L'utilisation d'un surplus actuariel pour s'acquitter d'obligations en matière de financement des services courants était permise par les termes du régime d'Air Products, et n'avait pas pour effet de réduire les prestations acquises des employés.

(e) *The Need for Legislation*

The results in these appeals demonstrate the need for legislation. In both appeals the pension fund was created to benefit the employees. During the contribution holiday enjoyed by the employer they continued to pay into the pension fund. They had a real stake in the fund which was created for their benefit and funded in part by their contributions. It seems unfair that there should be a different result for these two groups of employees based only upon a finding that a trust was created in one case but not in the other. In my opinion there should be a legislative scheme set up for determining the proportion of the surplus which should be awarded to the employer and the employees. It could be based at least in part upon their contributions to the creation of the surplus. Principles of equity and fairness should encourage legislators to draft a scheme to provide for the equitable distribution of any surplus in pension plans that are terminated.

(e) *La nécessité de légiférer*

Les résultats des présents pourvois démontrent la nécessité de légiférer. Dans les deux pourvois, la caisse de retraite a été créée pour le bénéfice des employés. Au cours de la période d'exonération de cotisations que s'est accordé l'employeur, ils ont continué à cotiser à la caisse de retraite. Ils avaient un réel intérêt dans la caisse créée pour leur bénéfice et financée en partie par leurs cotisations. Il semble injuste d'imposer un résultat différent à ces deux groupes d'employés pour le seul motif qu'il a été conclu qu'une fiducie a été créée dans un cas, et non dans l'autre. À mon avis, on devrait établir un régime législatif permettant de déterminer la proportion du surplus qui devrait être accordée à l'employeur et aux employés. Elle pourrait être fondée à tout le moins en partie sur leur contribution à la création du surplus. Les principes d'équité et de justice devraient encourager le législateur à concevoir un régime qui permette une répartition équitable de tout surplus de caisse de retraite auquel il est mis fin.

VII. Disposition

In the result, I would dispose of these appeals as follows:

VII. Dispositif

En définitive, je suis d'avis de statuer ainsi sur les présents pourvois:

The Appeal

1. The former Catalytic Employees are entitled to any surplus remaining in the pension fund which derives from former Cat-

Le pourvoi

1. Les anciens employés de Catalytic ont droit à tout surplus accumulé dans la caisse de retraite, qui provient des anciens

alytic plans. The appeal is dismissed on this ground and the order of the Court of Appeal varied accordingly.

2. Air Products was entitled under the terms of its pension plan to take a contribution holiday. The appeal is allowed on this ground.

The Cross-Appeal

1. Air Products is entitled to all surplus remaining in the pension fund which derives from the former Stearns plan.
2. Air Products was entitled to take a contribution holiday.

The cross-appeal is dismissed on both grounds. In light of the potentially misleading provisions contained in the brochure prepared and circulated by the employer, there should be no costs against the employees.

The costs of all parties on the appeal should be paid out of the Catalytic pension fund on a solicitor and client basis.

Similarly the costs of all parties on the cross-appeal should be paid out of the Stearns pension fund on a solicitor and client basis.

APPENDIX A

The following is an edited version of the Agreed Statement of Facts provided by the parties. The full text of the document is incorporated in the reasons of the Chief Justice of the Alberta Court of Queen's Bench.

I. HISTORY OF CATALYTIC PLANS

A. THE 1959 CATALYTIC PLAN

The 1959 Catalytic Plan was a money purchase plan which contained the following provisions:

régimes de Catalytic. Le pourvoi est rejeté quant à ce moyen et l'ordonnance de la Cour d'appel est modifiée en conséquence.

2. Air Products avait le droit, aux termes de son régime de retraite, de s'accorder une période d'exonération de cotisations. Le pourvoi est accueilli quant à ce moyen.

Le pourvoi incident

1. Air Products a droit à tout surplus de la caisse de retraite provenant de l'ancien régime de Stearns.
2. Air Products avait le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations.

Le pourvoi incident est rejeté quant aux deux moyens. En raison des dispositions susceptibles d'induire en erreur que contient la brochure préparée et distribuée par l'employeur, les employés ne devraient pas avoir à payer des dépens.

Les dépens de toutes les parties au pourvoi principal devraient être payés, comme entre avocat et client, sur la caisse de retraite de Catalytic.

De même, les dépens de toutes les parties au pourvoi incident devraient être payés, comme entre avocat et client, sur la caisse de retraite de Stearns.

ANNEXE A

Voici une version élaguée de l'exposé conjoint des faits fourni par les parties. Le texte intégral du document est annexé aux motifs du Juge en chef de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

[TRADUCTION]

I. HISTORIQUE DES RÉGIMES DE CATALYTIC

A. LE RÉGIME DE 1959 DE CATALYTIC

Le régime de 1959 de Catalytic était un régime à formule d'achat qui comportait les dispositions suivantes:

SECTION V TRUST FUND

All contributions made by the members and the Company will be paid to the Trustee to be administered subject to the provisions of the Act governing the investment of Pension funds, and in accordance with the terms of the Trust Agreement which forms part of this plan and of which this plan is Exhibit "A".

All benefits on the death or break of service of a Member shall be payable from the Trust Fund. All benefits on the retirement of a Member shall be payable as set forth in Section XV.

Expenses of the Trust Fund shall be paid out of the Fund unless paid by the Company.

SECTION VIII MEMBERS' ACCOUNTS

The Pension Committee shall keep for each Member of the Plan two accounts as follows:

1. Member's Account

Here will be kept a cumulative record of any contributions made by the Member and the interest income and capital gains and losses realized and unrealized allocated thereon in accordance with Section X.

2. The Company Account

Here will be kept a cumulative record of the amounts allocated to the Member as follows:

- (a) the Company's contribution allocated in accordance with Section IX.
- (b) The interest income and capital gains and losses realized and unrealized allocated in accordance with Section X.
- (c) The forfeitures allocated in accordance with Section XI.

SECTION XXII FUTURE OF THE PLAN

1. The Company hopes and expects to continue the Plan and the payment of contributions hereunder indefinitely but such continuance is not assumed as a contractual obligation. The Company expressly reserves the right, by action of its Board, to amend or terminate the Plan in whole or in part, if in the opinion of the Company future conditions warrant such action.

2. No amendment to the Plan shall operate to reduce the benefits which have accrued (*sic*) to the Members of the Plan prior to the date of amendment.

ARTICLE V CAISSE EN FIDUCIE

Toutes les cotisations versées par les participants et par la compagnie seront remises à un fiduciaire qui les gèrera compte tenu des dispositions de la Loi qui régit le placement des caisses de retraite et conformément à l'acte de fiducie qui fait partie du présent régime et dont ce dernier constitue la pièce «A».

Au décès ou à la cessation d'emploi d'un participant, toutes les prestations seront payables sur le fonds en fiducie. À la retraite d'un participant, toutes les prestations seront payables conformément à l'article XV.

Les frais relatifs à la caisse en fiducie seront payés sur la caisse, sauf s'ils le sont par la compagnie.

ARTICLE VIII LES COMPTES DES PARTICIPANTS

Le comité de retraite tient, à l'égard de chaque participant, deux comptes:

1. Compte du participant

Il s'agit du relevé cumulatif des cotisations versées par le participant et des revenus d'intérêt, gains et pertes en capital réalisés et non réalisés, qui leur sont attribués conformément à l'article X.

2. Compte de la compagnie

Il s'agit du relevé cumulatif des montants attribués au participant comme suit:

- a) la cotisation versée par la compagnie conformément à l'article IX;
- b) les revenus d'intérêt, gains et pertes en capital réalisés et non réalisés, attribués conformément à l'article X;
- c) les cotisations abandonnées qui sont réparties conformément à l'article XI.

ARTICLE XXII AVENIR DU RÉGIME

1. La compagnie souhaite et compte maintenir indéfiniment le régime et le paiement des cotisations ci-dessous, ce maintien ne constituant toutefois pas une obligation contractuelle. La compagnie se réserve expressément le droit, par l'entremise de son conseil, de modifier le régime ou d'y mettre fin en totalité ou en partie si, à son avis, des circonstances futures le justifient.

2. Aucune modification du régime n'a pour effet de réduire les prestations des participants qui ont été accumulées avant la date de la modification.

1994 CanLII 104 (SCC)

3. In the event of termination of the Plan, the Company cannot recover any sums paid to the date thereof and each Member of the Plan shall receive the proceeds of his Member's Account and his Company Account as of the date of such termination. No other employees will become eligible to become Members and no further contributions will be made by the Company.

3. En cas de cessation du régime, la compagnie ne peut recouvrer les sommes versées jusqu'à cette date et chaque participant reçoit le produit qui, à la date de la cessation, se trouve dans son compte et dans celui de la compagnie établi en son nom. Aucun autre employé ne pourra devenir participant et aucune autre cotisation ne sera versée par la compagnie.

B. TRUST AGREEMENT

As contemplated by the 1959 Catalytic Plan, Catalytic entered into an agreement dated September 8, 1959 (the "Trust Agreement") with Canada Trust Company whereby Canada Trust, as trustee, was to hold, invest and administer the fund. The Trust Agreement provided:

ARTICLE I

ESTABLISHMENT OF TRUST

1. This Agreement is hereby made a part of the PLAN.

2. The Company may pay or cause to be paid from time to time to the Trustee upon the trusts of this Agreement money or property acceptable to the Trustee for the purpose of the PLAN, all of which together with the earnings, profit and increments thereon and property from time to time substituted therefore shall constitute the FUND hereby created and established.

3. The Trustee hereby accepts the trusts herein set out and agrees to hold, invest, distribute and administer the FUND in accordance with the provisions of this Agreement.

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

1. Subject as herein and in the PLAN provided, the Company reserves the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the PLAN (including this Agreement) provided that no such amendment which affects the rights, duties, compensation, or responsibilities of the Trustee shall be made without its consent, and provided further that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the FUND to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the PLAN as amended from time

b B. ACTE DE FIDUCIE

Tel que prévu par le régime de 1959 de Catalytic, Catalytic a, le 8 septembre 1959, conclu avec la Société Canada Trust une entente (l'«acte de fiducie») en vertu de laquelle cette dernière devait, à titre de fiduciaire, détenir, investir et gérer la caisse. L'acte de fiducie prévoyait:

ARTICLE I

CONSTITUTION D'UNE FIDUCIE

1. Le présent acte fait partie du RÉGIME.

2. La compagnie peut, à l'occasion, verser ou faire verser au fiduciaire, à valoir sur les fiducies créées par le présent acte, des sommes d'argent ou des biens que le fiduciaire juge acceptables pour les fins du RÉGIME et qui, avec les gains, les profits, les accroissements et les biens y substitués à l'occasion, constituent la CAISSE créée et établie par les présentes.

3. Le fiduciaire accepte, par les présentes, les fiducies ici créées et convient de détenir, d'investir, de distribuer et de gérer la CAISSE conformément aux dispositions du présent acte.

ARTICLE V

MODIFICATION ET CESSATION

1. Sous réserve du présent acte et du RÉGIME, la compagnie se réserve le droit de modifier à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du RÉGIME (dont le présent acte), à condition qu'aucune modification de ce genre qui influe sur les droits, les obligations, la rétribution ou les responsabilités du fiduciaire ne soit effectuée sans son consentement, et à condition que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la CAISSE soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME tel que modifié à l'occasion, ou conformé-

to time, and for the payment of taxes or other assessments as provided in paragraph 2 of Article II hereof, and the expenses and compensation of the Trustee as provided in paragraph 4 of Article IV hereof.

2. This Agreement may be terminated at any time by the Company upon at least sixty (60) days' prior written notice to the Trustee, and with its termination, or upon the dissolution or liquidation of the Company, the FUND shall be paid out by the Trustee as directed by the Company.

C. THE 1966 CATALYTIC PLAN

The 1966 Catalytic Plan changed the benefit formula from a money purchase formula to a defined benefit formula. . . . [E]ffective October 1, 1966 the plan provided that:

. . . the Company shall not less frequently than annually make such contributions as are necessary to provide the benefits accruing to Members during the current year and to amortize any initial unfunded liability or experience deficiency in accordance with the provisions of The Pension Benefits Act of Ontario. (Section VI)

The provisions regarding the future of the plan remained unchanged from Section XXII of the 1959 Catalytic Plan.

The money purchase portion of the Catalytic 1959 and 1966 Plans was segregated and is administered separately from the funds generated in the defined benefit plans. No surplus was or could be generated from the money purchase portion of the 1959 and 1966 Catalytic Plans.

D. THE 1978 CATALYTIC PLAN

This plan was a defined benefit plan. . . . [It] provided . . . :

SECTION 2 — DEFINITIONS

2.12 "Funding Agency" means the trustees, trust company or insurance company that the Company may appoint to hold and invest the Pension Fund or the Pooled Pension Trust Fund or such successor trustees, trust company or insurance company as the Company may appoint from time to time to hold

ment à celui-ci, et aux fins du paiement des impôts ou autres cotisations prévus au paragraphe 2 de l'article II des présentes, ainsi que des frais et de la rétribution du fiduciaire, prévus au paragraphe 4 de l'article IV des présentes.

2. La Compagnie peut à tout moment mettre fin au présent acte sur préavis écrit de soixante (60) jours au fiduciaire, et, à sa cessation, ou encore à la dissolution ou à la liquidation de la compagnie, la CAISSE est distribuée par le fiduciaire suivant les directives de la compagnie.

C. LE RÉGIME DE 1966 DE CATALYTIC

Le régime de 1966 de Catalytic a converti la formule d'achat en une formule à prestations déterminées. . . . [À] compter du 1^{er} octobre 1966, le régime prévoyait que:

. . . la Compagnie cotise, au moins une fois par année, la somme nécessaire pour verser les prestations de retraite qui sont dues aux participants au cours de l'année en cours et pour pourvoir à l'amortissement de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel conformément aux dispositions de la Pension Benefits Act de l'Ontario. (article VI)

Les dispositions relatives à l'avenir du régime contenues à l'article XXII du régime de 1959 de Catalytic sont demeurées inchangées.

La partie des régimes de 1959 et de 1966 de Catalytic qui prévoyait la formule d'achat a été isolée et gérée séparément des sommes générées par les régimes à prestations déterminées. Aucun surplus ne résultait ou ne pouvait résulter de la partie des régimes de 1959 et de 1966 de Catalytic qui prévoyait la formule d'achat.

D. LE RÉGIME DE 1978 DE CATALYTIC

Il s'agissait d'un régime à prestations déterminées. . . . [Il] prévoyait . . . :

ARTICLE 2 — DÉFINITIONS

2.12 «Gestionnaire». Les fiduciaires, compagnies de fiducie ou compagnies d'assurances, ou leurs successeurs, que la compagnie peut désigner pour

and invest the Pension Fund or the Pooled Pension Trust Fund.

2.13 “Funding Agreement” means the agreement entered into between the Company and the Funding Agency establishing and maintaining the Pension Fund. ^a

2.18 “Pension Fund” means the fund established pursuant to the Funding Agreement to which contributions are made by the Members and Company and from which retirement and other benefits under the Plan are to be provided. ^b

SECTION 4 — CONTRIBUTIONS

4.03 The Company shall contribute from time to time, but not less frequently than annually, such amounts as are not less than those certified by the Actuary as necessary to provide the retirement benefits accruing to Members during the current year pursuant to the Plan and to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued, in accordance with the requirements of the Pension Benefits Act, after taking into account the assets of the Pension Fund and all other relevant factors. ^d

SECTION 17 — AMENDMENT TO OR TERMINATION OF THE PLAN

17.01 Continuation of Plan

The Company expects and intends to maintain this Plan in force indefinitely but necessarily reserves the right to amend or discontinue the Plan either in whole or in part, if, in the opinion of the Company, future conditions warrant such action, subject always to the requirements of the Department of National Revenue and the provisions of the Pension Benefits Act. ^g

17.02 Amendment of Plan

No amendment to the Plan shall operate to reduce the pension benefits which have accrued to Members thereunder prior to the date of such amendment. ⁱ

17.03 Discontinuance of Plan

Should the Plan be wholly terminated, the Company shall not be obligated to make any further contributions to the Plan and the assets held under the Pension ^j

détenir et investir la caisse de retraite ou la caisse de retraite commune en fiducie.

2.13 «Accord de financement». L'entente conclue entre la compagnie et le gestionnaire, qui établit et maintient la caisse de retraite.

2.18 «Caisse de retraite». La caisse établie conformément à l'accord de financement, dans laquelle des cotisations sont versées par les participants et par la compagnie, et sur laquelle les prestations de retraite et autres prestations prévues au régime sont versées.

ARTICLE 4 — COTISATIONS

4.03 La compagnie cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite 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 Pension Benefits Act. ^c

ARTICLE 17 — MODIFICATION OU CESSATION DU RÉGIME

17.01 Maintien du régime

La compagnie compte maintenir en vigueur indéfiniment le présent régime, mais elle se réserve forcément le droit de modifier ou de mettre fin au régime en totalité ou en partie si, à son avis, des circonstances futures le justifient, sous réserve toujours des exigences du ministère du Revenu national et des dispositions de la Pension Benefits Act. ^f

17.02 Modification du régime

Aucune modification du régime ne doit avoir pour effet de réduire les prestations des participants qui ont été accumulées en vertu de celui-ci, avant la date de la modification.

17.03 Cessation du régime

S'il est mis fin en totalité au régime, la compagnie n'est tenue de verser aucune cotisation supplémentaire au régime, et l'actif de la caisse de retraite est

Fund shall be allocated for the provisions of the accrued benefits to which the Members, their Beneficiaries and their joint annuitants are entitled in such equitable manner as may be determined by the Company in consultation with the Actuary until all liabilities under the Plan have been met. Such benefits may be provided through the purchase of annuity contracts from insurance companies licensed to transact business in Canada, in the form elected by the Members, or through the continuation of the Funding Agreement for this purpose. If the assets of the Pension Fund are not sufficient to provide the aforementioned accrued benefits, the Pension Fund shall be allocated in a manner approved under the Pension Benefits Act.

17.05 Distribution of Benefits

If, after full provision has been made for the accrued benefits payable to the Members, their Beneficiaries and their joint annuitants, there should remain any excess assets in the Pension Fund, such excess shall be used as the Company or liquidator or trustee in bankruptcy, if appropriate, may direct. Any distribution of the Pension Fund resulting from termination of the Plan shall be in accordance with the applicable provisions of the Pension Benefits Act and the Income Tax Act, and with the rules and regulations of the Department of National Revenue with respect to registered pension plans.

II. A HISTORY OF THE STERNS PLANS

A. THE 1962 STEARNS PLAN

On January 1, 1962, Stearns obtained a Group Annuity Policy (GA577) from the Mutual Life Assurance Company for the purpose of providing retirement benefits to its employees. No surplus was or could have been derived pursuant to this plan.

B. THE 1970 STEARNS PLAN

Stearns established a pension plan effective January 1, 1970 for the retirement of and payment of pensions to its employees.

a affecté au versement des prestations accumulées auxquelles les participants, leurs ayants droit et leur rentier conjoint ont droit, d'une manière juste que peut déterminer la compagnie de concert avec l'actuaire, jusqu'à ce que toutes les obligations créées par le régime soient remplies. Ces prestations peuvent être versées au moyen de l'achat de contrats de rente auprès de compagnies d'assurances autorisées à faire des affaires au Canada, selon la forme choisie par les participants, ou par le maintien de l'accord de financement à cette fin. Si l'actif du régime de retraite n'est pas suffisant pour verser lesdites prestations accumulées, la caisse de retraite est répartie conformément à la Pension Benefits Act.

17.05 Distribution des prestations

Si, après le versement de toutes les prestations accumulées aux participants, à leurs ayants droit et à leur rentier conjoint, la caisse de retraite accuse un surplus, celui-ci est utilisé comme la compagnie, le liquidateur ou le syndic de faillite, s'il y a lieu, le prescrit. Toute distribution de la caisse de retraite qui résulte de la cessation du régime doit être conforme aux dispositions applicables de la Pension Benefits Act et de la Loi de l'impôt sur le revenu, et aux règles et règlements du ministère du Revenu national relatifs aux régimes de retraite enregistrés.

II. HISTORIQUE DES RÉGIMES DE STEARNS

A. LE RÉGIME DE 1962 DE STEARNS

Le 1^{er} janvier 1962, Stearns a conclu un contrat de rente collective (GA577) avec la Mutuelle, Compagnie d'assurance sur la vie, afin d'offrir des prestations de retraite à ses employés. Ce régime ne pouvait donner lieu à aucun surplus.

B. LE RÉGIME DE 1970 DE STEARNS

Stearns a créé un régime de retraite entrant en vigueur le 1^{er} janvier 1970, pour la retraite de ses employés et le paiement à ces derniers de prestations de retraite.

As required by Article 13.1 of this plan, the Company entered into a Group Annuity Policy (GA1328) with the Mutual Life Assurance Company and a fund was established by transfer of the assets from the 1962 Stearns Plan and by contributions from the employees and the Company.

The 1970 Stearns Plan provided that:

ARTICLE I

DEFINITIONS

Fund shall mean the Fund to be established under the Deposit Administration Policy issued by the Insurer by transfer of assets from the Prior Plan and by contributions by the Participants and the Company from which the benefits of the Plan are to be provided.

ARTICLE II

ESTABLISHMENT OF THE PLAN

2.2 Prior to the Effective Date, certain Employees of the Company had accumulated retirement benefits under the Prior Plan. The Prior Plan shall be terminated 31 December 1969 and all benefits earned thereunder shall be transferred to the Plan. All benefits accrued under the Prior Plan transferred to the Plan shall become a liability of the Plan and shall be paid in accordance with the provisions of the Plan. Future contributions by such Employees and Employees who become eligible on and after the Effective Date shall be made under the Plan.

ARTICLE IV

CONTRIBUTIONS

4.3 (a) The Company will contribute each year to the Fund such amounts as determined by the Actuary, which, when added to the Participant's contributions made under Section 4.1 will provide the regular benefits described in the Plan and will provide for funding in accordance with the tests for solvency prescribed by the regulations under the Pension Benefits Act.

(b) It is expressly stipulated that the Company will not make any additional contributions corresponding to or in respect of the additional vol-

Conformément à l'art. 13.1 de ce régime, la compagnie a conclu un contrat de rente collective (GA1328) avec La Mutuelle, Compagnie d'assurance sur la vie, et une caisse a été constituée par le transfert de l'actif du régime de 1962 de Stearns et par les cotisations versées par les employés et la compagnie.

Le régime de 1970 de Stearns prévoyait ceci:

ARTICLE I

DÉFINITIONS

Caisse. La caisse à créer, en vertu du contrat d'administration de dépôt délivré par l'assureur, par le transfert de l'actif du régime antérieur et les cotisations versées par les participants et par la compagnie, et sur lesquelles les prestations du régime doivent être versées.

ARTICLE II

CONSTITUTION DU RÉGIME

2.2 Avant la date d'entrée en vigueur, certains employés de la compagnie avaient accumulé des prestations de retraite en vertu du régime antérieur. Le régime antérieur prend fin le 31 décembre 1969 et toutes les prestations accumulées en vertu de celui-ci sont transférées dans le régime, lesquelles prestations deviennent un passif du régime et sont versées conformément à ses dispositions. Les cotisations futures de ces employés et de ceux qui deviennent admissibles à compter de la date d'entrée en vigueur sont versées conformément au régime.

ARTICLE IV

COTISATIONS

4.3 a) La compagnie cotisera chaque année à la caisse les sommes déterminées par l'actuaire, qui, en sus des cotisations versées par les participants en vertu de l'article 4.1, garantiront les prestations normales décrites au régime et le financement conformément aux critères de solvabilité prescrits par le règlement d'application de la Pension Benefits Act.

b) Il est expressément prévu que la compagnie ne versera aucune cotisation supplémentaire correspondant aux cotisations supplémentaires versées

untary contributions made by a Participant as provided for in Section 4.2 or 4.4.

ARTICLE XIII

RETIREMENT FUND

13.2 No part of the Fund shall be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of Participants and their beneficiaries. No Participant, retired Participant, survivor or beneficiary under the Plan, or any other person, shall have any interest in or right to any part of the earnings of the Fund, or any rights in or to or under such Fund or any part of the assets thereof, except and to the extent expressly provided in this Plan.

ARTICLE XIV

Amendment or Termination of the Plan

14.1 The Company retains the right to amend or modify or terminate the Plan in whole or in part, at any time and from time to time, and in such manner and to such extent as it may deem advisable, subject to the following provisions:

- a) No amendment shall have the effect of reducing any Participant's, former Participant's, joint annuitant's, beneficiary's, or estate's then existing interest in the Fund;
- b) No amendment shall have the effect of diverting any part of the Fund to purposes other than for the exclusive benefit of the Participants, former Participants, joint annuitants, beneficiaries, or estates;

Article 14.1(c) set out the following scheme of distribution to be instituted upon termination of the plan:

- c) If it should become necessary to discontinue the Plan, the assets of the Fund shall be used, to the extent adequate, for the following purposes:

Notwithstanding any surplus remaining after all benefits referred to in this Sub-section 14.1 (c) have been provided, such surplus may, subject to the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions at the time, be returned to the Company or may be used for the benefit of Participants, former Participants, beneficiaries or estates in such equitable manner as the Company may in its discretion determine.

volontairement par les participants conformément à l'article 4.2 ou 4.4.

ARTICLE XIII

CAISSE DE RETRAITE

13.2 Aucune partie de la caisse ne doit être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants et de leurs ayants droit. Aucun participant, participant retraité, survivant ou ayant droit aux termes du régime, ou toute autre personne, n'a de droit sur une partie des revenus de la caisse, ou sur cette caisse ou une partie de son actif, sauf dans la mesure expressément prévue dans le présent régime.

ARTICLE XIV

Modification ou cessation du régime

14.1 La compagnie se réserve le droit de modifier le régime ou d'y mettre fin en totalité ou en partie à sa discrétion, de la manière et dans la mesure qu'elle estime souhaitables, sous réserve de ce qui suit:

- a) Aucune modification ne doit avoir pour effet de réduire le droit alors existant que tout participant, ancien participant, ayant droit ou succession possède sur la caisse;
- b) Aucune modification ne doit avoir pour effet d'utiliser une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, anciens participants, rentiers conjoints, ayants droit ou succession.

L'alinéa 14.1c) énonçait de la façon suivante le mécanisme de distribution applicable à la cessation du régime:

- c) S'il devient nécessaire de mettre fin au régime, l'actif de la caisse sera utilisé, dans une mesure suffisante, aux fins suivantes:

Sous réserve de l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite de l'époque, le surplus qui reste après que toutes les prestations visées au présent alinéa 14.1 c) sont versées peut être remis à la compagnie ou être utilisé au profit des participants, anciens participants, leurs ayants droit ou succession, de la manière juste que la compagnie peut à sa discrétion déterminer.

C. BROCHURE . . .

On June 1, 1972, Stearns issued to its employees a brochure entitled 'Employee Benefits' which provided that:

Future of the Plan

It is the intention of the Company that the plan will continue indefinitely but of necessity they reserve the right to amend, modify or terminate the plan at any time. If it becomes necessary to terminate the plan at some future date, all employees would be granted 100% vesting, regardless of their service. No part of the assets of the fund will be available to the Company until all benefits earned under the plan to the date of termination have been paid. In the event there is a surplus in the fund after all benefits have been paid it is the Company's intention the surplus will be distributed in an equitable manner to the employees active in the plan at the date of termination.

D. THE 1977 STEARNS PLAN . . .

By an amendment dated January 1, 1977, Stearns amended the 1970 plan. . . .

The 1977 Stearns Plan contained . . . the following provisions:

ARTICLE I

DEFINITIONS

- 1.14 Fund means the corpus and all earnings, appreciations, or additions thereon and thereto held by the Funding Agency under the Funding Agreement.
- 1.15 Funding Agency means the Trust Company, Trustees, Insurance Company or successors thereof as the Company may appoint to hold the Fund pursuant to the Funding Agreement.
- 1.16 Funding Agreement means the agreement or contract entered into between the Company and the Funding Agency establishing the Fund.

ARTICLE IV

CONTRIBUTIONS

- 4.1 The Company will contribute to the Fund, not less frequently than annually, such amounts which are not less than those certified by the Actuary as being necessary to provide benefits accruing during each Plan Year and to make provision in accordance with

C. BROCHURE . . .

Le 1^{er} juin 1972, Stearns a remis à ses employés une brochure intitulée «Prestations des employés», qui prévoyait ceci:

Avenir du régime

La compagnie souhaite que le régime subsiste indéfiniment, mais elle se réserve forcément le droit de modifier ou de mettre fin au régime à tout moment. S'il devient nécessaire de mettre fin au régime ultérieurement, tous les employés obtiendront 100 % de leur droit aux prestations, peu importe leur nombre d'années de service. La compagnie n'aura droit à une partie de l'actif de la caisse que si toutes les prestations accumulées en vertu du régime à la date de la cessation sont versées. Si la caisse accuse un surplus une fois versées toutes les prestations, la compagnie souhaite que ce surplus soit distribué équitablement aux employés qui cotisent au régime à la date de la cessation.

D. LE RÉGIME DE 1977 DE STEARNS . . .

Le 1^{er} janvier 1977, Stearns a modifié le régime de 1970 . . .

Le régime de 1977 de Stearns contenait [. . .] les dispositions suivantes:

ARTICLE I

DÉFINITIONS

- 1.14 Caisse. L'ensemble de tous les gains, plus-value ou acquisitions en découlant, détenu par le gestionnaire en vertu de l'accord de financement.
- 1.15 Gestionnaire. La compagnie de fiducie, les fiduciaires, la compagnie d'assurances ou leurs successeurs que la compagnie peut désigner pour détenir la caisse conformément à l'accord de financement.
- 1.16 Accord de financement. L'entente ou le contrat conclu entre la compagnie et le gestionnaire, qui établit la caisse.

ARTICLE IV

COTISATIONS

- 4.1 La compagnie cotisera à la caisse, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur qu'il peut juger pertinent, certifie comme étant nécessaire

1994 CanLII 104 (SCC)

the Pension Benefits Act for the amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued after taking into account the assets of the Fund and such other factors as may be deemed relevant. The Company reserves the right, however, subject to the provisions of Article XIII, to pay its contributions from such surpluses as may accumulate and shall be determined in a valuation of the Funds' assets and liabilities certified by an Actuary.

4.2 Participants shall not be required to contribute to the Plan.

ARTICLE XIII

ESTABLISHMENT OF THE FUND

13.4 No part of the Fund shall be used for, or diverted to, purposes other than for the exclusive benefit of Participants, their designated Beneficiaries, or estates, except to the extent that surpluses, as certified by the Actuary, may be returned to the Company with the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions and except as provided in Sub-section 14.2 (d) of Article XIV. No Participant, retired Participant, survivor, or designated Beneficiary under this Plan, or any other person, shall have any interest in or right to any part of the Fund except and to the extent expressly provided in this Plan.

ARTICLE XIV

AMENDMENT OR TERMINATION OF THE PLAN

14.1 The Company retains the right to amend or modify or terminate the Plan in whole or in part, at any time and from time to time, and in such manner and to such extent as it may deem advisable, subject to the following provisions:

- (a) no amendment, modification or termination shall have the effect of reducing any Participant's, former Participant's, joint annuitant's, Beneficiary's or estate's then existing interest in the Fund.
- (b) no amendment, modification or termination shall have the effect of diverting any part of the Fund to purposes other than for the exclusive benefit of the Participants, former Participants, joint annuitants, Beneficiaries or estates.

pour verser les prestations qui s'accumulent chaque année et pour pourvoir à l'amortissement de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises, conformément à la Pension Benefits Act. La compagnie se réserve toutefois le droit, sous réserve des dispositions de l'article XIII, de verser ses cotisations sur les surplus qui peuvent s'accumuler et qui sont déterminés dans une évaluation de l'actif et du passif de la caisse, certifiée par un actuaire.

4.2 Les participants ne sont pas tenus de cotiser au régime.

ARTICLE XIII

CONSTITUTION DE LA CAISSE

13.4 Aucune partie de la caisse ne doit être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, de leurs ayants droit désignés ou de leur succession, sauf dans la mesure où le surplus, comme le certifie l'actuaire, peut être remis à la compagnie avec l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite, et sous réserve de ce que prévoit l'alinéa 14.2 d) de l'article XIV. Aucun participant, participant retraité, survivant ou ayant droit désigné aux termes du présent régime, ou toute autre personne, n'a de droit sur une partie de la caisse, sauf dans la mesure expressément prévue dans le présent régime.

ARTICLE XIV

MODIFICATION OU CESSATION DU RÉGIME

14.1 La compagnie se réserve le droit de modifier le régime ou d'y mettre fin en totalité ou en partie à sa discrétion, de la manière et dans la mesure qu'elle estime souhaitables, sous réserve de ce qui suit:

- a) aucune modification ou cessation ne doit avoir pour effet de réduire le droit alors existant que tout participant, ancien participant, ayant droit ou succession possède sur la caisse;
- b) aucune modification ou cessation ne doit avoir pour effet d'utiliser une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, anciens participants, rentiers conjoints, ayants droit ou succession.

The scheme of distribution upon termination was ... contained in Article 14.2 ... :

14.2 Should the Plan be terminated, whether by the Company or as a result of wind-up or bankruptcy of the Company, the assets of the Fund shall be used, to the extent adequate, and subject to the provisions of the Pension Benefits Act, for the following purposes:

14.3 Any balance remaining in the Fund after distributions have been made in accordance with the foregoing Section 14.2 after satisfying all other liabilities of the Plan may, subject to the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions, be returned to the Company or may be used for the benefit of Participants, former Participants, designated Beneficiaries, or estates, in such equitable manner as the Company may at its discretion determine.

E. THE 1982 STEARNS PLAN CONSOLIDATION ...

The 1982 Stearns Plan Consolidation is virtually identical to the 1977 Stearns Plan with one important exception. Article 14.3 of the 1982 Stearns Plan Consolidation provides that:

14.3 Any balance remaining in the Fund after distributions have been made in accordance with the foregoing Section 14.2 after satisfying all other liabilities of the Plan may, subject to the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions, be returned to the former Participants, designated Beneficiaries, or estates, in such equitable manner as the Company may at its discretion determine, so long as the surplus is distributed in such manner as to observe the maximum benefit allowed by the Department of National Revenue.

This consolidation was not registered with the Employment Pension Plans Branch and there is no Directors' Resolution authorizing it.

L'article 14.2 prévoyait [...] le mécanisme de distribution applicable à la cessation ... :

14.2 S'il est mis fin au régime, soit par la compagnie ou par suite de la liquidation ou de la faillite de la compagnie, l'actif de la caisse sera utilisé, dans une mesure suffisante, et sous réserve des dispositions de la Pension Benefits Act, aux fins suivantes:

14.3 Sous réserve de l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite, tout surplus accumulé dans la caisse une fois que la distribution effectuée conformément à l'article 14.2 qui précède et une fois remplies toutes les autres obligations créées par le régime, peut être remis à la compagnie ou être utilisé au bénéfice des participants, des anciens participants, des ayants droit désignés, ou de la succession, de la manière juste que la compagnie peut à sa discrétion déterminer.

E. LA CONSOLIDATION DU RÉGIME DE 1982 DE STEARNS

La consolidation du régime de 1982 de Stearns est pour ainsi dire identique au régime de 1977 de Stearns, à une exception importante près. L'article 14.3 de la consolidation du régime de 1982 de Stearns prévoit ceci:

14.3 Sous réserve de l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite, tout surplus accumulé dans la caisse une fois que la distribution est effectuée conformément à l'article 14.2 et une fois remplies toutes les autres obligations créées par le régime, peut être remis aux anciens participants, à leurs ayants droit désignés, ou succession, de la manière juste que la compagnie peut à sa discrétion déterminer, dans la mesure où la distribution du surplus respecte la prestation maximale permise par le ministère du Revenu national.

Cette consolidation n'a pas été enregistrée auprès de la Direction des régimes de retraite d'employeur, et aucune résolution des administrateurs ne l'autorise.

III. THE STEARNS CATALYTIC PENSION PLANS

[I]n 1983 with the amalgamation of Stearns and Catalytic, the Company instituted the two Stearns Catalytic Pension Plans. . . .

These plans contained, . . . the following terms:

SECTION 1 — ESTABLISHMENT OF THE PLAN

The benefits provided by this Plan, in respect of service prior to October 1, 1983, are in lieu of all and any benefits to which any person, active or retired, may have been entitled under either of these Prior Plans, and in no event shall be less than the benefits to which they were entitled under these Prior Plans.

Effective October 1, 1983, the respective pension funds of the Catalytic Enterprises Plan and the Stearns-Roger Plan shall be merged and held as one fund to the benefit of members of this Pension Plan for Employees (Senior Members of Management) of Stearns Catalytic Ltd. — Construction Division.

SECTION 2 — DEFINITIONS

2.19 “Pension Fund” means the fund established pursuant to the Trust Agreement to which contributions are made by the Members and the Company and from which retirement and other benefits under the Plan are to be provided.

2.24 “Trustee” means the trustees, trust company or insurance company that the Company may appoint from time to time, to hold and invest the Pension Fund.

2.25 “Trust Agreement” means the agreement entered into between the Company and the Trustee establishing and maintaining the Pension Fund.

SECTION 4 — CONTRIBUTIONS

4.03 The Company shall contribute from time to time, but not less frequently than annually, such amounts as are not less than those certified by the Actuary as necessary to provide the retirement benefits accruing to Members during the current year pursuant to the Plan and to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued, in accordance with

III. LES RÉGIMES DE RETRAITE DE STEARNS CATALYTIC

[E]n 1983, lors de la fusion de Stearns et de Catalytic, la compagnie a créé deux régimes de retraite Stearns Catalytic. . . .

Ces régimes prévoyaient [. . .] ce qui suit:

ARTICLE 1 — CONSTITUTION DU RÉGIME

Les prestations prévues au présent régime, relativement aux années de service antérieures au 1^{er} octobre 1983, tiennent lieu de toutes les prestations auxquelles une personne, active ou à la retraite, peut avoir eu droit en vertu de l'un de ces régimes antérieurs, et en aucun cas ne doivent être inférieures aux prestations auxquelles elle avait droit en vertu de ces régimes antérieurs.

À compter du 1^{er} octobre 1983, les caisses de retraite respectives des régimes de Catalytic Enterprises et de Stearns-Roger seront fusionnées et détenues conjointement en une seule caisse au bénéfice des participants au présent régime de retraite pour les employés (cadres supérieurs) de la division de la construction de Stearns Catalytic Ltd.

ARTICLE 2 — DÉFINITIONS

2.19 «Caisse de retraite». La caisse établie conformément à l'acte de fiducie, dans laquelle des cotisations sont versées par les participants et la compagnie, et sur laquelle les prestations de retraite et autres prestations prévues au régime sont versées.

2.24 «Fiduciaire». Les fiduciaires, compagnies de fiducie ou compagnies d'assurances que la compagnie peut désigner à l'occasion pour détenir et investir la caisse de retraite.

2.25 «Acte de fiducie» L'entente conclue entre la compagnie et le fiduciaire, qui établit et maintient la caisse de retraite.

ARTICLE 4 — COTISATIONS

4.03 La compagnie cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite 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

the requirements of the Pension Benefits Act, after taking into account the assets of the Pension Fund and all other relevant factors.

ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises conformément aux exigences de la Pension Benefits Act.

6.05 Statutory Maximum Retirement Benefit

In no event shall the annual retirement benefit payable under the Plan in respect of the retirement or termination of service of a Member or termination of the Plan exceed the lesser of:

- a) \$1,715 for each year of the Member's Credited Service to a maximum of 35 years; and
- b) 2% of the Member's average best three (3) consecutive years' Earnings multiplied by his years of Credited Service, to a maximum of 35 years.

6.05 Prestations de retraite maximales prévues par la loi

En aucun cas, les prestations de retraite annuelles payables en vertu du régime, relativement à la retraite ou à la cessation d'emploi d'un participant ou à la cessation du régime, ne doit excéder le moindre des montants suivants:

- a) 1 715 \$ pour chaque année décomptée du participant, jusqu'à un maximum de 35 années;
- b) 2 % du salaire moyen touché par le participant pendant ses trois (3) meilleures années consécutives, multiplié par ses années décomptées, jusqu'à un maximum de 35 années.

SECTION 18 — AMENDMENT TO OR TERMINATION OF THE PLAN

18.01 Continuation of Plan

The Company expects and intends to maintain this Plan in force indefinitely but necessarily reserves the right to amend or discontinue the Plan either in whole or in part, if, in the opinion of the Company, future conditions warrant such action, subject always to the requirements of the Department of National Revenue and the provisions of the Pension Benefits Act.

18.02 Amendment of Plan

No amendment to the Plan shall operate to reduce the pension benefits which have accrued to Members thereunder prior to the date of such amendment.

18.03 Discontinuance of Plan

Should the Plan be wholly terminated, the Company shall not be obligated to make any further contributions to the Plan and the assets held under the Pension Fund shall be allocated for the provisions of the accrued benefits to which the Members, their Beneficiaries and their joint annuitants are entitled in such equitable manner as may be determined by the Company in consultation with the Actuary until all liabilities under the Plan have been met. Such benefits may be provided through the purchase of annuity contracts from insurance companies licensed to transact annuities business in Canada, in the form elected by the

ARTICLE 18 — MODIFICATION OU CESSATION DU RÉGIME

18.01 Maintien du régime

La compagnie compte maintenir indéfiniment le présent régime, mais elle se réserve forcément le droit de modifier ou de mettre fin au régime en totalité ou en partie si, à son avis, des circonstances futures le justifient, sous réserve toujours des exigences du ministère du Revenu national et des dispositions de la Pension Benefits Act.

18.02 Modification du régime

Aucune modification du régime ne doit avoir pour effet de réduire les prestations des participants qui ont été accumulées en vertu de celui-ci, avant la date de la modification.

18.03 Cessation du régime

S'il est mis fin en totalité au régime, la compagnie n'est tenue de verser aucune cotisation supplémentaire au régime, et l'actif de la caisse de retraite est affecté au versement des prestations accumulées auxquelles les participants, leurs ayants droit et leur rentier conjoint ont droit, d'une manière juste que peut déterminer la compagnie de concert avec l'actuaire, jusqu'à ce que toutes les obligations créées par le régime soient remplies. Ces prestations peuvent être versées au moyen de l'achat de contrats de rente auprès de compagnies d'assurances autorisées à conclure des contrats de rente au Canada, selon la forme

Members, or through the continuation of the Trust Agreement for this purpose. If the assets of the Pension Fund are not sufficient to provide the aforementioned accrued benefits, the Pension Fund shall be allocated in a manner approved under the Pension Benefits Act.

18.05 Distribution of Benefits

If, after full provision has been made for the accrued benefits payable to the Members, their Beneficiaries and their joint annuitants, there should remain any excess assets in the Pension Fund, such excess shall be used as the Company or liquidator or trustee in bankruptcy, if appropriate, may direct.

Any distribution of the Pension Fund resulting from termination of the Plan shall be in accordance with the applicable provisions of the Pension Benefits Act and the Income Tax Act, and with the rules and regulations of the Department of National Revenue with respect to registered pension plans.

The distribution of the assets of the fund must not result in a Member's retirement benefits exceeding the maximum indicated in Section 6.05 hereof. If any surplus remains in the Fund after all allocations have been made, such surplus shall be refunded to the Company.

The contributions made to the Stearns Catalytic Pension Plans [were] provided to Confederation Life Insurance Company under the terms of an Investment Contract dated October 29, 1984. . . .

[This contract] provided . . . that:

PROVISION 6 — WITHDRAWALS

6.1 Confederation Life shall make withdrawals from the Accounts in order to make payments as designated in writing by the Contractholder provided that any such withdrawal shall be for the sole purpose of making payments in accordance with one of the following conditions:

(c) Payments to the Contractholder of any certified actuarial surplus as may be approved by any

choisie par les participants, ou par le maintien de l'acte de fiducie à cette fin. Si l'actif de la caisse de retraite n'est pas suffisant pour verser lesdites prestations accumulées, la caisse de retraite est répartie conformément à la Pension Benefits Act.

b 18.05 Distribution des prestations

Si, après le versement de toutes les prestations accumulées aux participants, à leurs ayants droit et à leur rentier conjoint, la caisse de retraite accuse un surplus, celui-ci est utilisé comme la compagnie, le liquidateur ou le syndic de faillite, s'il y a lieu, le prescrit.

Toute distribution de la caisse de retraite qui résulte de la cessation du régime doit être conforme aux dispositions applicables de la Pension Benefits Act et de la Loi de l'impôt sur le revenu, et aux règles et règlements du ministère du Revenu national relatifs aux régimes de retraite enregistrés.

La distribution de l'actif de la caisse ne doit pas avoir pour effet de porter les prestations de retraite d'un participant au-delà du maximum prévu à l'article 6.05 des présentes. Si la caisse accuse un surplus après que toutes les prestations sont versées, ce surplus est remis à la compagnie.

Les cotisations versées dans les régimes de retraite de Stearns Catalytic [étaient] remises à La Confédération, Compagnie d'assurance-vie, en vertu des dispositions d'un contrat de placement en date du 29 octobre 1984. . . .

h [Ce contrat] prévoyait [. . .] que:

CLAUSE 6 — RETRAITS

6.1 La Confédération effectuera des retraits sur les comptes afin d'effectuer les paiements que le preneur désigne par écrit, en autant que ces retraits soient effectués à la seule fin d'effectuer des paiements conformément à l'une des conditions suivantes:

c) Paiements au preneur de tout surplus actuariel certifié que peut approuver tout organisme gou-

provincial or federal government body having jurisdiction in the matter.

vernemental provincial ou fédéral ayant compétence en la matière.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

SOPINKA J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)) — I have read the reasons of Justices Cory and McLachlin. Like McLachlin J. I agree with most of Cory J.'s conclusions but disagree with him on the question of entitlement to the surplus in the Catalytic plan. In my view, the surplus in the Catalytic plan reverts to the employer. However, I have arrived at this conclusion by a somewhat different route from McLachlin J.

LE JUGE SOPINKA (dissentent in part dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)) — J'ai lu les motifs des juges Cory et McLachlin. À l'instar du juge McLachlin, je souscris à la plupart des conclusions du juge Cory, sauf en ce qui concerne le droit au surplus du régime de Catalytic. À mon avis, ce surplus revient à l'employeur. Cependant, j'ai adopté un raisonnement quelque peu différent de celui du juge McLachlin pour en arriver à cette conclusion.

While I agree with Cory J. that all monies in the Catalytic pension fund, including the surplus, were impressed with a trust, this does not foreclose amendment of that trust. In the case of a pension plan, the nature of the rights of amendment will continue to depend upon the terms of the plan and the trust agreement, if any. In my view, nothing in the Catalytic plan precluded the company from exercising the express power of amendment in the plan so as to provide that any surplus funds would revert to it upon termination of the plan.

Bien que je convienne avec le juge Cory que tout l'argent dans la caisse de retraite de Catalytic, y compris le surplus, était assujéti à une fiducie, cela n'empêche pas cette dernière d'être modifiée. Dans le cas d'un régime de retraite, la nature des droits de modification dépendra toujours, le cas échéant, des modalités du régime et de l'acte de fiducie. À mon avis, rien dans le régime de Catalytic n'empêchait la compagnie d'exercer le pouvoir de modification qui y était expressément prévu de manière à préciser que toute somme excédentaire lui serait remise à la cessation du régime.

I should state at the outset that I agree with Cory J.'s conclusion that the parties intended Article V of the Trust Agreement to apply to all monies in the pension fund after 1966, including the surplus funds. Article V purports to restrict the company's right to make amendments which divert parts of the "FUND" and reads as follows:

Je tiens à indiquer, au départ, que je souscris à la conclusion du juge Cory que les parties souhaitaient que l'article V de l'acte de fiducie s'applique à toutes les sommes qui se trouveraient dans la caisse de retraite après 1966, y compris les sommes excédentaires. L'article V a pour effet de restreindre le droit de la compagnie d'effectuer des modifications détournant des parties de la «CAISSE». Il se lit ainsi:

[TRADUCTION]

ARTICLE V

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

MODIFICATION ET CESSATION

1. Subject as herein and in the PLAN provided, the Company reserves the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the PLAN (including this Agreement) provided that no such amendment which affects the rights, duties, compensation, or responsibilities of the Trustee

1. Sous réserve du présent acte et du RÉGIME, la compagnie se réserve le droit de modifier à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du RÉGIME (dont le présent acte), à condition qu'aucune modification de ce genre qui influe sur les droits, les obligations, la rétribution ou les responsabilités du fiduciaire ne soit effec-

shall be made without its consent, and provided further that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the FUND to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the PLAN as amended from time to time, and for the payment of taxes or other assessments as provided in paragraph 2 of Article II hereof, and the expenses and compensation of the Trustee as provided in paragraph 4 of Article IV hereof. [Emphasis added.]

Under the 1959 Catalytic Plan, the Trust Agreement was made part of the plan. It was clear that the terms upon which the monies contributed to that plan were to be held and administered were contained in both the plan and the Trust Agreement. The 1966 Catalytic Plan amended the 1959 Plan but retained a provision stating that all contributions to the plan were to be administered in accordance with the terms of the Trust Agreement. Thus it is clear that when the Catalytic Plan became a defined benefit plan in 1966, the parties intended the provisions of the Trust Agreement to continue to apply to monies contributed to the plan. Furthermore, at all relevant times the Trust Agreement provided that the "FUND" referred to in that Agreement included all the monies paid to the Trustee by the Company for the purpose of the plan, as well as the earnings, profit and increments therefrom. The Catalytic surplus is derived from monies contributed to the plan after 1966 and thus is obviously part of the Fund. Therefore, it follows that Article V applies to amendments concerning the use of the surplus.

This, however, does not end the matter. By its terms Article V is subject to the terms of the plan. Both the 1959 and the 1966 versions of the plan reserved broader powers of amendment to the company than those contained in Article V of the Trust Agreement. The relevant provisions of the 1959 Catalytic Plan are as follows:

tuée sans son consentement, et à condition que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la CAISSE soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME tel que modifié à l'occasion, ou conformément à celui-ci, et aux fins du paiement des impôts ou autres cotisations prévus au paragraphe 2 de l'article II des présentes, ainsi que des frais et de la rétribution du fiduciaire, prévus au paragraphe 4 de l'article IV des présentes. [Je souligne.]

Le régime de 1959 de Catalytic a incorporé l'acte de fiducie. Il était clair que les modalités suivant lesquelles les sommes versées à ce régime devaient être détenues et administrées se retrouvaient à la fois dans le régime et dans l'acte de fiducie. Le régime de 1966 de Catalytic a modifié le régime de 1959, tout en maintenant la disposition en vertu de laquelle toutes les cotisations au régime devaient être administrées conformément à l'acte de fiducie. Il est donc évident que, lorsque le régime de Catalytic est devenu un régime à prestations déterminées en 1966, les parties souhaitaient que les dispositions de l'acte de fiducie continuent de s'appliquer aux cotisations versées dans le régime. En outre, à toutes les époques pertinentes, l'acte de fiducie prévoyait que la «CAISSE» mentionnée dans l'acte comprenait toutes les sommes versées au fiduciaire par la compagnie aux fins du régime, de même que les gains, les profits et les accroissements réalisés. Le surplus du régime de Catalytic provenait des cotisations qui y avaient été versées après 1966 et il faisait donc nettement partie de la caisse. Aussi l'article V s'applique-t-il aux modifications concernant l'utilisation du surplus.

Cela ne met toutefois pas un terme à la discussion. De par son texte même, l'article V est assujéti aux modalités du régime. Les versions de 1959 et de 1966 du régime réservaient à la compagnie des pouvoirs de modification plus larges que ceux prévus à l'article V de l'acte de fiducie. Les dispositions pertinentes du régime de 1959 de Catalytic sont les suivantes:

SECTION XXII FUTURE OF THE PLAN

1. The Company hopes and expects to continue the Plan and the payment of contributions hereunder indefinitely but such continuance is not assumed as a contractual obligation. The Company expressly reserves the right, by action of its Board, to amend or terminate the Plan in whole or in part, if in the opinion of the Company future conditions warrant such action. ^a
2. No amendment to the Plan shall operate to reduce the benefits which have occurred [*sic*] to the Members of the Plan prior to the date of amendment. ^b
3. In the event of termination of the Plan, the Company cannot recover any sums paid to the date thereof and each Member of the Plan shall receive the proceeds of his Member's Account and his Company Account as of the date of such termination. No other employees will become eligible to become Members and no further contributions will be made by the Company. ^c

These provisions were carried over into the 1966 version of the Catalytic plan, renumbered as Section XXI. By virtue of those provisions, the only limitation upon the company's power to amend the plan was that no amendment could reduce accrued benefits. The right to receive surplus monies in the pension fund was not a benefit which had accrued to the members of the plan at the time that the company amended the plan to permit the surplus to be distributed to itself. Under the terms of the 1959 and 1966 plan the employees may have obtained a right to the surplus upon termination of the plan, but no such right had accrued to them prior to termination. Even if such a right could be said to have accrued at the time of amendment, it is not a benefit contemplated by that provision. The benefits contemplated by the plan are those to which the members were entitled pursuant to other Articles of the plan. The right to the surplus is not one of those benefits. Indeed, when Article XXII.2 was drafted, it could not have referred to a surplus because no surplus was possible under a defined contribution plan. For both these reasons I conclude that from the outset the company reserved the power to amend the Catalytic plan so as to permit any surplus to be distributed to itself. ^d

[TRADUCTION]

ARTICLE XXII AVENIR DU RÉGIME

1. La compagnie souhaite et compte maintenir indéfiniment le régime et le paiement des cotisations ci-dessous, ce maintien ne constituant toutefois pas une obligation contractuelle. La compagnie se réserve expressément le droit, par l'entremise de son conseil, de modifier le régime ou d'y mettre fin en totalité ou en partie si, à son avis, des circonstances futures le justifient. ^a
2. Aucune modification du régime n'a pour effet de réduire les prestations des participants qui ont été accumulées avant la date de la modification. ^b
3. En cas de cessation du régime, la compagnie ne peut recouvrer les sommes versées jusqu'à cette date et chaque participant reçoit le produit qui, à la date de la cessation, se trouve dans son compte et dans celui de la compagnie établi en son nom. Aucun autre employé ne pourra devenir participant et aucune autre cotisation ne sera versée par la compagnie. ^c

En vertu de ces dispositions, reprises à l'article XXI de la version de 1966 du régime de Catalytic, le pouvoir de la compagnie de modifier le régime était assujéti à la seule condition qu'aucune modification ne réduise les prestations accumulées. Le droit de recevoir les sommes excédentaires de la caisse de retraite n'était pas une prestation que les participants avaient accumulée au moment où la compagnie a modifié le régime de manière à permettre que le surplus lui soit versé. En vertu des dispositions du régime de 1959 et de 1966, les employés ont pu obtenir le droit au surplus à la cessation du régime, mais ils n'avaient pas ce droit avant la cessation. Même si on pouvait dire qu'ils avaient ce droit à l'époque de la modification, ce n'est pas une prestation envisagée par la disposition en question. Les prestations envisagées par le régime sont celles auxquelles les participants avaient droit conformément à d'autres articles du régime. Le droit au surplus n'en est pas une. En fait, lorsque l'article XXII.2 a été rédigé, il n'aurait pu mentionner un surplus puisque aucun surplus n'était possible dans le cadre d'un régime à cotisations déterminées. Pour ces deux raisons, je conclus que, dès le départ, la compagnie s'est réservé le pouvoir de modifier le régime de Catalytic de façon à permettre que tout surplus lui soit versé. ^d

Assuming that a provision disposing of the surplus in favour of the employer is a partial revocation, I see no magic in the use of those specific words. If the powers of amendment are sufficiently explicit to permit a change which is in law a partial revocation, they should be given effect. After all, a trust can be created by the use of apt words without express reference to a trust. Words are apt to create a trust if the intention of the settlor is clear. Conversely, limitations on the nature of the trust must surely be determined on the same basis.

It is the contention of the respondents that the right to the surplus is an accrued benefit and a reduction of accrued benefits is a revocation or partial revocation of the trust. The fact that reduction in accrued benefits was made an express exception from the power of amendment shows that when the trust was created the parties considered that in the absence of this exception the power of amendment would extend to reduce accrued benefits. It follows that the power of amendment included the power to make changes having the effect of revocation or partial revocation. The real issue, therefore, is whether the right to the surplus comes within the exception. For the reason I have given above, it does not.

As Cory J. points out, there is a fundamental disagreement in the authorities as to whether a power of amendment can be sufficiently explicit to include a power of revocation. This disagreement is said to derive from the conflicting views expressed in Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984) and Scott, *The Law of Trusts* (4th ed. 1989), vol. 4. As I understand my colleague's reasons, he would apply a statement in Waters as requiring nothing short of the use of the actual words "power of revocation" in order to permit the settlor to effect a change which would amount to a revocation or partial revocation. With respect, I am of the opinion that Waters does not go that far. In the passage to which my colleague refers and

À supposer qu'une disposition prévoyant la remise du surplus à l'employeur constitue une révocation partielle, je ne vois rien de magique dans l'utilisation de ces mots précis. Si les pouvoirs de modification sont suffisamment explicites pour permettre un changement qui, en droit, constitue une révocation partielle, ils devraient avoir effet. Après tout, une fiducie peut être créée par l'utilisation de mots appropriés sans mention expresse d'une fiducie. Les mots sont susceptibles de créer une fiducie si l'intention du constituant est claire. À l'inverse, les restrictions quant à la nature de la fiducie doivent sûrement être déterminées de la même façon.

Les intimés font valoir que le droit au surplus est une prestation accumulée et qu'une réduction des prestations accumulées constitue une révocation totale ou partielle de la fiducie. Le fait que la réduction des prestations accumulées ait été soustraite expressément au pouvoir de modification démontre qu'au moment de la création de la fiducie, les parties ont considéré qu'en l'absence de cette exception le pouvoir de modification permettrait de réduire les prestations accumulées. Il s'ensuit que le pouvoir de modification incluait le pouvoir d'effectuer des changements ayant l'effet d'une révocation totale ou partielle. La véritable question est donc de savoir si le droit au surplus tombe sous le coup de cette exception. Pour la raison exposée ci-dessus, la réponse à cette question est non.

Comme le juge Cory le souligne, il existe dans la jurisprudence un désaccord fondamental quant à savoir si un pouvoir de modification peut être suffisamment explicite pour inclure un pouvoir de révocation. On dit de ce désaccord qu'il découle des opinions opposées exprimées dans Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), et Scott, *The Law of Trusts* (4^e éd. 1989), vol. 4. Si je comprends bien les motifs de mon collègue, il interpréterait un passage de Waters comme ne requérant rien de moins que l'utilisation des mots «pouvoir de révocation» eux-mêmes pour que le constituant puisse effectuer un changement équivalant à une révocation totale ou partielle. En toute déférence, je suis d'avis que Waters ne va pas aussi loin. Dans

which was quoted by Zuber J.A. in *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, at p. 600, the learned author states: "A settlor cannot revoke his trust unless he has expressly reserved the power to do so." I do not read this to mean that if the settlor uses language that, when interpreted by reference to the usual canons of construction, clearly establishes an intention to include changes having the effect of revocation, the absence of the magic words is fatal. Nor do I believe that Zuber J.A. was of the opinion that no power of amendment could authorize a change having the effect of revocation. It is clear that he was of the opinion that, in applying the statement in *Waters*, the appropriate inquiry was whether the wording of the relevant documents could be interpreted to authorize a change having the effect of revocation. At page 600, he stated:

The appellant does not take issue with these general principles [stated in *Waters*] but asserts that it has reserved a power of amendment which is wide enough to entitle him to recover surplus funds. In my opinion, this proposition is simply untenable. The language of the trust agreement and the pension plan do not support such an argument. The section in the pension plan (prior to the 1981 amendment) dealing with the powers of amendment specifically affirms the irrevocability of the contributions and the fact that the members of the plan are the sole beneficiaries.

The terms of the trust agreement and plan in *Reeve*, *supra*, were not identical to the wording of the agreements in this case.

But even if *Waters* stands for the proposition advanced by Cory J., the logic of the contrary position, which is stated in Scott, *The Law of Trusts*, *supra*, and adopted by McLennan J. in *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.), and the British Columbia Court of Appeal in *Hockin v. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, appeals to me in preference to a formulaic approach that would disregard the clear intention of the parties. Nor am I persuaded that we should adopt a rule of interpretation that ignores the clear intention of the parties in order to maintain the

l'extrait auquel mon collègue renvoie et que cite le juge Zuber dans l'arrêt *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, à la p. 600, l'auteur écrit: [TRADUCTION] «Le constituant ne peut révoquer sa fiducie que lorsqu'il s'est expressément réservé le pouvoir de le faire.» Je ne considère pas que cela signifie que, si le constituant utilise un langage qui, lorsqu'il est interprété selon les principes ordinaires d'interprétation, exprime clairement l'intention d'inclure des changements ayant l'effet d'une révocation, l'absence des mots magiques est fatale. Je ne crois pas non plus que le juge Zuber était d'avis qu'aucun pouvoir de modification ne pouvait autoriser un changement ayant l'effet d'une révocation. Il estimait de toute évidence qu'en appliquant les propos de *Waters*, il fallait se demander si le texte des documents pertinents pouvait être interprété comme autorisant un changement ayant l'effet d'une révocation. À la page 600, il dit:

[TRADUCTION] L'appelante ne conteste pas ces principes généraux [exposés dans *Waters*], mais elle soutient s'être réservé un pouvoir de modification suffisamment large pour lui permettre de recouvrer les sommes excédentaires. À mon avis, cette proposition est tout simplement intenable. Le texte de l'acte de fiducie et du régime de retraite ne justifie pas un tel argument. L'article qui, dans le régime de retraite (avant la modification de 1981), traitait des pouvoirs de modification confirme expressément l'irrévocabilité des cotisations et le fait que les participants au régime en sont les bénéficiaires exclusifs.

Le texte de l'acte de fiducie et du régime dans l'affaire *Reeve*, précitée, n'était pas identique à celui des ententes en l'espèce.

Mais même si *Waters* appuie la proposition avancée par le juge Cory, la logique de la position contraire, exposée dans Scott, *The Law of Trusts*, *op. cit.*, et adoptée par le juge McLennan dans l'affaire *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.), et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Hockin v. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, me plaît davantage qu'une méthode fondée sur une formule qui ferait abstraction de l'intention manifeste des parties. Je ne suis pas non plus convaincu que nous devions adopter une règle d'interprétation qui ignore l'in-

fundamental character of a trust. Trusts can be revocable or irrevocable. Neither is more fundamental than the other. All we are debating is the means by which we distinguish one from the other. Moreover, the true nature of a trust established as part of a pension plan is to provide funds needed to pay the benefits which accrued to employees under the plan. A power of amendment which is qualified by the requirement that it cannot be used to reduce accrued benefits is not inconsistent with the fundamental purpose of a defined benefits pension trust.

Cory J. also reasons that the circumstances which prevailed when the plans in question were created support his interpretation of the breadth of the power of amendment. In my view, however, the most relevant of those circumstances is the fact that neither the company nor the employees appear to have foreseen the existence of a surplus when the plan was created. In fact, there was no reason for the employees to expect to receive anything more than the defined benefits set out in the plan. Therefore, I see nothing inequitable in allowing the employer to take advantage of the broad amending power to distribute the surplus to itself, so long as it did nothing to reduce the level of benefits provided to the employees.

As far as the tax legislation in force when the plans were created is concerned, I agree with Cory J.'s observation that the tax motivations of the parties to pension plans are of limited relevance in interpreting those plans. I note however that the Catalytic plan expressly stated that the plan was structured so as to ensure that the company's contributions were deductible under the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, and any amendments thereto. It is not unreasonable to infer that the broad amending power retained in the 1959 Catalytic plan and subsequent versions of the plan was retained in part to deal with changes in income tax legislation. The amendment of the 1983 Air Products Plan to include Section 18.05 was required by Revenue Canada in order to comply with the pension plan registration requirements under the

tention manifeste des parties afin de préserver le caractère fondamental d'une fiducie. La fiducie est soit révocable, soit irrévocable. Aucune n'est plus fondamentale que l'autre. Ce sont les moyens de les distinguer l'une de l'autre qui font l'objet de notre discussion. De plus, la fiducie créée dans le cadre d'un régime de retraite a véritablement pour objet de fournir l'argent nécessaire pour verser les prestations dues aux employés en vertu du régime. Le pouvoir de modification assujéti à l'interdiction d'y avoir recours pour réduire les prestations accumulées n'est pas incompatible avec l'objectif fondamental d'une fiducie de régime à prestations déterminées.

Le juge Cory estime également que les circonstances dans lesquelles les régimes en question ont été créés justifient son interprétation de la portée du pouvoir de modification. À mon avis, toutefois, la plus pertinente de ces circonstances est le fait que ni la compagnie ni les employés ne semblent avoir prévu l'existence d'un surplus lorsque le régime a été créé. En fait, les employés n'avaient aucune raison de s'attendre à recevoir plus que les prestations déterminées dans le régime. Par conséquent, je ne vois rien d'injuste à autoriser l'employeur à tirer profit du pouvoir général de modification pour s'attribuer le surplus, en autant qu'il ne fait rien pour réduire le montant des prestations garanties aux employés.

En ce qui concerne la législation fiscale en vigueur à l'époque de la création des régimes, je souscris à l'observation du juge Cory selon laquelle les motivations des parties aux régimes de retraite, sur le plan fiscal, ont une pertinence limitée pour ce qui est d'interpréter ces régimes. Je remarque toutefois que le régime de Catalytic prévoyait expressément qu'il était structuré de façon à garantir la déductibilité des cotisations de la compagnie sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, et de ses modifications. Il n'est pas déraisonnable de déduire que le maintien du pouvoir général de modification dans le régime de 1959 de Catalytic et ses versions subséquentes visait en partie à répondre aux changements survenus dans la législation fiscale. La modification du régime de 1983 d'Air Products, de

Income Tax Act. Therefore, if anything, consideration of the parties' tax motivations supports a broad interpretation of the power of amendment.

Moreover, the approach which Cory J. adopts may make it difficult for the numerous pension plans that had an existence prior to 1981, which do not have an express power of revocation, to conform with the new registration requirements. Both Information Circulars Nos. 72-13R7 (1981) and No. 72-13R8 (1988) provide that the plan must contain a provision permitting an actuarial surplus to be refunded to the employer on termination of the plan. This requirement has apparently been incorporated in ss. 8502(c) and 8503(4)(c) of the *Income Tax Regulations*. The Minister has indicated that these regulations may be amended; for the time being, however, they have the force of law.

For the above reasons I conclude that Section 17.05 of the 1978 plan was a valid amendment to the Catalytic plan, as was Section 18.05 of the 1983 Air Products plan. Pursuant to those provisions the surplus in the Catalytic plan should revert to the company. In light of the result which I have reached by interpreting the terms of the plan it is not necessary for me to consider whether the funds could revert to the employer by the operation of a resulting trust.

In the result I would dispose of the appeals as proposed by Cory J., except with regards to the distribution of the surplus in the Catalytic plan. In this respect, I would allow the appeals with costs.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)) — I have read the reasons of Justice Cory. I agree with his conclusions except on the question of the right to surplus on the Catalytic plan. In my view, the surplus on the Catalytic

manière à inclure l'art. 18.05, a été exigée par Revenu Canada afin que soient respectées les conditions d'enregistrement des régimes de retraite sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

^a Par conséquent, l'analyse des motivations des parties sur le plan fiscal appuie plutôt une interprétation large du pouvoir de modification.

^b En outre, le point de vue adopté par le juge Cory peut faire en sorte qu'il sera difficile de rendre conformes aux nouvelles conditions d'enregistrement les nombreux régimes de pension qui existaient avant 1981 et qui ne prévoyaient aucun pouvoir exprès de révocation. Les circulaires d'information nos 72-13R7 (1981) et 72-13R8 (1988) prévoient toutes deux que le régime doit contenir une disposition permettant de remettre un surplus actuariel à l'employeur à la cessation du régime. Cette exigence a apparemment été incorporée dans les al. 8502(c) et 8503(4)(c) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Le ministre a indiqué que ce règlement peut être modifié; toutefois, il a force de loi pour le moment.

^c Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'art. 17.05 du régime de 1978 était une modification valide du régime de Catalytic, tout comme l'art. 18.05 du régime de 1983 d'Air Products. Conformément à ces dispositions, le surplus accumulé dans le régime de Catalytic devrait être remis à la compagnie. Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée en interprétant les modalités du régime, il ne m'est pas nécessaire d'examiner si les sommes pourraient revenir à l'employeur en vertu d'une fiducie par déduction.

^d En définitive, je suis d'avis de trancher les pourvois de la façon proposée par le juge Cory, sauf en ce qui concerne la répartition du surplus du régime de Catalytic, au sujet de laquelle j'accueillerais les pourvois avec dépens.

^e Version française des motifs rendus par

^f LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)) — J'ai lu les motifs du juge Cory et je souscris à ses conclusions sauf en ce qui concerne la question du droit au surplus du régime de retraite de Catalytic. À

Plan reverts to the employer, either on the terms of the plan or on the basis of the doctrine of resulting trust.

Background: Situating the Problem

Modern private pension plans date to the late 19th century. Fundamental and pervasive societal changes — large scale industrialization coupled with the breakdown of family, village and church assistance networks — produced a need to devise methods of caring for those past working age. Employer-sponsored private pension plans, supplemented later by government plans, were the response. Today, together with personal savings, private and public pension plans provide the primary source of income for retired Canadians.

There are two main types of pension plans. In the first type, the “defined contribution” plan, the amount paid in by the contributors to the fund is set. The eventual size of the employee’s annuity is determined by the rate of return on the invested contributions. It follows that a low rate of return on investment will result in a smaller pension than if the rate of return is high. While the employer contributes to the plan, the employer does not guarantee the amount of the annuity. The employee is not assured of any particular benefit. The 1959 Catalytic plan was this sort of plan.

In the other type of pension plan, the “defined benefit” or “money purchase” plan, the employee, who may or may not contribute to the fund, is assured of a certain monetary benefit upon retirement. An actuary is employed to determine the amount of contribution which the employer must make in order to ensure that the plan can meet its present and future obligations. The market risk, assumed by the employee in a defined contribution plan, falls on the employer in a defined benefit plan. If, at any time, the plan is unable to meet its obligations, the employer is liable to make up any shortfall. For these two reasons — the guarantee of

mon avis, ce surplus revient à l’employeur en vertu des modalités du régime ou en raison du principe de la fiducie par déduction.

a Historique: exposé du problème

Les régimes de retraite privés contemporains datent de la fin du XIX^e siècle. À la suite des changements fondamentaux et globaux que la société a connus — l’industrialisation à grande échelle conjuguée à la détérioration des réseaux d’aide axés sur la famille, le village et l’Église — il a fallu concevoir des moyens de s’occuper des personnes ayant atteint l’âge de retraite, ce qu’on a fait en créant des régimes de retraite d’employeur privés, auxquels sont par la suite venus s’ajouter les régimes d’État. De nos jours, avec l’épargne personnelle, les régimes de pension privés et publics constituent la principale source de revenu des Canadiens retraités.

Il y a deux principaux genres de régimes de retraite. Dans le premier genre, soit le régime «à cotisations déterminées» ou «à formule d’achat», le montant versé par les cotisants est fixe. Le montant éventuel de la rente de l’employé est fonction du revenu de placement du régime. Il s’ensuit que si le taux de rendement des placements est peu élevé, le montant de la prestation sera inférieur à ce qu’il aurait été si le taux de rendement avait été élevé. Même s’il cotise au régime, l’employeur ne garantit pas le montant de la rente. Aucune prestation particulière n’est garantie à l’employé. Le régime de 1959 de Catalytic était un régime de ce genre.

Dans l’autre genre de régime de retraite, soit le régime «à prestations déterminées», l’employé est assuré de toucher certaines prestations au moment de sa retraite, et ce, qu’il cotise ou non à la caisse. On a recours aux services d’un actuaire pour calculer le montant de la cotisation que l’employeur doit verser afin de garantir que le régime puisse satisfaire à ses obligations actuelles et futures. Le risque du marché, qui est assumé par l’employé dans le régime à cotisations déterminées, incombe à l’employeur dans le régime à prestations déterminées. Si, à un moment donné, le régime ne peut pas satisfaire à ses obligations, l’employeur est tenu de

a certain benefit and the assumption by the employer of the market risk — a defined benefit plan is regarded as more advantageous to employees than a defined contribution plan.

The defined benefit plan possesses a feature which the defined contribution plan does not — a feature which is at the heart of this appeal, the actuarial surplus. A defined contribution plan can never have a surplus; everything, after deduction of taxes and expenses, must be paid out to the pensioners. However a surplus may accumulate in a defined benefit plan when the amount in the fund exceeds the amount required to meet the defined benefits as calculated by the actuary.

In valuing the assets of a pension plan, the actuary must take into account a number of factors and make assumptions about each of them. These factors include the rate of investment return, the rate of price inflation, salary increases, rates of mortality for active and retired members, rates of employee turnover, incidence of disability and utilization of early retirement options. As might be expected, actuaries advising employers tend to err on the side of caution to produce what is called an “experience gain” rather than an “experience deficiency”, since the latter would deprive pensioners of the benefits guaranteed to them.

In the early 1980s this actuarial conservatism combined with a particular set of economic factors to produce massive surpluses in many pension funds. These factors included the level of interest rates — as high as 20 percent at one point — which gave returns on investments in fixed value securities far in excess of those predicted. The stock market boom from 1982 to 1987 also resulted in much higher capital gains than were anticipated. Furthermore, the recession of 1981-82 caused widespread layoffs of employees who had no vested right to pension benefits. Money contribu-

combler tout déficit. C'est pour ces deux raisons — la garantie de certaines prestations et le fait que l'employeur assume le risque du marché — que le régime à prestations déterminées est considéré comme plus avantageux pour les employés que le régime à cotisations déterminées.

Le régime à prestations déterminées comporte une caractéristique qui n'existe pas dans le régime à cotisations déterminées — une caractéristique qui constitue le nœud du présent litige: le surplus actuariel. Dans un régime à cotisations déterminées, il ne peut jamais y avoir de surplus: tout l'argent, une fois les impôts et les frais déduits, doit être versé aux pensionnés. Toutefois, dans un régime à prestations déterminées, il peut y avoir un surplus si le montant qui est dans la caisse excède le montant nécessaire pour verser les prestations déterminées calculées par l'actuaire.

En évaluant l'actif d'un régime de retraite, l'actuaire doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs et formuler des hypothèses sur chacun d'eux. Ces facteurs comprennent le taux de rendement des placements, le taux d'inflation, les hausses de salaire, le taux de mortalité des participants actifs et retraités, le taux de roulement du personnel, la fréquence des invalidités et le recours aux options de retraite anticipée. Comme on pourrait s'y attendre, les actuaires qui conseillent les employeurs ont tendance à se montrer plutôt prudents, de façon à produire ce qu'on appelle un «gain actuariel» plutôt qu'un «déficit actuariel», étant donné que pareil déficit aurait pour effet de priver les pensionnés des prestations qui leur étaient garanties.

Au début des années 1980, en raison de la prudence dont faisaient preuve les actuaires et d'un ensemble particulier de facteurs économiques, de nombreuses caisses de retraite ont accumulé des surplus considérables. Parmi ces facteurs, il y a les taux d'intérêt qui ont atteint, à un moment donné, les 20 pour 100 et qui ont entraîné des revenus de placement dans les titres à valeur fixe fort supérieurs à ce qu'on avait prévu. De 1982 à 1987, le boom boursier a également entraîné des gains en capital beaucoup plus élevés que prévu. En outre, la récession de 1981-1982 a provoqué de nombreux

uted on their account remained in the plan and either reduced unfunded liability for other employees or fell into surplus. At the same time, employers, uncertain as to whether they could use surplus for ongoing funding, often continued to contribute to over-funded plans in years when investment returns were at their highest, increasing existing surpluses: Gary Nachshen, "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989. The result of these events was to increase pension surpluses in Canada which, by 1982, had already been estimated to be between \$4 billion and \$8 billion: D. Don Ezra, *The Struggle for Pension Fund Wealth* (1983).

So long as a pension plan remains operational, hefty surpluses pose no problem except perhaps to employers wondering whether they can use the surplus for current funding needs, taking a "contribution holiday". When a plan terminates, however, the question arises of who is entitled to the surplus. That is the problem that faces us on this appeal. It is not, we are told, an isolated one. Many plans such as this were set up in the 1960s and the decades that followed. Few contained express provisions as to distribution of surplus.

The Catalytic plan in this appeal was set up in 1959 as a defined contribution plan. As one would expect in that type of plan, all funds would ultimately be paid out to the pensioners or beneficiaries. There could be no surplus.

In 1966, however, the plan was changed to a defined benefit plan and the possibility of a surplus arose. In 1978, the Plan Agreement was redrafted. This restatement raised for the first time the issue of what should be done with any surplus. It empowered the company to use the surplus as it

ses mises à pied d'employés qui n'avaient pas de droits acquis à des prestations de retraite. Les cotisations versées dans leur compte sont demeurées dans le régime et ont servi à réduire le passif non capitalisé pour les autres employés ou ont constitué un surplus. En même temps, les employeurs, qui n'étaient pas certains de pouvoir utiliser le surplus aux fins du financement courant, ont souvent continué de cotiser à des régimes financés en trop pendant les années où les revenus de placement avaient atteint un point culminant, ce qui a eu pour effet d'augmenter les surplus existants: Gary Nachshen, «Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate», dans *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989. Il en est résulté une augmentation des surplus de caisse de retraite au Canada, dont le montant estimatif, en 1982, était déjà de 4 à 8 milliards de dollars: D. Don Ezra, *The Struggle for Pension Fund Wealth* (1983).

Tant qu'un régime de retraite existe, les surplus importants ne posent pas de problèmes, sauf peut-être pour les employeurs qui se demandent s'ils peuvent les utiliser aux fins du financement courant, en s'accordant une «période d'exonération de cotisations». Toutefois, lorsque le régime prend fin, il s'agit de savoir qui a droit au surplus. Tel est le problème qui se pose dans la présente affaire qui, nous dit-on, n'est pas un cas isolé. De nombreux régimes comme celui qui est ici en cause ont été créés pendant les années 1960 et les décennies qui ont suivi. Peu de régimes renfermaient des dispositions expresses au sujet de la répartition des surplus.

Le régime de Catalytic, dont il est question en l'espèce, a été créé en 1959 en tant que régime à cotisations déterminées. Comme on pouvait s'y attendre dans ce genre de régime, tous les fonds seraient ultimement versés aux pensionnés ou aux bénéficiaires. Il ne pouvait pas y avoir de surplus.

Toutefois, en 1966, le régime a été converti en un régime à prestations déterminées et la possibilité d'un surplus est apparue. En 1978, la convention relative au régime a été rédigée de nouveau, de sorte que la question de savoir ce qu'on devait faire d'un surplus s'est posée pour la première fois.

saw fit after making full provision for the accrued benefits payable to members and beneficiaries. When the plan was terminated in 1988, a large surplus was revealed. The issue was who should have it — the employees and their beneficiaries or the employer?

Implications Flowing from the Nature of the Defined Benefit Plan

As noted, the employer is legally obliged under a defined benefits plan to ensure that all pension benefits owing are paid when they fall due. The employer thus bears the risk that contributions may be insufficient or that investments may not perform as well as predicted. The converse of this proposition is that the employer should be permitted to take advantage of the excess when investments do better than predicted.

From an economic policy perspective, if employers cannot retrieve surpluses, they may be inclined to request that their actuaries take a more optimistic view of the future of their investments and fund existing pensions less generously. Alternatively, they may refuse to enter into new pension regimes or, in some cases, terminate those which already exist. Inability to retrieve surpluses may also lead employers, unwilling to assume the risk of providing guaranteed benefits without the possibility of recovering surplus funding, to choose defined contribution plans rather than defined benefit plans. Employees, no longer assured of a specific pension and required to assume the risk of insufficient funding themselves, would be the losers.

On the other side of the coin, permitting employers to recover surplus in a defined benefit plan is not unfair to employees. It is argued that employees should have the surplus because they have paid for it through direct contributions or by accepting lower wages and fewer fringe benefits. This argument overlooks the nature of the employ-

La convention habilitait la compagnie à utiliser le surplus comme elle le jugerait bon, une fois versées toutes les prestations accumulées payables aux participants et aux bénéficiaires. Lorsque le régime a pris fin, en 1988, on a constaté l'existence d'un surplus important. Il s'agissait de savoir à qui il revenait — aux employés et à leurs bénéficiaires ou à l'employeur?

Conséquences découlant de la nature du régime à prestations déterminées

Tel que souligné, l'employeur est légalement tenu, dans le cadre d'un régime à prestations déterminées, de garantir que toutes les prestations de retraite seront versées lorsqu'elles seront dues. L'employeur assume donc le risque que les cotisations ne soient pas suffisantes ou que les placements ne soient pas aussi fructueux que prévu. À l'inverse, l'employeur devrait être autorisé à profiter de l'excédent lorsque les placements sont plus rentables que prévu.

Sur le plan de la politique économique, si les employeurs ne peuvent pas récupérer les surplus, ils peuvent être portés à demander à leurs actuaires de se montrer plus optimistes à l'égard de leurs placements et à financer moins généreusement les régimes de retraite existants. Subsidiairement, ils peuvent refuser de participer à de nouveaux régimes de retraite ou, dans certains cas, mettre fin à ceux qui existent déjà. L'incapacité de récupérer les surplus peut également amener l'employeur, qui ne veut pas assumer le risque de garantir des prestations sans avoir la possibilité de recouvrer les surplus, à choisir un régime à cotisations déterminées plutôt qu'un régime à prestations déterminées. Les employés, auxquels on ne garantirait plus des prestations précises et qui se verraient obligés d'assumer eux-mêmes le risque d'un financement insuffisant, seraient perdants.

Par contre, permettre aux employeurs de recouvrer le surplus accumulé dans le cadre d'un régime à prestations déterminées n'est pas injuste pour les employés. On soutient que les employés devraient avoir droit au surplus parce qu'ils l'ont payé en versant directement des cotisations ou en acceptant un salaire inférieur et un moins grand nombre

ees' legitimate expectations under a defined benefit plan. The employees, having bargained for specific benefits, will receive precisely what they bargained for. The benefits, as defined by the plan, are the *quid pro quo* for their services and contributions. Indeed, the intention of the parties — and the very purpose of the plan — is that they receive these benefits. To give the employees the surplus, however, is to give them more than they bargained for. It is a windfall to the employees and a denial of the equitable interest which the employer holds in the surplus.

This practical view of things is supported by the policy of the Minister of National Revenue. Information Circular No. 72-13R7, December 31, 1981, is based on the assumption that surplus is normally returnable to the employer. In order to comply with registration requirements, surplus in excess of the employer's current service funding obligations in the following 24-month period must be either refunded to the employer or applied against the employer's obligations for contributions on account of current or past service in the current and subsequent years. Furthermore, all pension plans are to contain a provision permitting an actuarial surplus to be refunded to contributing employers of the plan. This requirement, it may be noted, may prevent problems such as the one presented on this appeal from arising in plans set up after the Circular.

The Position in Other Jurisdictions

The problem of surplus in defined benefit pension plans is a recent one. The matter has, however, been considered by courts in England and the United States. It is fair to say that they have generally come down on the side of returning the surplus to the employers.

Courts in Great Britain have relied primarily upon principles of trust law when attempting to resolve the question of pension surplus. In *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2

d'avantages sociaux. Cet argument ne tient pas compte de la nature des attentes légitimes des employés qui participent à un régime à prestations déterminées. Les employés, qui ont négocié des prestations précises, recevront exactement ce qu'ils ont négocié. Les prestations prévues par le régime constituent la contrepartie de leurs services et cotisations. En fait, l'intention des parties — et l'objet même du régime — est que les employés touchent ces prestations. Toutefois, remettre le surplus aux employés revient à leur donner plus que ce qu'ils ont négocié. C'est un gain fortuit pour les employés et une négation du droit d'*equity* qu'a l'employeur sur le surplus.

Cette perception pratique des choses est étayée par la politique du ministre du Revenu national. La circulaire d'information n° 72-13R7 du 31 décembre 1981 est fondée sur l'hypothèse selon laquelle un surplus revient normalement à l'employeur. Pour satisfaire aux exigences en matière d'enregistrement, toute somme qui excède les cotisations pour services courants que l'employeur doit verser au cours des 24 mois qui suivent doit soit lui être remboursée, soit être déduite de ses obligations de verser des cotisations pour services courants ou passés au cours de l'année courante et des années subséquentes. En outre, tous les régimes de retraite doivent comporter une disposition permettant le remboursement d'un surplus actuariel aux employeurs cotisants. On peut souligner que cette exigence peut empêcher que des problèmes, comme celui qui nous est soumis en l'espèce, se posent dans des régimes créés postérieurement à la circulaire.

La position adoptée dans d'autres ressorts

Le problème du surplus dans les régimes de retraite à prestations déterminées est récent. Toutefois, la question a été examinée par les tribunaux anglais et américains. Il est juste de dire que ces tribunaux sont généralement favorables au retour du surplus à l'employeur.

Les tribunaux britanniques se sont principalement fondés sur les principes du droit des fiducies lorsqu'ils ont tenté de résoudre la question des surplus de régime de retraite. Par exemple, dans l'af-

All E.R. 563 (Ch. D.), for example, Scott J. applied the doctrine of resulting trust and concluded that a surplus in a contributory defined benefits pension fund should be paid to the employer. He held that the result could be otherwise only if the plan contained a provision expressly excluding return of the funds to the employer. He rejected the argument that a resulting trust operated in favour of the employees in view of their contributions mainly on the ground that what the employees had paid for was the specific benefit received from the fund. See also, *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495 (Ch.D.).

In the United States, the courts look to the terms of the plan documents and the intent of the parties. They also tend to the view that the surplus would represent an unintended windfall profit if it were retained by the employees: *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 v. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (D.C. 1983). Provisions to the effect that amendments to the plan or trust documents may not enable an employer to divert or recover any portion of the trust funds are treated as prohibiting diversion prior to satisfaction of the plan's liabilities, but not thereafter. Once the pensioners are assured of their benefits, the surplus is recoverable by the employer: *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (E.D. Pa. 1977); *Pollock v. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (S.D.N.Y. 1979); *Washington-Baltimore Newspaper Guild; Wilson v. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (4th Cir. 1987). Where courts in the United States have found that a surplus could not be recovered by the employer, they have done so on the basis that the wording of the plan documents unequivocally precluded such recovery: *Bryant v. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (6th Cir. 1986); *Audio Fidelity Corp. v. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (4th Cir. 1980).

faire *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563 (Ch. D.), le juge Scott a appliqué le principe de la fiducie par déduction et a conclu que le surplus de la caisse de retraite d'un régime contributif à prestations déterminées devait être versé à l'employeur. Il a statué qu'il ne pourrait en être autrement que si le régime renfermait une disposition excluant expressément la remise des fonds à l'employeur. Il a rejeté l'argument selon lequel une fiducie par déduction jouait en faveur des employés, du fait des cotisations qu'ils avaient versées, principalement pour le motif que ce que les employés avaient payé étaient les prestations précises reçues de la caisse. Voir également, *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495 (Ch.D.).

d

De leur côté, les tribunaux américains examinent les modalités du régime et l'intention des parties. Ils ont également tendance à considérer que le surplus représenterait un gain fortuit non intentionnel si les employés le conservaient: *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 c. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (D.C. 1983). Les dispositions voulant que les modifications apportées au régime ou aux documents de fiducie ne permettent peut-être pas à l'employeur d'utiliser à d'autres fins ou de recouvrer une partie des fonds en fiducie sont considérées comme interdisant l'utilisation à d'autres fins avant d'avoir satisfait aux obligations du régime, mais non après. Une fois que les prestations sont garanties aux pensionnés, l'employeur peut recouvrer le surplus: *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (E.D. Pa. 1977); *Pollock c. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (S.D.N.Y. 1979); *Washington-Baltimore Newspaper Guild; Wilson c. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (4th Cir. 1987). Lorsque les tribunaux américains ont conclu que l'employeur ne pouvait pas recouvrer un surplus, ils l'ont fait pour le motif que le texte des documents du régime interdisait clairement pareil recouvrement: *Bryant c. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (6th Cir. 1986); *Audio Fidelity Corp. c. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (4th Cir. 1980).

*Consistency with the Right to Use Surplus for a
"Contribution Holiday"*

It has repeatedly been held that employers are entitled to use the surplus in defined benefit plans for purposes of funding their actuarially determined contributions: *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595. Cory J. arrives at the same conclusion in this case.

The obvious question immediately presents itself. If the employer is entitled to use the surplus to fund future contributions, why should the employer be denied the ability to recoup the surplus from previous funding? If, on the other hand, the fund in equity belongs to the employees in some notional sense, how can the employer usurp that interest by using the surplus to discharge its ongoing funding responsibility? Consistency suggests that both past and present funding and entitlement should be treated in the same way.

Some commentators, while recognizing the anomaly of allowing the employer to use the surplus for a contribution holiday but not to recoup past over-contributions from the surplus, argue that, from a "practical and symbolic" point of view, the two questions may be different since "all funds paid into the pension stay there, at least notionally": Bernard Adell, "Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform", *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2 (1988), at p. 242. Cory J. makes a similar point. So, it is suggested, an employer's entitlement to a contribution holiday may "not automatically entitle him to ownership of the actuarial surplus, as well": Nachshen, *supra*, at p. 77.

Nevertheless, it remains true that as a matter of principle, there appears to be no reason why an

*Compatibilité avec le droit d'utiliser un surplus
aux fins d'une «période d'exonération de cotisations»*

Il a été jugé à maintes reprises que l'employeur a le droit de se servir du surplus d'un régime à prestations déterminées pour financer ses cotisations actuarielles: *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595. Le juge Cory arrive à la même conclusion en l'espèce.

Une question évidente se pose immédiatement: si l'employeur a le droit d'utiliser le surplus pour financer des cotisations futures, pourquoi ne lui permettrait-on pas de récupérer le surplus découlant d'un financement antérieur? Si, par contre, en *equity*, la caisse appartient théoriquement aux employés, comment l'employeur peut-il s'approprier ce droit en utilisant le surplus pour s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en matière de financement? La logique commande de traiter de la même façon le financement tant passé qu'actuel ainsi que les droits y relatifs.

Tout en reconnaissant qu'il n'est pas normal de permettre à l'employeur d'utiliser le surplus aux fins d'une période d'exonération de cotisations et de lui interdire de recouvrer les cotisations versées en trop dans le passé, certains commentateurs soutiennent que, d'un point de vue «pratique et symbolique», il peut s'agir de deux questions différentes, puisque [TRADUCTION] «toutes les sommes versées au régime y demeurent, en théorie du moins»: Bernard Adell, «Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform», *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2 (1988), à la p. 242. Le juge Cory fait une remarque similaire. Ainsi, laisse-t-on entendre, il se peut que le droit de l'employeur à une période d'exonération de cotisations [TRADUCTION] «ne lui donne pas droit automatiquement au surplus actuariel également»: Nachshen, *loc. cit.*, à la p. 77.

Néanmoins, il reste qu'en principe il ne semble y avoir aucune raison de ne pas permettre à l'em-

employer permitted to use surplus for ongoing contributions should not be allowed to reclaim the result of past over-contributions from the same surplus.

Summary

Consideration of the nature of defined benefit plans leads to the conclusion that the normal and just result is that surplus in such plans (as distinguished from defined contribution plans) should revert to the employer. Against this background, I turn to the documents which govern this case and the principles of law applicable to them.

Analysis

The Private Regime

Pension plans such as those at issue here are private arrangements bestowed by an employer on employees as a benefit of employment or set up pursuant to agreement between employer and employees. The employees may contribute (contributory plans), or the employer may bear the entire cost (non-contributory plans). The plan may be funded through insurance purchased by the employer for payment of the benefits (an insured plan), or the monies may be placed in a trust (a "trusteed" plan). Whatever form they take, as private contractual or as trust arrangements, the law of contract or trust determines how the funds are distributed. This may be varied by legislation, but in this case that did not occur. We must look to the principles of private law for a solution to the problem of distribution of surpluses. In so far as we are concerned with an agreement, we look to the law of contract; in so far as a trust arises, we look to the law of trusts. We are not concerned with making some new law peculiar to pension surpluses.

The primary rule in construing an agreement or defining the terms of a trust is respect for the

ployeur, qui est autorisé à utiliser le surplus aux fins des cotisations courantes, de récupérer sur le même surplus le montant des cotisations passées versées en trop.

Résumé

L'examen de la nature des régimes à prestations déterminées nous amène à conclure qu'il est juste et normal que le surplus accumulé dans pareils régimes (par opposition aux régimes à cotisations déterminées) revienne à l'employeur. Cela étant, j'examinerai maintenant les documents qui régissent la présente affaire ainsi que les principes juridiques qui leur sont applicables.

Analyse

a Le régime privé

Les régimes de retraite comme ceux dont il est ici question sont des ententes privées qui font partie des avantages sociaux que l'employeur accorde aux employés, ou qui sont conclues conformément à une convention entre l'employeur et les employés. Les employés peuvent verser des cotisations (régimes contributifs), ou l'employeur peut assumer tous les coûts (régimes non contributifs). Le régime peut être financé au moyen d'une assurance souscrite par l'employeur en vue du versement de prestations (régime assuré ou garanti), ou les fonds peuvent être détenus en fiducie (régime en fiducie). Quelle que soit la forme du régime, à savoir une entente contractuelle privée ou une fiducie, le droit des contrats ou des fiducies régit la façon dont les fonds sont répartis. Des modifications peuvent être apportées par voie législative, mais cela ne s'est pas produit en l'espèce. Il faut examiner les principes du droit privé pour résoudre le problème de la répartition des surplus. Dans la mesure où une convention est en cause, c'est le droit des contrats qu'il faut examiner; dans la mesure où il existe une fiducie, il faut examiner le droit des fiducies. Nous n'avons pas à établir de nouvelles règles de droit propres aux surplus de caisse de retraite.

j La règle fondamentale qui s'applique à l'interprétation d'une convention ou à la définition des

intention of the parties or, in the case of a trust, the intention of the settlor. The task of the court is to examine the language of the documents to ascertain what, on a fair reading, the parties intended. Unless there is a legal reason preventing it, the courts will seek to give effect to that intention. The search for an answer to the problem before us must therefore focus primarily on the documents relating to the plans and the intention of the parties, if any, with respect to a surplus arising under a defined benefits plan.

The Documents

It is my conclusion, after studying the documents and applying them to the plan as it stood at all relevant times, that apart from the reference in the 1978 restatement which provided that surplus should go to the employer, the documents are silent on the question of surplus. There is a dispute about whether the 1978 stipulation was a valid "amendment" to the original trust documents. As I see it, and for the reasons discussed below, it was a valid amendment and, as such, ought to stand. Alternatively, even if the 1978 stipulation were disregarded, the surplus would devolve on the employer under the doctrine of resulting trust.

The crux of the debate is Article V of the 1959 Trust Agreement:

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

1. Subject as herein and in the PLAN provided, the Company reserves the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the PLAN (including this Agreement) provided that no such amendment which affects the rights, duties, compensation, or responsibilities of the Trustee shall be made without its consent, and provided further that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the FUND to be used for or diverted to pur-

modalités d'une fiducie consiste à respecter l'intention des parties ou, dans le cas d'une fiducie, celle du constituant. Il incombe au tribunal d'examiner le texte des documents pour déterminer, selon une juste interprétation, l'intention des parties. À moins qu'il n'y ait un motif juridique de ne pas le faire, les tribunaux cherchent à mettre à exécution cette intention. Pour répondre au problème qui se pose en l'espèce, il faut donc se concentrer principalement sur les documents relatifs aux régimes et sur l'intention des parties, le cas échéant, en ce qui concerne tout surplus accumulé dans un régime à prestations déterminées.

Les documents

Après avoir étudié les documents et les avoir appliqués au régime qui existait à toute époque pertinente, je conclus qu'à part la disposition de la nouvelle convention de 1978, qui prévoyait qu'un surplus devait revenir à l'employeur, les documents ne disent rien au sujet de la question du surplus. On ne s'entend pas sur la question de savoir si la stipulation de 1978 constituait une «modification» valide des documents de fiducie initiaux. Si je comprends bien et pour les motifs énoncés ci-après, la modification était valide et, partant, elle devrait être maintenue. Subsidiairement, même si on faisait abstraction de la stipulation de 1978, le surplus irait à l'employeur en vertu du principe de la fiducie par déduction.

L'article V de l'acte de fiducie de 1959 constitue le nœud du litige:

[TRADUCTION]

ARTICLE V

MODIFICATION ET CESSATION

1. Sous réserve du présent acte et du RÉGIME, la compagnie se réserve le droit de modifier à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du RÉGIME (dont le présent acte), à condition qu'aucune modification de ce genre qui influe sur les droits, les obligations, la rétribution ou les responsabilités du fiduciaire ne soit effectuée sans son consentement, et à condition que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la CAISSE soit utilisée ou affectée à d'autres

poses other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the PLAN as amended from time to time, and for the payment of taxes or other assessments as provided in paragraph 2 of Article II hereof, and the expenses and compensation of the Trustee as provided in paragraph 4 of Article IV hereof. [Emphasis added.]

Moore C.J. upheld in the Court of Appeal, interpreted the underlined portion of Article V as precluding any amendment of the plan which would have the effect of conferring money in the plan to anyone other than the beneficiaries. Reasoning that the surplus here in issue constituted funds under the plan, he concluded that the 1978 amendment was ineffective and that, consequently, the surplus must go to the employees. Cory J., as I understand his reasons, adopts the same approach.

The problematic step in this logical process is the assumption that the surplus arising after conversion to a defined benefit plan in 1966 forms part of the fund to which Article V is addressed. For the reasons outlined earlier, at the time Article V was drafted, there could never be a surplus. It was simply impossible to have a surplus under the defined contribution plan then in place. The surplus was a new entity, created years later as a consequence of converting the plan to a defined benefits plan. The "FUND" referred to in Article V cannot therefore refer to the surplus with which we are concerned. Rather, it refers to the fund in place under the defined contributions scheme. This is apparent from the latter part of Article V, which permits deductions for only those things which would be deductible under a defined contribution policy: "taxes or other assessments as provided in paragraph 2 of Article II hereof, and the expenses and compensation of the Trustee as provided in paragraph 4 of Article IV hereof".

With respect, I think Moore C.J. gave a broader scope to Article V of the 1959 Trust Agreement than it can reasonably be made to bear. In effect,

fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME tel que modifié à l'occasion, ou conformément à celui-ci, et aux fins du paiement des impôts ou autres cotisations prévus au paragraphe 2 de l'article II des présentes, ainsi que des frais et de la rétribution du fiduciaire, prévus au paragraphe 4 de l'article IV des présentes. [Je souligne.]

Le juge en chef Moore, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel, a interprété la partie soulignée de l'article V comme empêchant toute modification du régime qui aurait pour effet de verser les fonds du régime à une autre personne que les bénéficiaires. Estimant que les sommes excédentaires ici en cause constituaient des fonds au sens du régime, il a conclu que la modification de 1978 était sans effet et que ces sommes excédentaires devaient donc être remises aux employés. Le juge Cory, si je comprends bien, adopte le même point de vue.

Le problème qui se pose dans ce processus logique est l'hypothèse selon laquelle le surplus accumulé après la conversion en un régime à prestations déterminées, en 1966, fait partie de la caisse visée par l'article V. Pour les motifs déjà exposés, au moment où l'article V a été rédigé, il ne pouvait guère y avoir de surplus. Il était tout simplement impossible d'avoir un surplus aux termes du régime à cotisations déterminées alors existant. Le surplus était une nouveauté qui était apparue plusieurs années plus tard, à la suite de la conversion en un régime à prestations déterminées. La «CAISSE» mentionnée à l'article V ne peut donc pas viser le surplus ici en cause. Il s'agit plutôt de la caisse qui existait dans le cadre du régime à cotisations déterminées. C'est ce qui ressort de la dernière partie de l'article V, qui permet de déduire uniquement ce qui serait deductible aux termes d'un régime à cotisations déterminées: «impôts ou autres cotisations prévus au paragraphe 2 de l'article II des présentes, ainsi que [...] frais et [...] rétribution du fiduciaire, prévus au paragraphe 4 de l'article IV des présentes».

En toute déférence, je crois que le juge en chef Moore a attribué à l'article V de l'acte de fiducie de 1959 une portée plus large que celle qui peut

he read "FUND", which at the time of drafting could not by definition have included any surplus, as extending to the surplus which later arises under quite a different arrangement.

The problem is a common one. A contract or trust deed is drafted. Later, a new, unanticipated situation arises. The first question is whether the new situation falls within an existing term of the document. Courts facing this question look at the factual context in which it was drafted. They consider the wording against this background to determine whether the new situation can reasonably be said to fall within this clause. If the answer to this question is negative, the court may go on to ask itself whether a term covering the new situation can be implied, whether as a matter of fact, law or custom: see Treitel, *The Law of Contract* (4th ed. 1975), at p. 128. The limiting principle is that the courts will not make a new contract or trust to which the parties have not agreed: *Murphy v. McSorley*, [1929] S.C.R. 542.

In the case at bar, there is nothing in the evidence that suggests that the parties who signed Article V intended it to apply to a surplus which might arise under a conversion of the plan to a defined benefit plan. There is no suggestion that conversion of the plan was foreseen, much less that a surplus might arise under such a scheme. Article V by its terms clearly applies to the specific defined contribution plan which the parties were putting in place in 1959. It refers to a specific "PLAN", the 1959 plan, and, consistent with a defined contribution plan, it treats all funds as falling into one of two categories — benefits payable to the employees and expenses. Finally, to apply Article V to a surplus under the unforeseen defined benefit plan would, for the reasons enunciated earlier, produce a result which, if not anomalous, is out of step with the characteristics of a defined benefits plan and the approach which has been taken to this problem in other jurisdictions. It is

raisonnablement lui être attribuée. En effet, il a interprété le mot «CAISSE», qui, au moment où l'acte a été rédigé, ne pouvait, par définition, inclure un surplus, comme visant le surplus qui a par la suite été accumulé en vertu d'une entente tout à fait différente.

Il s'agit d'un problème courant. Un contrat ou un acte de fiducie est rédigé. Par la suite, une nouvelle situation imprévue survient. Il s'agit d'abord de savoir si la nouvelle situation est visée par une modalité existante du document. Les tribunaux qui sont appelés à trancher cette question examinent le contexte factuel dans lequel cette modalité a été rédigée. Ils en examinent le texte en fonction de ce contexte pour déterminer s'il est raisonnablement possible de dire que la nouvelle situation est visée par la modalité en question. Dans la négative, le tribunal peut alors se demander s'il est possible de déduire l'existence d'une modalité applicable à la nouvelle situation, que ce soit sur le plan des faits, du droit ou de la coutume: voir Treitel, *The Law of Contract* (4^e éd. 1975), à la p. 128. Le principe restrictif veut que les tribunaux ne créent pas un nouveau contrat ou une nouvelle fiducie n'ayant pas reçu l'adhésion des parties: *Murphy c. McSorley*, [1929] R.C.S. 542.

En l'espèce, aucun élément de preuve ne laisse entendre que les parties qui ont signé l'article V voulaient qu'il s'applique au surplus qui pourrait exister par suite de la conversion du régime en un régime à prestations déterminées. On ne laisse pas entendre que la conversion du régime était prévue, et encore moins qu'un surplus pourrait être accumulé aux termes d'un tel régime. Il est clair que, de par son texte même, l'article V s'applique au régime à cotisations déterminées précis que les parties ont instauré en 1959. Il parle d'un «RÉGIME» précis, le régime de 1959, et, conformément à un régime à cotisations déterminées, tous les fonds sont considérés comme tombant dans l'une de deux catégories — les prestations payables aux employés et les frais. Enfin, appliquer l'article V au surplus accumulé dans le cadre du régime à prestations déterminées non prévu entraînerait, pour les motifs déjà exposés, un résultat qui, bien que normal, est néanmoins incompati-

not reasonable, in my opinion, to conclude that Article V applies to the surplus that could only develop after conversion of the plan years later to a defined benefit plan.

The same considerations negate the possibility of implying a term that the provisions of Article V apply to the unforeseen surplus. An attempt to imply a term to cover an unforeseen factual situation will generally fail if it is not clear that the parties would have agreed to the term, or where one or both of the parties is shown not to have known of the new situation at the time of contracting: Treitel, *supra*, at pp. 129-130. There is no suggestion that the parties who signed Article V in 1959 knew about the possibility of a surplus; nor can it be said that they would have agreed that it should go to the employees had they foreseen it. Indeed, the inference from the 1978 provision that surplus go to the employer suggests the contrary.

I am thus led to conclude that Article V, drafted in the context of a defined contribution plan, should not be read as applying to the surplus which arose under the later defined benefit plan. It follows that the 1978 provision stipulating that the surplus should go to the employer is valid and determines the issue.

Express Trust

It is argued that the surplus here in question is impressed with an express trust in favour of the employees which prevents the employer from claiming it.

I note initially that this argument must be distinguished from the argument based on the doctrine of resulting trust. The doctrine of resulting trust does not deal with the classic express trust, but is

ble avec les caractéristiques d'un régime à prestations déterminées et avec la façon dont ce problème a été abordé dans d'autres ressorts. À mon avis, il n'est pas raisonnable de conclure que l'article V s'applique au surplus qui ne pouvait exister qu'après la conversion du régime, plusieurs années plus tard, en un régime à prestations déterminées.

Les mêmes considérations nous empêchent de déduire l'existence d'une modalité voulant que les dispositions de l'article V s'appliquent au surplus imprévu. Toute tentative de déduire l'existence d'une modalité applicable à une situation factuelle imprévue échoue généralement, s'il n'est pas clair que les parties auraient souscrit à cette modalité, ou s'il est démontré que l'une ou l'autre des parties, ou les deux, n'étaient pas au courant de la nouvelle situation au moment de la passation du contrat: Treitel, *op. cit.*, aux pp. 129 et 130. On ne laisse pas entendre que les parties qui ont signé l'article V en 1959 étaient au courant de la possibilité d'un surplus, et on ne peut pas dire non plus qu'elles auraient convenu de le remettre aux employés si elles avaient prévu son existence. En fait, la déduction qui est faite à partir de la disposition de 1978, selon laquelle le surplus revient à l'employeur, laisse entendre le contraire.

J'en arrive donc à conclure que l'article V, rédigé dans le contexte d'un régime à cotisations déterminées, ne devrait pas être interprété comme s'appliquant au surplus accumulé dans le cadre du régime à prestations déterminées subséquent. Il s'ensuit que la disposition de 1978 portant que le surplus devrait revenir à l'employeur est valide et règle la question.

La fiducie expresse

On soutient que le surplus ici en cause est assujéti à une fiducie expresse en faveur des employés, ce qui empêche l'employeur de le réclamer.

Je remarque d'abord qu'il faut faire une distinction entre cet argument et celui fondé sur le principe de la fiducie par déduction. Ce principe ne vise pas la fiducie expresse classique, mais consti-

rather an equitable doctrine permitting those who have an interest in funds held in the name of another to recover them. In the first case we are concerned with the interpretation of terms of an express trust document; in the latter about the application of a legal (equitable) doctrine to a given situation.

The 1959 plan created a trust. All contributions were made subject to the trust. This did not mean, however, that all contributions were payable to the employees. Under the 1959 plan, expenses and administrative fees were payable to those who earned them, and the balance was payable to the beneficiaries. Consistent with a defined contribution plan, these were the only two classes of disbursements.

When the plan was changed in 1966 to a defined benefits plan, the nature of the trust necessarily changed. For one thing, the two accounts which the trustee was obliged to hold under the 1959 plan, the Employee's Account and the Company Account, no longer made sense and were necessarily collapsed. For another, the benefits payable to the employees were redefined. The trustee's former obligation to pay out the balance in the member's share of the two accounts after expenses, was replaced with a new and different obligation to pay out the defined benefits. And finally, as the fund continued to operate in its new form, there appeared a new element; the surplus which accumulated from year to year.

It appears that when the change was first made from a defined contribution to a defined benefit plan, no thought was given to the question of surplus. Certainly the 1966 plan made no reference to surplus. In theory, the actuarial projections should be so perfect that a surplus does not arise. But in reality, as the years passed, it became evident that a surplus was being generated. This new situation needed to be addressed. The response was the 1978 stipulation that any surplus which existed after all defined benefits and expenses had been met, was payable to the employer.

tue plutôt un principe d'*equity* permettant à ceux qui ont un droit sur des fonds détenus au nom d'une autre personne, de les recouvrer. Il s'agit, dans le premier cas, d'interpréter les modalités d'un document de fiducie expresse et, dans l'autre cas, d'appliquer un principe juridique (d'*equity*) à une situation donnée.

Le régime de 1959 créait une fiducie. Toutes les cotisations étaient assujetties à la fiducie. Toutefois, cela ne voulait pas dire qu'elles étaient toutes payables aux employés. Aux termes du régime de 1959, les dépenses et les frais d'administration devaient être payés à qui de droit, et le solde était payable aux bénéficiaires. Conformément à un régime à cotisations déterminées, c'étaient là les deux seules catégories de débours.

En 1966, lorsque le régime a été converti en un régime à prestations déterminées, la nature de la fiducie a nécessairement changé. D'une part, les deux comptes que le fiduciaire était obligé de tenir aux termes du régime de 1959, à savoir le compte d'employé et le compte de la compagnie, n'avaient plus de raison d'être et ont nécessairement été fermés. Par ailleurs, les prestations payables aux employés ont été redéfinies. L'ancienne obligation qui incombait au fiduciaire de verser le solde dans la partie des deux comptes qui revenait au participant une fois les frais payés, a été remplacée par une nouvelle obligation différente, celle de payer les prestations déterminées. Enfin, au fur et à mesure que le fonds a continué d'exister sous sa nouvelle forme, un nouvel élément est apparu: le surplus qui s'accumulait d'une année à l'autre.

Il appert que lorsque le régime à cotisations déterminées a, pour la première fois, été converti en un régime à prestations déterminées, on n'a pas songé à la question du surplus. Il est sûr que le régime de 1966 ne parlait pas d'un surplus. En théorie, les prévisions actuarielles devaient être si parfaites qu'aucun surplus ne s'accumulerait. Mais, en réalité, au fil des ans, il est devenu évident qu'un surplus était généré. Il fallait remédier à cette nouvelle situation, ce qu'on a fait au moyen de la stipulation de 1978 voulant que tout surplus existant, une fois payés toutes les prestations déterminées et tous les frais, revenait à l'employeur.

Against this background, we return to the obligations on the trustee. The situation, as I see it, was this. Under the 1966 plan the trustee was obliged to pay defined benefits to each entitled employee. The trustee was further required to pay all administrative expenses of the trust. In addition to these two obligations, however, the trustee, as the years passed, found itself holding a third fund which was attached neither by the obligation to pay out benefits nor the obligation to pay expenses — the accumulating surplus. The original trust documents did not contemplate this fund and gave no guidance as to what to do with it.

The trustee was left with the following options with respect to the surplus. Prior to the 1978 stipulation, the trustee's only option, had the question of distribution of surplus arisen, would have been to apply to the court for a ruling. Had this occurred, the appropriate ruling would have been that it go to the employer on the principles of resulting trust, for the reasons discussed below. As it happened, however, a stipulation that the surplus go to the employer was made before the question of surplus distribution arose. For the reasons discussed earlier, that stipulation was valid. It follows that the surplus goes to the employer pursuant to the 1978 amendment.

It is contended that payment of the surplus to the employer constitutes revocation of a trust and that a trust cannot be revoked without express wording so permitting. This argument, however, fails because the surplus was an unanticipated development which was never contemplated by the original trust and was not addressed by any changes to the trust until 1978. The error in the respondents' submissions, as I see it, lies in assuming that the 1959 trust provisions apply to a surplus. In fact, they do not. All contributions fell into the trust, but to stop the analysis there is to beg the critical question: what was the trustee to do with the portion of the fund which became surplus after conversion of the plan to a defined benefit plan? The answer to that question does not amount to revocation of a

C'est dans ce contexte que nous revenons aux obligations du fiduciaire. À mon avis, la situation était la suivante: aux termes du régime de 1966, le fiduciaire était tenu de verser des prestations déterminées à chaque employé qui y avait droit. Le fiduciaire était en outre tenu de payer tous les frais d'administration de la fiducie. Toutefois, en plus de ces deux obligations, le fiduciaire en est venu, au fil des ans, à détenir un troisième fonds qui n'était assorti ni de l'obligation de verser des prestations ni de l'obligation de payer les frais, soit les sommes excédentaires. Les documents de fiducie initiaux ne prévoyaient pas l'existence de ce fonds et n'indiquaient pas ce qu'on devait en faire.

En ce qui concerne le surplus, le fiduciaire avait les choix suivants: avant la stipulation de 1978, si la question de la répartition du surplus s'était posée, le fiduciaire aurait uniquement pu demander aux tribunaux de rendre une décision à cet égard. Le cas échéant, la décision appropriée aurait été de remettre ce surplus à l'employeur, en vertu des principes de la fiducie par déduction, et ce, pour les motifs exposés plus loin. Toutefois, une stipulation que le surplus revenait à l'employeur a été faite avant que la question de la répartition du surplus ne se pose. Pour les motifs énoncés plus haut, cette stipulation était valide. Il s'ensuit que le surplus revient à l'employeur conformément à la modification de 1978.

On soutient que le versement des sommes excédentaires à l'employeur constitue une révocation de fiducie et qu'en l'absence de disposition expresse, il est impossible de révoquer une fiducie. Toutefois, cet argument doit être rejeté parce que le surplus était imprévu et n'avait jamais été envisagé dans la fiducie initiale, et du fait que ce n'est qu'en 1978 que cette question a été réglée au moyen d'une modification de la fiducie. À mon avis, les arguments des intimés sont erronés en ce sens qu'ils supposent que les dispositions de la fiducie de 1959 s'appliquent à un surplus, alors qu'en réalité ce n'est pas le cas. Toutes les cotisations tombaient dans la fiducie, mais si l'on ne s'en tient qu'à cela, on élude la question cruciale de savoir ce que le fiduciaire devait faire des fonds excédentaires.

trust, as the respondents suggest. Rather, it amounts to fulfilling the trust.

I conclude that the terms of the trust did not require that the surplus in question be paid to the employees. In 1966, when the possibility of a surplus first arose, the trust provided no guidance as to where a surplus would go in the event of termination. The 1978 amendment made it clear that it was payable to the employer. Therefore, under the terms of the trust, the employer is entitled to the surplus.

Resulting Trust

I have argued that under the terms of the governing documentation, and in particular the 1978 amendment which I consider valid, surplus contributions are returnable to the employer. If I were wrong in concluding that the documentation requires this result, the same conclusion would nevertheless flow from application of the doctrine of resulting trust.

Waters, Law of Trusts in Canada (2nd ed. 1984), at p. 299, describes the concept of resulting trust as follows:

... a resulting trust arises whenever legal or equitable title to property is in one party's name, but that party, because he is a fiduciary or gave no value for the property, is under an obligation to return it to the original title owner, or to the person who *did* give value for it. [Emphasis in original.]

The concept of resulting trust does not depend on there being an express trust in existence. However, one of its applications is in the case where residual monies not designated to a particular person or purposes arise in an express trust. Where this happens in a charitable trust, the courts will order the residual sum *cy-près*, among all the creditors. Where the trust is non-charitable, the sum

taires après la conversion du régime en un régime à prestations déterminées. La réponse à cette question ne revient pas à révoquer une fiducie, comme les intimés le laissent entendre. Elle revient plutôt à exécuter la fiducie.

Je conclus que les modalités de la fiducie n'exigeaient pas que le surplus en question soit versé aux employés. En 1966, lorsque la possibilité d'un surplus s'est manifestée pour la première fois, la fiducie n'indiquait pas ce qu'il adviendrait d'un surplus en cas de cessation du régime. Il est ressorti clairement de la modification de 1978 qu'il était payable à l'employeur. Par conséquent, aux termes de la fiducie, l'employeur a droit aux sommes excédentaires.

La fiducie par déduction

J'ai soutenu qu'en vertu des documents pertinents et, en particulier, de la modification de 1978 que je considère valide, les cotisations excédentaires doivent retourner à l'employeur. Si je commettais une erreur en concluant que les documents commandent ce résultat, la même conclusion découlerait néanmoins de l'application du principe de la fiducie par déduction.

À la page 299 de *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), *Waters* décrit ainsi la notion de fiducie par déduction:

[TRADUCTION] ... une fiducie par déduction naît dès que le titre de propriété du bien, en common law ou en *equity*, est au nom d'une partie et que cette dernière, parce qu'elle est fiduciaire ou qu'elle n'a pas remis de contrepartie pour le bien, est tenue de restituer le bien en question au détenteur initial du titre, ou à la personne qui *a donné* une contrepartie pour ce bien. [En italique dans l'original.]

La notion de fiducie par déduction ne dépend pas de l'existence d'une fiducie expresse. Toutefois, elle s'applique notamment dans le cas où il y a, dans une fiducie expresse, des sommes restantes non attribuées à une personne ou à des fins particulières. Lorsque cela se produit dans le cadre d'une fiducie caritative, les tribunaux ordonnent que la somme restante soit autant que possible répartie

generally reverts to the settlor: see *Waters, supra*, at p. 322.

If the 1978 amendment as to surplus is invalid, these principles suggest that the doctrine of resulting trust requires that the surplus be available to the employer. The employer was responsible for ensuring a fund sufficient to meet all defined benefits owing to employees. As it turns out, the employer paid more than required for the purpose of the trust, the provision of benefits to all eligible employees. The residual sum should therefore return to the employer.

As noted earlier, the doctrine of resulting trust has been applied to this situation in Great Britain, with the result that surplus funds in defined benefit pension plans have been ordered paid to the employer. It has also been applied in Canada. The case of *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (B.C.S.C.), raised similar issues as those before us. The first question was the validity of an amendment directing that surplus should revert to the employer. Gould J. found that the attempted amendment in that case was invalid. However, he went on to hold that the surplus reverted to the employer under the doctrine of resulting trust. He stated, at p. 111:

The method which the board has employed [directors' resolution to allow reversion] does not accomplish the purpose for which it was intended. If this method is ineffectual, how then must the money remaining in the fund be distributed?

The purposes of this trust simply did not exhaust the fund and the outcome here, i.e., a surplus balance of \$31,163.38, was not foreseen by the respondent Dependable. The situation appears to be one where a resulting trust arises by operation of the law. [Emphasis added.]

entre tous les créanciers. Dans les autres cas, la somme revient généralement au constituant: voir *Waters, op. cit.*, à la p. 322.

^a Si la modification de 1978 concernant le surplus est invalide, ces principes laissent entendre que la règle de la fiducie par déduction exige que l'employeur puisse récupérer le surplus. Ce dernier ^b était chargé de garantir que la caisse serait suffisante pour verser toutes les prestations déterminées qui seraient dues aux employés. En fin de compte, l'employeur a payé plus que ce qui était nécessaire pour réaliser l'objet de la fiducie, soit le versement ^c des prestations à tous les employés admissibles. La somme restante devrait donc lui être remise.

Comme je l'ai déjà mentionné, les tribunaux de ^a Grande-Bretagne ont appliqué, en pareil cas, le principe de la fiducie par déduction, de sorte qu'ils ont ordonné que les fonds excédentaires accumulés dans un régime de retraite à prestations déterminées soient remis à l'employeur. Les tribunaux ^e canadiens ont également appliqué ce principe. L'affaire *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (C.S.C.-B.), soulevait des questions semblables à celles qui se posent en ^f l'espèce. La première se rapportait à la validité d'une modification prévoyant que tout surplus devait être remis à l'employeur. Le juge Gould a conclu que la modification que l'on a tenté d'apporter dans ce cas-là n'était pas valide. Toutefois, ^g il a ajouté que le surplus revenait à l'employeur en vertu du principe de la fiducie par déduction. Voici ce qu'il affirme, à la p. 111:

[TRADUCTION] La méthode que le conseil a employée [à savoir la résolution des administrateurs autorisant la réversion] ne permet pas d'atteindre la fin visée. Si cette méthode est inefficace, comment faut-il répartir les sommes qui restent dans la caisse?

La réalisation des objets de cette fiducie n'a simplement pas permis d'épuiser le fonds et l'intimée Dependable n'avait pas prévu le résultat auquel on est arrivé en l'espèce, c.-à-d. le solde excédentaire de 31 163,38 \$. Il paraît s'agir d'une situation où une fiducie par déduction prend naissance en vertu de la loi. [Je souligne.]

My colleague seeks to distinguish this case on two grounds. He questions Gould J.'s conclusion that there could be a resulting trust in favour of the employer because of a clause in the plan providing that no amendment "shall permit any part of the trust fund to revert to or to be recoverable by the Company" (p. 110). But Gould J. was not talking about reversion under an amendment (having found the attempt to amend had failed), but rather about reversion by operation of law. My colleague also points to the fact that unlike the plan at bar, the plan in *Cantol* was non-contributory. But as we have seen, even where employees contribute to a defined benefit plan, that contribution is taken to be fully satisfied by receipt of the defined benefits: *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, *supra*. Once the defined obligations to the employees have been paid, it is difficult to argue that the employees have an interest in the surplus on the basis of a resulting trust in their favour. It is in the nature of a defined benefit that it represents a fixed amount to which the employee is entitled from the plan. The employee accepts this fixed amount in lieu of the greater or lesser amounts he or she might obtain on a defined contribution plan. Generally, this is thought to be in the employee's interest.

To put it another way, once the stipulated benefit is paid, the employee is no longer a beneficiary — he or she has exhausted his or her rights under the plan. As Gould J. put it in *Cantol*, at p. 111, "[a]ll of the beneficiaries have been paid off in accordance with [the trust] provisions, and no beneficiaries remain in any of the categories". Moreover, the complications of holding otherwise appear significant. As Scott J. points out in *Davis*, *supra*, at p. 595, different employees contribute different amounts, and often receive benefits disproportionate to their contributions, depending on when they started working, how long they have been work-

Mon collègue cherche à faire une distinction d'avec la présente affaire, pour deux motifs. Il remet en question la conclusion du juge Gould qu'il pourrait y avoir une fiducie par déduction en faveur de l'employeur, en raison d'une clause du régime prévoyant qu'aucune modification [TRANSDUCTION] «ne doit permettre qu'une partie du fonds en fiducie soit retournée à la compagnie ou récupérable par cette dernière» (p. 110). Cependant, le juge Gould ne parlait pas de réversion en vertu d'une modification (puisque'il avait conclu que la tentative de modification avait échoué), mais plutôt de réversion par application de la loi. Mon collègue souligne également que, contrairement au régime ici en cause, le régime, dans l'affaire *Cantol*, était un régime non contributif. Cependant, comme nous l'avons vu, même lorsque les employés cotisent à un régime à prestations déterminées, leurs cotisations sont considérées comme pleinement remboursées grâce à la réception des prestations déterminées: *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, précité. Une fois qu'on a satisfait aux obligations déterminées envers les employés, on peut difficilement soutenir que les employés ont droit au surplus en raison de l'existence d'une fiducie par déduction en leur faveur. De par sa nature même, une prestation déterminée représente un montant fixe auquel l'employé a droit en vertu du régime. L'employé accepte ce montant fixe au lieu des sommes supérieures ou inférieures qu'il pourrait obtenir dans le cadre d'un régime à cotisations déterminées. En général, on estime que cela est dans l'intérêt de l'employé.

Autrement dit, une fois que les prestations prévues sont versées, l'employé n'est plus un bénéficiaire — il a épuisé les droits que lui conférait le régime. Comme le juge Gould l'affirme dans la décision *Cantol*, à la p. 111, [TRANSDUCTION] «[t]ous les bénéficiaires ont été payés conformément aux dispositions [de la fiducie] et il ne reste aucun bénéficiaire, quelle que soit la catégorie». En outre, les complications qui résulteraient d'une décision contraire paraissent importantes. Comme le juge Scott le souligne dans la décision *Davis*, précitée, à la p. 595, le montant des cotisations varie d'un employé à l'autre et les prestations tou-

ing, and other factors. The task of restoring to each employee his or her fair share of any surplus would be impossible. I can do no better than echo the query of Scott J.: "How can a resulting trust work as between the various employees inter se? I do not think it can and I do not see why equity should impute to them an intention that would lead to an unworkable result."

Conclusion

I conclude that the surplus in the Catalytic plan should revert to the employer. It is not touched by Article V of the 1959 agreement, with the result that the 1978 provision for its disposition is determinative. There is nothing in the Trust Agreement which requires its return to the beneficiaries, once their stipulated entitlement under the agreement has been fully met. If, in the alternative, the 1978 provision does not settle the matter, the doctrine of resulting trust would require that the surplus revert to the employer.

I would dispose of the appeals as proposed by Cory J., except on the question of the distribution of surplus in the Catalytic fund, where I would allow the appeal with costs.

The appeal by Air Products Canada Ltd. (File No. 23047) with respect to entitlement to any surplus traceable to the Catalytic fund should be dismissed and its appeal with respect to its entitlement to take a contribution holiday is allowed, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting in part.

The cross-appeal by Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the beneficiaries of the Stearns plans (File No. 23057) should be dismissed with respect to the entitlement of Air Products Canada Ltd. to all surplus remaining in the pension fund derived from the Stearns plan and to its entitlement to take a contribution holiday.

chées sont souvent disproportionnées aux cotisations, selon le moment où l'employé a commencé à travailler, la période pendant laquelle il a travaillé et d'autres facteurs. Il serait impossible de remettre à chaque employé sa juste part de toute somme excédentaire. Je me contenterai de rappeler les remarques du juge Scott: [TRADUCTION] «Comment une fiducie par déduction peut-elle s'appliquer entre les divers employés? Je ne crois pas qu'elle le puisse et je ne vois pas pourquoi l'*equity* devrait leur imputer une intention qui entraînerait un résultat impossible.»

Conclusion

Je conclus que le surplus du régime de Catalytic devrait retourner à l'employeur. Ce surplus n'est pas visé par l'article V de l'acte de 1959, de sorte que la disposition de 1978 relative à son aliénation est déterminante. Rien dans l'acte de fiducie n'exige la remise du surplus aux bénéficiaires, une fois qu'on a satisfait pleinement au droit que leur confère l'acte. Si, par contre, la disposition de 1978 ne règle pas la question, le surplus devrait retourner à l'employeur selon le principe de la fiducie par déduction.

Je suis d'avis de trancher les pourvois de la façon proposée par le juge Cory, sauf pour ce qui est de la répartition du surplus de la caisse de Catalytic, au sujet de laquelle j'accueillerais le pourvoi avec dépens.

Le pourvoi formé par Air Products Canada Ltd. (n° de greffe 23047) relativement au droit à tout surplus pouvant être attribué à la caisse de Catalytic est rejeté et son pourvoi relatif au droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations est accueilli. Les juges SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents en partie.

Le pourvoi incident formé par Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns (n° de greffe 23057) est rejeté relativement au droit d'Air Products Canada Ltd. à tout surplus de la caisse de retraite provenant du régime de Stearns et à son droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations.

Solicitors for Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley: Borden & Elliott, Toronto.

Solicitors for the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans: Code, Hunter, Calgary.

Solicitors for Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Procureurs d'Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley: Borden & Elliott, Toronto.

^a

Procureurs des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.: Code, Hunter, Calgary.

Procureurs de Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Sun Indalex Finance, LLC *Appellant*

v.

United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierek, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville *Respondents*

- and -

George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors *Appellant*

v.

United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierek, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville *Respondents*

- and -

FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited *Appellant*

v.

United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierek, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville *Respondents*

- and -

United Steelworkers *Appellant*

Sun Indalex Finance, LLC *Appelante*

c.

Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierek, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville *Intimés*

- et -

George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7 *Appelant*

c.

Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierek, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville *Intimés*

- et -

FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited *Appelante*

c.

Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierek, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville *Intimés*

- et -

Syndicat des Métallos *Appelant*

v.

Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited Partnership) and Superintendent of Financial Services *Respondents*

and

Superintendent of Financial Services, Insolvency Institute of Canada, Canadian Labour Congress, Canadian Federation of Pensioners, Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and Canadian Bankers Association *Intervenors*

INDEXED AS: SUN INDALEX FINANCE, LLC v. UNITED STEELWORKERS

2013 SCC 6

File No.: 34308.

2012: June 5; 2013: February 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Pensions — Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under Companies' Creditors Arrangement Act ("CCAA") — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Company entering into debtor in possession ("DIP") financing allowing it to continue to operate — CCAA court granting priority to DIP lenders — Proceeds of sale of business insufficient to pay back DIP lenders — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — If so, whether deemed trust superseded by CCAA priority by virtue of doctrine of federal paramountcy — Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 57(3), (4), 75(1)(a), (b) — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.

c.

Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau Sobeco, société en commandite) et Surintendant des services financiers *Intimés*

et

Surintendant des services financiers, Institut d'insolvabilité du Canada, Congrès du travail du Canada, Fédération canadienne des retraités, Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et Association des banquiers canadiens *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SUN INDALEX FINANCE, LLC c. SYNDICAT DES MÉTALLOS

2013 CSC 6

N° du greffe : 34308.

2012 : 5 juin; 2013 : 1^{er} février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Moldaver.

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

Pensions — Faillite et insolvabilité — Priorités — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (« LACC ») — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Financement obtenu par la société à titre de débiteur-exploitant (« DE ») lui ayant permis de poursuivre ses activités — Tribunal chargé d'appliquer la LACC ayant accordé priorité aux prêteurs DE — Insuffisance du produit de la vente pour rembourser les prêteurs DE — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — Dans l'affirmative, la prépondérance fédérale fait-elle en sorte que la priorité issue de l'application de la LACC a préséance sur la fiducie réputée? — Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 57(3), (4), 75(1a), b) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36.

Pensions — Trusts — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under CCAA — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — Whether company as plan administrator breached fiduciary duties — Whether pension plan members are entitled to constructive trust.

Civil Procedure — Costs — Appeals — Standard of review — Whether Court of Appeal erred in costs endorsement concerning one party.

Indalex Limited (“Indalex”), the sponsor and administrator of two employee pension plans, one for salaried employees and the other for executive employees, became insolvent. Indalex sought protection from its creditors under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). The salaried plan was being wound up when the CCAA proceedings began. The executive plan had been closed but not wound up. Both plans had wind-up deficiencies.

In a series of court-sanctioned steps, the company was authorized to enter into debtor in possession (“DIP”) financing in order to allow it to continue to operate. The CCAA court granted the DIP lenders, a syndicate of pre-filing senior secured creditors, priority over the claims of all other creditors. Repayment of these amounts was guaranteed by Indalex U.S.

Ultimately, with the approval of the CCAA court, Indalex sold its business but the purchaser did not assume pension liabilities. The proceeds of the sale were not sufficient to pay back the DIP lenders and so Indalex U.S., as guarantor, paid the shortfall and stepped into the shoes of the DIP lenders in terms of priority. The CCAA court authorized a payment in accordance with the priority but ordered an amount be held in reserve, leaving the plan members’ arguments on their rights to the proceeds of the sale open for determination later.

The plan members challenged the priority granted in the CCAA proceedings. They claimed that they had priority in the amount of the wind-up deficiency by virtue of a statutory deemed trust under s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“PBA”), and a constructive trust arising from Indalex’s alleged breaches

Pensions — Fiducies — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la LACC — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — La société a-t-elle manqué à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes? — Les participants des régimes de retraite ont-ils droit à une fiducie par interprétation?

Procédure civile — Dépens — Appels — Norme de contrôle — La décision de la Cour d’appel sur les dépens d’une partie est-elle erronée?

Indalex Limited (« Indalex »), le promoteur et l’administrateur de deux régimes de retraite, l’un pour les salariés, l’autre pour les cadres, est devenue insolvable. Elle a demandé la protection contre ses créanciers sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). Le régime des salariés était en cours de liquidation lorsque la procédure fondée sur la LACC a été engagée. Le régime des cadres n’acceptait plus de participants, mais il n’était pas liquidé. Les deux régimes accusaient un déficit de liquidation.

Une série de mesures avalisées par le tribunal a permis à la société d’obtenir un financement de débiteur-exploitant (« DE ») et de poursuivre ses activités. Le tribunal chargé de l’application de la LACC a accordé aux prêteurs DE, un consortium composé de créanciers qui bénéficiaient d’une garantie de premier rang avant le début de la procédure, une priorité sur tous les autres créanciers. Le remboursement des sommes empruntées était garanti par Indalex É.-U.

Finalement, sur approbation du tribunal appliquant la LACC, Indalex a vendu son entreprise, mais l’acquéreur n’a pas repris à son compte les engagements de retraite. Le produit de la vente n’étant pas suffisant pour rembourser les prêteurs DE, Indalex É.-U., à titre de caution, a payé la différence et a acquis de ce fait la créance prioritaire des prêteurs DE. Le tribunal a autorisé le paiement conformément à l’ordre de priorité, mais il a également ordonné la retenue de fonds en réserve, remettant à plus tard l’examen de l’argumentation des participants relative à leur droit au produit de la vente.

Les participants des régimes ont contesté la priorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Ils ont fait valoir qu’ils avaient priorité pour le montant du déficit de liquidation en raison de la fiducie réputée créée par le par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« LRR »), et de la fiducie

of fiduciary duty as administrator of the pension funds. The judge at first instance dismissed the plan members' motions concluding that the deemed trust did not apply to wind up deficiencies. He held that, with respect to the wind-up deficiency, the plan members were unsecured creditors. The Court of Appeal reversed this ruling and held that the pension plan wind-up deficiencies were subject to deemed and constructive trusts which had priority over the DIP financing priority and over other secured creditors. In addition, the Court of Appeal rejected a claim brought by the United Steelworkers, which represented some members of the salaried plan, seeking payment of its costs from the latter's pension fund.

Held (LeBel and Abella JJ. dissenting): The Sun Indalex Finance, George L. Miller and FTI Consulting appeals should be allowed.

Held: The United Steelworkers appeal should be dismissed.

(1) *Statutory Deemed Trust*

Per Deschamps and Moldaver JJ.: It is common ground that the contributions provided for in s. 75(1)(a) of the *PBA* are covered by the deemed trust contemplated by s. 57(4) of the *PBA*. The only question is whether this statutory deemed trust also applies to the wind-up deficiency payments required by s. 75(1)(b). The response to this question as it relates to the salaried employees is affirmative in view of the provision's wording, context and purpose. The situation is different with respect to the executive plan as s. 57(4) provides that the wind-up deemed trust comes into existence only when the plan is wound up.

The wind-up deemed trust provision (s. 57(4) *PBA*) does not place an express limit on the "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due". Section 75(1)(a) explicitly refers to "an amount equal to the total of all payments" that have *accrued*, even those that were not yet due as of the date of the wind up, whereas s. 75(1)(b) contemplates an "amount" that is calculated on the basis of the value of assets and of liabilities that have *accrued* when the plan is wound up. Since both the amount with respect to payments (s. 75(1)(a)) and the one ascertained by subtracting the assets from the liabilities accrued as of the date of the wind up (s. 75(1)(b)) are to be paid upon wind up as employer contributions, they are both included in the ordinary meaning of the words of

par interprétation résultant de manquements allégués d'Indalex à son obligation fiduciaire d'administrateur des régimes. En première instance, le juge a rejeté les motions des participants, concluant que la fiducie réputée ne s'appliquait pas aux déficits de liquidation. Il a conclu que, pour ce qui était du déficit de liquidation, les participants étaient des créanciers chirographaires. La Cour d'appel a infirmé la décision et statué que les déficits de liquidation des régimes de retraite faisaient l'objet d'une fiducie réputée et d'une fiducie par interprétation qui prenaient rang avant la créance des prêteurs DE bénéficiant d'une priorité et celles des autres créanciers garantis. En outre, elle a rejeté la prétention du Syndicat des Métallos, qui représentait quelques-uns des participants du régime des salariés, à savoir qu'il avait droit au paiement de ses dépens par prélèvement sur la caisse de retraite des salariés.

Arrêt (les juges LeBel et Abella sont dissidents) : Les pourvois interjetés par Sun Indalex Finance, George L. Miller et FTI Consulting sont accueillis.

Arrêt : Le pourvoi interjeté par le Syndicat des Métallos est rejeté.

(1) *La fiducie réputée d'origine législative*

Les juges Deschamps et Moldaver : Il est bien établi que la fiducie réputée créée par le par. 57(4) de la *LRR* s'applique aux cotisations visées à l'al. 75(1)a) de la *LRR*. La seule question est de savoir si cette fiducie réputée d'origine législative s'applique aussi aux paiements au titre du déficit de liquidation exigés par l'al. 75(1)b). Dans le cas des salariés, la réponse est oui, compte tenu du texte, du contexte et de l'objet par. 57(4). Il n'en va pas de même pour le régime des cadres étant donné que cette disposition prévoit que la fiducie réputée en cas de liquidation ne prend naissance qu'à la liquidation du régime.

Le paragraphe 57(4) de la *LRR*, qui crée la fiducie réputée en cas de liquidation, ne comporte aucune limite expresse aux « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». L'alinéa 75(1)a) prévoit expressément que l'employeur verse « un montant égal au total de tous les paiements » *accumulés*, même s'ils ne sont pas encore dus à la date de la liquidation, tandis que l'al. 75(1)b) parle d'un « montant » calculé à partir de la valeur de l'actif et du passif *accumulés*, lorsque le régime est liquidé. Puisque le montant des paiements (al. 75(1)a)) et le montant établi en soustrayant l'actif du passif accumulé à la date de la liquidation (al. 75(1)b)) doivent tous les deux être versés à la liquidation à titre de cotisations de l'employeur, ils entrent tous les deux dans le sens ordinaire des mots

s. 57(4) of the *PBA*: “amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

The time when the calculation is actually made is not relevant as long as the liabilities are assessed as of the date of the wind up. The fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes. As a result, the words “contributions accrued” can encompass the contributions mandated by s. 75(1)(b) of the *PBA*.

It can be seen from the legislative history that the protection has expanded from (1) only the service contributions that were due, to (2) amounts payable calculated as if the plan had been wound up, to (3) amounts that were due and had accrued upon wind up but excluding the wind-up deficiency payments, to (4) all amounts due and accrued upon wind up. Therefore, the legislative history leads to the conclusion that adopting a narrow interpretation that would dissociate the employer’s payment provided for in s. 75(1)(b) of the *PBA* from the one provided for in s. 75(1)(a) would be contrary to the Ontario legislature’s trend toward broadening the protection.

The deemed trust provision is a remedial one. Its purpose is to protect the interests of plan members. The remedial purpose favours an approach that includes all wind-up payments in the value of the deemed trust. In this case, the Court of Appeal correctly held with respect to the salaried plan, that Indalex was deemed to hold in trust the amount necessary to satisfy the wind-up deficiency.

Per LeBel and Abella JJ.: There is agreement with the reasons of Deschamps J. on the statutory deemed trust issue.

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.: Given that there can be no deemed trust for the executive plan because that plan had not been wound up at the relevant date, the main issue in connection with the salaried plan boils down to the narrow statutory interpretative question of whether the wind-up deficiency provided for in s. 75(1)(b) is “accrued to the date of the wind up” as required by s. 57(4) of the *PBA*.

When the term “accrued” is used in relation to a sum of money, it will generally refer to an amount that is at the present time either quantified or exactly quantifiable

employés au par. 57(4) de la *LRR* : « montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

La date où s’effectue le calcul est sans importance du moment que le passif est évalué à la date de la liquidation. Le fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable. On peut donc considérer que le passif « accumulé » englobe les cotisations exigées à l’al. 75(1)(b) de la *LRR*.

L’historique législatif montre que la protection, qui couvrirait d’abord (1) uniquement les cotisations dues, s’est étendue (2) aux montants payables calculés comme s’il y avait liquidation du régime, (3) puis aux montants dus ou accumulés à la liquidation, à l’exclusion des paiements au titre du déficit de liquidation (4) et, enfin, à tous les montants dus ou accumulés à la liquidation. L’historique législatif mène donc à la conclusion qu’une interprétation étroite qui dissocierait le paiement requis de l’employeur par l’al. 75(1)(b) de la *LRR* de celui exigé à l’al. 75(1)(a) irait à l’encontre de la tendance du législateur ontarien à offrir une protection de plus en plus étendue.

La disposition qui crée une fiducie réputée a une vocation réparatrice. Elle vise à protéger les intérêts des participants. Cette fin réparatrice favorise une interprétation qui inclut tous les paiements à la liquidation dans la valeur de la fiducie réputée. En l’espèce, c’est à bon droit que la Cour d’appel a jugé qu’Indalex était réputée détenir en fiducie le montant nécessaire pour combler le déficit de liquidation du régime des salariés.

Les juges LeBel et Abella : Il y a accord avec les motifs de la juge Deschamps sur la question de la fiducie réputée d’origine législative.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Étant donné qu’il ne peut y avoir de fiducie réputée au bénéfice du régime des cadres, celui-ci n’ayant pas été liquidé à la date considérée, il s’agit donc essentiellement — pour ce qui concerne le régime des salariés — d’interpréter une disposition de la loi et de déterminer si le déficit de liquidation décrit à l’al. 75(1)(b) est « accumul[é] à la date de la liquidation » comme l’exige le par. 57(4) de la *LRR*.

Lorsque le terme « accumulé » [et plus encore son équivalent anglais « *accrued* »] est employé de pair avec une somme, il renvoie généralement à un élément

but which may or may not be due. In the present case, s. 57(4) uses the word “accrued” in contrast to the word “due”. Given the ordinary meaning of the word “accrued”, the wind-up deficiency cannot be said to have “accrued” to the date of wind up. The extent of the wind-up deficiency depends on employee rights that arise only upon wind up and with respect to which employees make elections only after wind up. The wind-up deficiency therefore is neither ascertained nor ascertainable on the date fixed for wind up.

The broader statutory context reinforces the view according to which the most plausible grammatical and ordinary sense of the words “accrued to the date of wind up” is that the amounts referred to are precisely ascertained immediately before the effective date of the plan’s wind up. Moreover, the legislative evolution and history of the provisions at issue show that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in a statutory deemed trust. Rather, they reinforce the legislative intent to *exclude* from the deemed trust liabilities that arise only *on* the date of wind up.

The legislation differentiates between two types of employer liability relevant to this case. The first is the contributions required to cover current service costs and any other payments that are either due or have accrued on a daily basis up to the relevant time. These are the payments referred to in the current s. 75(1)(a), that is, payments due or accrued but not paid. The second relates to additional contributions required when a plan is wound up which I have referred to as the wind-up deficiency. These payments are addressed in s. 75(1)(b). The legislative history and evolution show that the deemed trusts under s. 57(3) and (4) were intended to apply only to the former amounts and that it was never the intention that there should be a deemed trust or a lien with respect to an employer’s potential future liabilities that arise once the plan is wound up.

In this case, the s. 57(4) deemed trust does not apply to the wind-up deficiency. This conclusion to exclude the wind-up deficiency from the deemed trust is consistent with the broader purposes of the legislation. The legislature has created trusts over contributions that were due or accrued to the date of the wind up in order to protect, to some degree, the rights of pension plan beneficiaries and employees from the claims of the employer’s other creditors. However, there is also good reason to think that the legislature had in mind other competing objectives in not extending the deemed

dont la valeur est actuellement mesurée ou mesurable, mais qui peut ou non être dû. Dans la présente affaire, au par. 57(4), le terme « accumulées » [« *accrued* »] est utilisé par opposition à « dues ». Suivant le sens ordinaire du mot « accumulé », on ne peut considérer que le déficit l’était à la date de la liquidation. Le montant du déficit de liquidation dépend de droits qui ne prennent naissance qu’à la liquidation et à l’égard desquels les employés ne font des choix qu’après la liquidation. Le déficit de liquidation n’est donc ni déterminé ni déterminable à la date de liquidation prévue.

Le contexte législatif général appuie la thèse que, suivant leur sens ordinaire et grammatical le plus plausible, les mots « accumulées à la date de la liquidation » renvoient aux sommes déterminées de façon précise immédiatement avant la date de prise d’effet de la liquidation du régime. Qui plus est, il appert de l’évolution et de l’historique des dispositions en cause que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet d’une fiducie réputée d’origine législative. Ils confirment en fait l’intention du législateur d’*exclure* du champ d’application de la fiducie réputée les obligations qui naissent seulement à la date même de la liquidation.

La loi établit une distinction entre deux types d’obligation de l’employeur qui sont pertinents en l’espèce. Il y a d’une part les cotisations requises pour acquitter le coût du service courant et d’autres paiements qui sont dus ou qui sont accumulés sur une base quotidienne jusqu’à la date considérée. Il s’agit des paiements prévus à l’actuel al. 75(1)a), à savoir ceux qui sont dus ou accumulés, mais qui n’ont pas été versés. D’autre part, il y a les cotisations supplémentaires exigées lorsque le régime est liquidé (le déficit de liquidation). Ces paiements font l’objet de l’al. 75(1)b). Il appert de l’évolution et de l’historique législatifs que les fiducies réputées des par. 57(3) et (4) devaient seulement englober les cotisations du premier type et que le législateur n’a jamais voulu que les obligations ultérieures éventuelles de l’employeur qui naissent une fois le régime liquidé fassent l’objet d’une fiducie réputée ou d’un privilège.

En l’espèce, la fiducie réputée du par. 57(4) ne vise pas le déficit de liquidation. Pareille exclusion est conforme aux objectifs généraux de la loi. Le législateur a créé des fiducies à l’égard des cotisations qui étaient dues ou accumulées à la date de la liquidation afin de protéger, dans une certaine mesure, les droits des bénéficiaires d’un régime de retraite et ceux des employés contre les réclamations des autres créanciers de l’employeur. Or, il y a de bonnes raisons de penser que c’est en raison d’autres objectifs concurrents que le législateur s’est abstenu d’accroître la portée de la fiducie réputée et d’y

trust to the wind-up deficiency. While the protection of pension plans is an important objective, it is not for this Court to decide the extent to which that objective will be pursued and at what cost to other interests. The decision as to the level of protection that should be provided to pension beneficiaries under the *PBA* is one to be left to the Ontario legislature.

(2) *Priority Ranking*

Per Deschamps and Moldaver JJ.: A statutory deemed trust under provincial legislation such as the *PBA* continues to apply in federally-regulated *CCAA* proceedings, subject to the doctrine of federal paramountcy. In this case, granting priority to the DIP lenders subordinates the claims of other stakeholders, including the plan members. This court-ordered priority based on the *CCAA* has the same effect as a statutory priority. The federal and provincial laws are inconsistent, as they give rise to different, and conflicting, orders of priority. As a result of the application of the doctrine of federal paramountcy, the DIP charge supersedes the deemed trust.

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.: Although there is disagreement with Deschamps J. in connection with the scope of the s. 57(4) deemed trust, it is agreed that if there was a deemed trust in this case, it would be superseded by the DIP loan because of the operation of the doctrine of federal paramountcy.

Per LeBel and Abella JJ.: There is agreement with the reasons of Deschamps J. on the priority ranking issue as determined by operation of the doctrine of federal paramountcy.

(3) *Constructive Trust as a Remedy for Breach of Fiduciary Duties*

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.: It cannot be the case that a conflict of interests arises simply because an employer, exercising its management powers in the best interests of the corporation, does something that has the potential to affect the beneficiaries of the corporation's pension plan. This conclusion flows inevitably from the statutory context. The existence of apparent conflicts that are inherent in the two roles of employer and pension plan administrator being performed by the same party cannot be a breach of fiduciary duty because those conflicts are specifically authorized by the statute which permits one party to play both roles. Rather, a situation of conflict of interest occurs

inclure le déficit de liquidation. La protection des régimes de retraite constitue certes un objectif important, mais il n'appartient pas à la Cour de décider de la mesure dans laquelle cet objectif sera poursuivi ou d'autres intérêts en souffriront. Il appartient à l'Assemblée législative de l'Ontario de décider du degré de protection qu'il convient d'accorder aux bénéficiaires d'un régime de retraite sous le régime de la *LRR*.

(2) *Priorité de rang*

Les juges Deschamps et Moldaver : Une fiducie réputée établie par une loi provinciale comme la *LRR* continue de s'appliquer dans les instances régies par la *LACC*, relevant de la compétence fédérale, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale. En l'espèce, accorder priorité aux prêteurs DE relègue à un rang inférieur les créances des autres intéressés, notamment les participants. Cette priorité d'origine judiciaire fondée sur la *LACC* a le même effet qu'une priorité d'origine législative. Les dispositions fédérales et provinciales sont inconciliables, car elles produisent des ordres de priorité différents et conflictuels. L'application de la doctrine de la prépondérance fédérale donne à la charge DE priorité sur la fiducie réputée.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Malgré le désaccord avec la juge Deschamps sur la portée de la fiducie réputée du par. 57(4), si une fiducie est réputée exister en l'espèce, la créance DE prend rang avant elle en application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

Les juges LeBel et Abella : Il y a accord avec les motifs de la juge Deschamps sur la priorité de rang déterminée par application du principe de la prépondérance fédérale.

(3) *La fiducie par interprétation comme réparation du manquement à l'obligation fiduciaire*

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Il ne saurait y avoir conflit d'intérêts uniquement parce que l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, prend une mesure susceptible d'avoir une incidence sur les bénéficiaires du régime de retraite qu'il administre. Telle est la conclusion qui découle nécessairement du contexte législatif. L'existence de conflits apparents qui sont inhérents à la double fonction d'employeur et d'administrateur de régime exercée par une même personne ne peut constituer un manquement à l'obligation fiduciaire, car ces conflits sont expressément autorisés par la loi, laquelle permet à une personne

when there is a substantial risk that the employer-administrator's representation of the plan beneficiaries would be materially and adversely affected by the employer-administrator's duties to the corporation.

Seeking an initial order protecting the corporation from actions by its creditors did not, on its own, give rise to any conflict of interest or duty on the part of Indalex. Likewise, failure to give notice of the initial CCAA proceedings was not a breach of fiduciary duty to avoid conflicts of interest in this case. Indalex's decision to act as an employer-administrator cannot give the plan members any greater benefit than they would have if their plan was managed by a third party administrator.

It was at the point of seeking and obtaining the DIP orders without notice to the plan beneficiaries and seeking and obtaining the sale approval order that Indalex's interests as a corporation came into conflict with its duties as a pension plan administrator. However, the difficulty that arose here was not the existence of the conflict itself, but Indalex's failure to take steps so that the plans' beneficiaries would have the opportunity to have their interests protected in the CCAA proceedings as if the plans were administered by an independent administrator. In short, the difficulty was not the existence of the conflict, but the failure to address it.

An employer-administrator who finds itself in a conflict must bring the conflict to the attention of the CCAA judge. It is not enough to include the beneficiaries in the list of creditors; the judge must be made aware that the debtor, as an administrator of the plan is, or may be, in a conflict of interest. Accordingly, Indalex breached its fiduciary duty by failing to take steps to ensure that the pension plans had the opportunity to be as fully represented in those proceedings as if there had been an independent plan administrator, particularly when it sought the DIP financing approval, the sale approval and a motion to voluntarily enter into bankruptcy.

Regardless of this breach, a remedial constructive trust is only appropriate if the wrongdoer's acts give rise to an identifiable asset which it would be unjust for the wrongdoer (or sometimes a third party) to retain. There is no evidence to support the contention that Indalex's failure to meaningfully address conflicts of interest that arose during the CCAA proceedings resulted in any such asset. Furthermore, to impose a constructive trust in

d'exercer les deux fonctions. Il y a en fait conflit d'intérêts lorsqu'il existe un risque important que les obligations de l'employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d'un régime.

À elle seule, la demande initiale de protection de la société contre ses créanciers ne plaçait pas Indalex en situation de conflit d'intérêts ou d'obligations. De même, l'omission de donner avis de la demande initiale présentée sur le fondement de la LACC ne constituait pas un manquement à l'obligation fiduciaire d'éviter tout conflit d'intérêts. La décision d'Indalex d'agir à titre d'employeur-administrateur ne peut conférer aux participants plus d'avantages que si l'administration de leurs régimes avait été confiée à un tiers indépendant.

C'est lors de la demande et de l'obtention des ordonnances DE sans préavis aux bénéficiaires des régimes, ainsi que de la demande et de l'obtention de l'approbation de la vente que les intérêts commerciaux d'Indalex sont entrés en conflit avec ses obligations d'administrateur des régimes de retraite. Cependant, la difficulté résidait en l'espèce non pas dans l'existence du conflit, mais bien dans l'omission d'Indalex de prendre quelque mesure afin que les bénéficiaires des régimes aient la possibilité de veiller à la protection de leurs intérêts dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC comme si l'administrateur des régimes avait été indépendant. En résumé, le manquement ne tenait pas à l'existence du conflit, mais plutôt à l'omission de prendre les mesures qu'elle commandait.

L'employeur-administrateur qui se trouve en situation de conflit doit en informer le juge saisi sur le fondement de la LACC. Il ne suffit pas d'inscrire les bénéficiaires sur la liste des créanciers; le juge doit être informé que le débiteur, en sa qualité d'administrateur de régime, est en conflit d'intérêts ou susceptible de l'être. En conséquence, Indalex a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de faire ce qu'il fallait pour que les bénéficiaires des régimes puissent être dûment représentés dans le cadre de cette procédure comme si l'administrateur des régimes avait été indépendant, en particulier lorsqu'elle a demandé l'approbation du financement DE et de la vente, puis présenté une motion en vue de faire faillite.

Indépendamment de ce manquement, l'imposition d'une fiducie par interprétation ne constitue une réparation appropriée que si un actif déterminable résulte des actes de l'auteur du manquement et qu'il serait injuste que ce dernier ou, parfois, un tiers, conserve cet actif. Aucun élément de preuve n'appuie la prétention qu'un tel actif a résulté de l'omission d'Indalex de pallier véritablement les conflits d'intérêts auxquels a donné lieu

response to a breach of fiduciary duty to ensure for the pension plans some procedural protections that they in fact took advantage of in any case is an unjust response in all of the circumstances.

Per Deschamps and Moldaver JJ.: A corporate employer that chooses to act as plan administrator accepts the fiduciary obligations attached to that function. Since the directors of a corporation also have a fiduciary duty to the corporation, the corporate employer must be prepared to resolve conflicts where they arise. An employer acting as a plan administrator is not permitted to disregard its fiduciary obligations to plan members and favour the competing interests of the corporation on the basis that it is wearing a “corporate hat”. What is important is to consider the consequences of the decision, not its nature.

In the instant case, Indalex’s fiduciary obligations as plan administrator did in fact conflict with management decisions that needed to be taken in the best interests of the corporation. Specifically, in seeking to have a court approve a form of financing by which one creditor was granted priority over all other creditors, Indalex was asking the CCAA court to override the plan members’ priority. The corporation’s interest was to seek the best possible avenue to survive in an insolvency context. The pursuit of this interest was not compatible with the plan administrator’s duty to the plan members to ensure that all contributions were paid into the funds. In the context of this case, the plan administrator’s duty to the plan members meant, in particular, that it should at least have given them the opportunity to present their arguments. This duty meant, at the very least, that they were entitled to reasonable notice of the DIP financing motion. The terms of that motion, presented without appropriate notice, conflicted with the interests of the plan members.

As for the constructive trust remedy, it is settled law that proprietary remedies are generally awarded only with respect to property that is directly related to a wrong or that can be traced to such property. There is agreement with Cromwell J. that this condition was not met in the case at bar and his reasoning on this issue is adopted. Moreover, it was unreasonable for the Court of Appeal to reorder the priorities in this case.

la procédure fondée sur la LACC. Qui plus est, imposer une fiducie par interprétation par suite du manquement à l’obligation fiduciaire de veiller à ce que les bénéficiaires des régimes jouissent de garanties procédurales, alors qu’ils en ont joui dans les faits, se révèle inéquitable au vu de l’ensemble des circonstances.

Les juges Deschamps et Moldaver : L’employeur constitué en société qui décide d’agir en qualité d’administrateur d’un régime accepte les obligations fiduciaires inhérentes à cette fonction. Puisque les administrateurs d’une société ont aussi une obligation fiduciaire envers la société, l’employeur doit être prêt à résoudre les conflits lorsqu’ils surgissent. L’employeur qui administre un régime de retraite n’est pas autorisé à négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime et à favoriser les intérêts concurrents de la société sous prétexte qu’il porte le « chapeau » de dirigeant de la société. Ce sont les conséquences d’une décision, et non sa nature qui doivent être prises en compte.

En l’espèce, il y avait bien conflit entre les obligations fiduciaires qui incombaient à Indalex en sa qualité d’administratrice des régimes et les décisions de gestion qu’elle devait prendre dans le meilleur intérêt de la société. Plus précisément, en demandant au tribunal d’autoriser une forme de financement selon laquelle un créancier se verrait accorder priorité sur tous les autres, Indalex demandait au tribunal chargé d’appliquer la LACC de faire échec à la priorité dont bénéficiaient les participants. L’intérêt de la société consistait à rechercher la meilleure façon de survivre dans un contexte d’insolvabilité. La poursuite de cet intérêt était incompatible avec le devoir de l’administrateur des régimes envers les participants de veiller à ce que toutes les cotisations soient versées aux caisses de retraite. En l’occurrence, ce devoir de l’administrateur des régimes impliquait, plus particulièrement, qu’il donne à tout le moins aux participants la possibilité d’exposer leurs arguments. Cela signifiait, au minimum, que les participants avaient droit à un avis raisonnable de la motion en autorisation du financement DE. La teneur de cette motion, présentée sans avis convenable, allait à l’encontre des intérêts des participants.

En ce qui concerne la fiducie par interprétation, il est bien établi en droit qu’une réparation de la nature d’un droit de propriété n’est généralement accordée qu’à l’égard d’un bien ayant un lien direct avec un acte fautif ou d’un bien qui peut être rattaché à un tel bien. Il y a accord avec le juge Cromwell sur le fait que cette condition n’était pas remplie en l’espèce et il a été souscrit à ses motifs sur cette question. En outre, il était déraisonnable pour la Cour d’appel de modifier l’ordre de priorité.

Per LeBel and Abella JJ. (dissenting): A fiduciary relationship is a relationship, grounded in fact and law, between a vulnerable beneficiary and a fiduciary who holds and may exercise power over the beneficiary in situations recognized by law. It follows that before entering into an analysis of the fiduciary duties of an employer as administrator of a pension plan under the *PBA*, it is necessary to consider the position and characteristics of the pension beneficiaries. In the present case, the beneficiaries were in a very vulnerable position relative to Indalex.

Nothing in the *PBA* allows that the employer *qua* administrator will be held to a lower standard or will be subject to duties and obligations that are less stringent than those of an independent administrator. The employer is under no obligation to assume the burdens of administering the pension plans that it has agreed to set up or that are the legacy of previous decisions. However, if it decides to do so, a fiduciary relationship is created with the expectation that the employer will be able to avoid or resolve the conflicts of interest that might arise.

Indalex was in a conflict of interest from the moment it started to contemplate putting itself under the protection of the *CCAA* and proposing an arrangement to its creditors. From the corporate perspective, one could hardly find fault with such a decision. It was a business decision. But the trouble is that at the same time, Indalex was a fiduciary in relation to the members and retirees of its pension plans. The solution was not to place its function as administrator and its associated fiduciary duties in abeyance. Rather, it had to abandon this role and diligently transfer its function as manager to an independent administrator.

In the present case, the employer not only neglected its obligations towards the beneficiaries, but actually took a course of action that was actively inimical to their interests. The seriousness of these breaches amply justified the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust.

(4) *Costs in United Steelworkers Appeal*

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.: There is no basis to interfere with the Court of Appeal's costs endorsement as it relates to United Steelworkers in this case. The litigation undertaken here raised novel points of law with all of the uncertainty and risk inherent in such an undertaking. The Court of Appeal in essence decided that the United Steelworkers, representing only 7 of 169 members of the salaried plan, should not without consultation be

Les juges LeBel et Abella (dissidents) : Une relation fiduciaire s'entend de la relation factuelle et juridique entre un bénéficiaire vulnérable et un fiduciaire qui détient et peut exercer un pouvoir sur le bénéficiaire dans les situations prévues par la loi. Par conséquent, avant d'analyser les obligations fiduciaires de l'employeur à titre d'administrateur d'un régime de retraite visé par la *LRR*, il faut examiner la situation et les caractéristiques des bénéficiaires du régime. En l'espèce, les bénéficiaires se trouvaient dans une position de grande vulnérabilité par rapport à Indalex.

Rien dans la *LRR* ne permet de conclure que l'employeur, en sa qualité d'administrateur, serait assujéti à une norme moindre ou assumerait des fonctions et des obligations moins strictes qu'un administrateur indépendant. L'employeur n'est pas tenu d'assumer le fardeau de l'administration des régimes de retraite qu'il a convenu d'établir ou qui sont le fruit de décisions antérieures. Par contre, s'il choisit de l'assumer, une relation fiduciaire prend naissance et l'on s'attend à ce que l'employeur soit capable d'éviter ou de régler les conflits d'intérêts susceptibles d'intervenir.

Indalex se trouvait en situation de conflit d'intérêts dès qu'elle a envisagé de demander la protection de la *LACC* et de proposer un arrangement à ses créanciers. Du point de vue de l'entreprise, on ne pourrait guère trouver à redire à cette décision. Il s'agissait d'une décision d'affaires. Cependant, Indalex jouait en même temps le rôle de fiduciaire à l'égard des participants aux régimes et des retraités, et c'est là où le bât blesse. La solution consistait non pas à mettre en veilleuse sa fonction d'administrateur avec les obligations fiduciaires en découlant, mais à y renoncer et à la transférer avec diligence à un administrateur indépendant.

En l'occurrence, l'employeur a non seulement manqué à ses obligations envers les bénéficiaires, mais adopté en fait une démarche qui allait à l'encontre de leurs intérêts. La gravité de ces manquements justifiait amplement la décision de la Cour d'appel d'imposer une fiducie par interprétation.

(4) *Dépens dans le pourvoi du Syndicat des Métallos*

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Il n'y a en l'espèce aucune raison de revenir sur la décision de la Cour d'appel relative aux dépens en ce qui concerne le Syndicat des Métallos. L'instance engagée portait sur des points de droit nouveaux, son issue était incertaine et les demandeurs couraient le risque d'être déboutés. La Cour d'appel a opiné essentiellement que, représentant seulement 7 des 169 participants du régime des salariés, le syndicat ne devait pas être en

able to in effect impose the risks of that litigation on all of the plan members, the vast majority of whom were not union members. There is no error in principle in the Court of Appeal's refusal to order the United Steelworkers costs to be paid out of the pension fund, particularly in light of the disposition of the appeal to this Court.

Per Deschamps and Moldaver JJ.: There is agreement with the reasons of Cromwell J. on the issue of costs in the United Steelworkers appeal.

Per LeBel and Abella JJ.: There is agreement with the reasons of Cromwell J. on the issue of costs in the United Steelworkers appeal.

Cases Cited

By Deschamps J.

Referred to: *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306; *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, 2004 SCC 3, [2004] 1 S.C.R. 60; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273; *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank*, [1992] 3 S.C.R. 558.

By Cromwell J.

Referred to: *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306; *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, aff'g 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175; *Galambos*

mesure, dans les faits, d'imposer à tous les participants du régime, dont la plupart n'en étaient pas membres, les risques inhérents au litige sans les consulter. Il n'y a aucune erreur de principe dans le refus de la Cour d'appel d'ordonner que les dépens du syndicat soient payés à partir de la caisse de retraite, étant donné surtout l'issue du pourvoi devant notre Cour.

Les juges Deschamps et Moldaver : Il y a accord avec les motifs du juge Cromwell sur la question des dépens dans l'appel interjeté par le Syndicat des Métallos.

Les juges LeBel et Abella : Il y a accord avec les motifs du juge Cromwell sur la question des dépens dans l'appel interjeté par le Syndicat des Métallos.

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306; *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273; *Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque Commerciale du Canada*, [1992] 3 R.C.S. 558.

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306; *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, conf. 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175;

v. *Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177; *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560; *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194; *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII); *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Donkin v. Bugoy*, [1985] 2 S.C.R. 85; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303.

By LeBel J. (dissenting)

Galambos v. Perez, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005, S.C. 2007, c. 36.

Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 2005, c. 47, s. 128.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3.

Bill C-501, *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and other Acts (pension protection)*, 3rd Sess., 40th Parl., March 24, 2010 (as am. by the Standing Committee on Industry, Science and Technology, March 1, 2011).

Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1)(a).

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2 "secured creditor", 11.

Pension Benefits Act, R.S.O. 1980, c. 373, ss. 21(2), 23, 32.

Galambos c. Perez, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194; *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII); *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Galambos c. Perez, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1)a).

Loi de 1987 sur les régimes de retraite, L.O. 1987, ch. 35, art. 58, 59, 75(1), 76(1).

Loi de 2010 modifiant la Loi sur les régimes de retraite, L.O. 2010, ch. 9, art. 52(5).

Loi de 2010 sur la pérennité des prestations de retraite, L.O. 2010, ch. 24, art. 21(2).

Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence, L.C. 2005, ch. 47, art. 128.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005), L.C. 2007, ch. 36.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 2 « créancier garanti », 11.

- Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 1(1) “administrator”, “wind up”, 8(1)(a), 9, 10(1)12, 12, 19, 20, 22, 25, 26, 42, 56, 57, 58, 59, 68, 69, 70, 73, 74, 75.
- Pension Benefits Act*, 1965, S.O. 1965, c. 96, s. 22(2).
- Pension Benefits Act*, 1987, S.O. 1987, c. 35, ss. 58, 59, 75(1), 76(1).
- Pension Benefits Amendment Act*, 1973, S.O. 1973, c. 113, s. 23a.
- Pension Benefits Amendment Act*, 1980, S.O. 1980, c. 80.
- Pension Benefits Amendment Act*, 1983, S.O. 1983, c. 2, ss. 21, 23, 32.
- Pension Benefits Amendment Act*, 2010, S.O. 2010, c. 9, s. 52(5).
- Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10, s. 30(7).
- R.R.O. 1990, Reg. 909, ss. 4(4)3, 5(1)(b), (e), 14, 29, 31.
- Securing Pension Benefits Now and for the Future Act*, 2010, S.O. 2010, c. 24, s. 21(2).
- Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 1(1) « administrateur », « liquidation », 8(1)a), 9, 10(1)12, 12, 19, 20, 22, 25, 26, 42, 56, 57, 58, 59, 68, 69, 70, 73, 74, 75.
- Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 30(7).
- Pension Benefits Act*, R.S.O. 1980, ch. 373, art. 21(2), 23, 32.
- Pension Benefits Act*, 1965, S.O. 1965, ch. 96, art. 22(2).
- Pension Benefits Amendment Act*, 1973, S.O. 1973, ch. 113, art. 23a.
- Pension Benefits Amendment Act*, 1980, S.O. 1980, ch. 80.
- Pension Benefits Amendment Act*, 1983, S.O. 1983, ch. 2, art. 21, 23, 32.
- Projet de loi C-501, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et d'autres lois (protection des prestations)*, 3^e sess., 40^e lég., 24 mars 2010 (tel que mod. par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, 1^{er} mars 2011).
- R.R.O. 1990, règl. 909, art. 4(4)3, 5(1)(b), e), 14, 29, 31.

Authors Cited

- Arnold, Brian J. *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983.
- Black's Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2009, “accrued liability”.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Senate of Canada, 2003.
- Canadian Institute of Chartered Accountants. *CICA Handbook — Accounting*, Part II, *Accounting Standards for Private Enterprises*. Toronto: The Institute, 2012.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011, “accrued liability”.
- Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2010.
- Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.

Doctrine et autres documents cités

- Arnold, Brian J. *Timing and Income Taxation : The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*. Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1983.
- Black's Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn. : Thomson Reuters, 2009, « *accrued liability* ».
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Sénat du Canada, 2003.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 4th ed. Toronto : Carswell, 2011, « *accrued liability* ».
- Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto : Carswell, 2010.
- Institut canadien des comptables agréés. *Manuel de l'ICCA — Comptabilité*, partie II, *Normes comptables pour les entreprises à capital fermé*. Toronto : L'Institut, 2012.
- Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2008, 41.

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto: Irwin Law, 2006. Ontario. Legislative Assembly. *Legislature of Ontario Debates: Official Report (Hansard)*, No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007. *The Mercer Pension Manual*, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated November 2009, release 6).

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

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641, 276 O.A.C. 347, 331 D.L.R. (4th) 352, 75 C.B.R. (5th) 19, 89 C.C.P.B. 39, 17 P.P.S.A.C. (3d) 194, [2011] O.J. No. 1621 (QL), 2011 CarswellOnt 2458, setting aside a decision of Campbell J., 2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301, [2010] O.J. No. 974 (QL), 2010 CarswellOnt 893. Appeals allowed, LeBel and Abella JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, 92 C.C.P.B. 277, [2011] O.J. No. 3959 (QL), 2011 CarswellOnt 9077. Appeal dismissed.

Benjamin Zarnett, Frederick L. Myers, Brian F. Empey and Peter Kolla, for the appellant Sun Indalex Finance, LLC.

Harvey G. Chaiton and George Benchetrit, for the appellant George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors.

David R. Byers, Ashley John Taylor and Nicholas Peter McHaffie, for the appellant FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited.

Darrell L. Brown, for the appellant/respondent the United Steelworkers.

Andrew J. Hatnay and Demetrios Yiokaris, for the respondents Keith Carruthers, et al.

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto : Irwin Law, 2006. Ontario. Assemblée législative. *Legislature of Ontario Debates : Official Report (Hansard)*, No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007. *The Mercer Pension Manual*, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated November 2009, release 6).

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

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Juriansz), 2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641, 276 O.A.C. 347, 331 D.L.R. (4th) 352, 75 C.B.R. (5th) 19, 89 C.C.P.B. 39, 17 P.P.S.A.C. (3d) 194, [2011] O.J. No. 1621 (QL), 2011 CarswellOnt 2458, qui a infirmé une décision du juge Campbell, 2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301, [2010] O.J. No. 974 (QL), 2010 CarswellOnt 893. Pourvois accueillis, les juges LeBel et Abella sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Juriansz), 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, 92 C.C.P.B. 277, [2011] O.J. No. 3959 (QL), 2011 CarswellOnt 9077. Pourvoi rejeté.

Benjamin Zarnett, Frederick L. Myers, Brian F. Empey et Peter Kolla, pour l'appelante Sun Indalex Finance, LLC.

Harvey G. Chaiton et George Benchetrit, pour l'appelant George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7.

David R. Byers, Ashley John Taylor et Nicholas Peter McHaffie, pour l'appelante FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited.

Darrell L. Brown, pour l'appelant/intimé le Syndicat des Métallos.

Andrew J. Hatnay et Demetrios Yiokaris, pour les intimés Keith Carruthers, et autres.

Hugh O'Reilly and Amanda Darrach, for the respondent Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited Partnership).

Mark Bailey, Leonard Marsello and William MacLarkey, for the respondent/intervener the Superintendent of Financial Services.

Robert I. Thornton and D. J. Miller, for the intervener the Insolvency Institute of Canada.

Steven Barrett and Ethan Poskanzer, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Kenneth T. Rosenberg, Andrew K. Lokan and Massimo Starnino, for the intervener the Canadian Federation of Pensioners.

Éric Vallières, Alexandre Forest and Yoine Goldstein, for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

Mahmud Jamal, Jeremy Dacks and Tony Devir, for the intervener the Canadian Bankers Association.

The judgment of Deschamps and Moldaver JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — Insolvency can trigger catastrophic consequences. Often, large claims of ordinary creditors are left unpaid. In insolvency situations, the promise of defined benefits made to employees during their employment is put at risk. These appeals illustrate the materialization of such a risk. Although the employer in this case breached a fiduciary duty, the harm suffered by the pension plans' beneficiaries results not from that breach, but from the employer's insolvency. For the following reasons, I would allow the appeals of the appellants Sun Indalex Finance, LLC; George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy; and FTI Consulting Canada ULC.

Hugh O'Reilly et Amanda Darrach, pour l'intimée Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau Sobeco, société en commandite).

Mark Bailey, Leonard Marsello et William MacLarkey, pour l'intimé/intervenant le Surintendant des services financiers.

Robert I. Thornton et D. J. Miller, pour l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada.

Steven Barrett et Ethan Poskanzer, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Kenneth T. Rosenberg, Andrew K. Lokan et Massimo Starnino, pour l'intervenante la Fédération canadienne des retraités.

Éric Vallières, Alexandre Forest et Yoine Goldstein, pour l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Mahmud Jamal, Jeremy Dacks et Tony Devir, pour l'intervenante l'Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement des juges Deschamps et Moldaver rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — L'insolvabilité peut entraîner des conséquences catastrophiques. Les créanciers ordinaires sont souvent laissés impayés. En situation d'insolvabilité, les prestations déterminées promises aux employés pendant leur emploi sont mises en péril. Les présents pourvois illustrent ce qui peut se produire lorsque ce péril se matérialise. Bien que l'employeur en l'espèce ait manqué à son obligation fiduciaire envers les participants aux régimes de retraite, le préjudice qu'ils subissent ne résulte pas de son manquement, mais de son insolvabilité. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir les appels de Sun Indalex Finance, LLC; George L. Miller, syndic de faillite d'Indalex É.-U.; et FTI Consulting Canada ULC.

[2] To improve the prospect of pensioners receiving their full benefits after a pension plan is wound up, the Ontario legislature has protected contributions to the pension fund that have accrued but are not yet due at the time of the wind up by providing for a deemed trust that supersedes all other provincial priorities over certain assets of the plan sponsor (s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“PBA”), and s. 30(7) of the *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10 (“PPSA”). The parties disagree on the scope of the deemed trust. In my view, the relevant provisions and the context lead to the conclusion that it extends to contributions the employer must make to ensure that the pension fund is sufficient to cover liabilities upon wind up. In the instant case, however, the deemed trust is superseded by the security granted to the creditor that loaned money to the employer, Indalex Limited (“Indalex”), during the insolvency proceedings. In addition, although the employer, as plan administrator, may have put itself in a position of conflict of interest by failing to give the plan’s members proper notice of a motion requesting financing of its operations during a restructuring process, there was no realistic possibility that, had the members received notice and had the CCAA court found that they were secured creditors, it would have ordered the priorities differently. Consequently, it would not be appropriate to order an equitable remedy such as the constructive trust ordered by the Court of Appeal.

I. Facts

[3] Indalex is a wholly owned Canadian subsidiary of a U.S. company, Indalex Holding Corp. (“Indalex U.S.”). Indalex and its related companies formed a corporate group (the “Indalex Group”) that manufactured aluminum extrusions. The U.S. and Canadian operations were closely linked.

[2] Pour améliorer les chances des retraités de recevoir toutes les prestations auxquelles ils ont droit après la liquidation d’un régime de retraite, le législateur ontarien a pourvu à la protection des cotisations accumulées, mais qui ne sont pas encore dues, à la date de la liquidation, au moyen d’une fiducie réputée grevant certains biens des promoteurs des régimes et qui a préséance sur toutes les autres priorités établies par une loi provinciale (par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« LRR »), et par. 30(7) de la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10 (« LSM »)). Les parties ne s’entendent pas sur la portée de la fiducie réputée. Les dispositions pertinentes et le contexte mènent selon moi à la conclusion qu’elle englobe les cotisations que doit verser l’employeur afin que la caisse de retraite puisse couvrir le passif du régime à la liquidation. En l’espèce, toutefois, la sûreté accordée au créancier ayant prêté des fonds à l’employeur, Indalex Limited (« Indalex »), pendant l’instance en matière d’insolvabilité a priorité sur la fiducie réputée. En outre, bien que l’employeur ait pu se placer en conflit d’intérêts en tant qu’administrateur du régime, en ne donnant pas dûment avis aux participants d’une motion en vue de financer l’exploitation de l’entreprise pendant la restructuration, il n’est pas réaliste de penser que le tribunal chargé d’appliquer la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), aurait établi un ordre de priorité différent si les participants avaient été avisés et si le tribunal avait conclu qu’ils étaient des créanciers garantis. Par conséquent, il n’y a pas lieu d’accorder une réparation en equity, telle que la fiducie par interprétation imposée par la Cour d’appel.

I. Les faits

[3] Indalex est une filiale canadienne en propriété exclusive de la société américaine Indalex Holding Corp. (« Indalex É.-U. »). Indalex et ses sociétés affiliées formaient un groupe (le « Groupe Indalex ») qui fabriquait des extrusions d’aluminium. Les activités des sociétés aux États-Unis et au Canada étaient étroitement liées.

[4] In 2009, a combination of high commodity prices and the economic recession's impact on the end-user market for aluminum extrusions plunged the Indalex Group into insolvency. On March 20, 2009, Indalex U.S. filed for Chapter 11 bankruptcy protection in Delaware. On April 3, 2009, Indalex applied for a stay under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"), and Morawetz J. granted the stay in an initial order. He also appointed FTI Consulting Canada ULC (the "Monitor") to act as monitor.

[5] At that time, Indalex was the administrator of two registered pension plans. One was for its salaried employees (the "Salaried Plan"), the other for its executives (the "Executive Plan"). Members of the Salaried Plan included seven employees for whom the United Steelworkers ("USW") acted as bargaining agent. The Salaried Plan was in the process of being wound up when the CCAA proceedings began. The effective date of the wind up was December 31, 2006. The Executive Plan had been closed but not wound up. Overall, the deficiencies of the pension plans' funds concern 49 persons (members of the Salaried Plan and the Executive Plan are referred to collectively as the "Plan Members").

[6] Pursuant to the initial order made by Morawetz J. on April 3, 2009, Indalex obtained protection under the CCAA. Both plans faced funding deficiencies when Indalex filed for the CCAA stay. The wind-up deficiency of the Salaried Plan was estimated at \$1.8 million as of December 31, 2008. The funding deficiency of the Executive Plan was estimated at \$3.0 million on a wind-up basis as of January 1, 2008.

[7] From the beginning of the insolvency proceedings, the Indalex Group's reorganization strategy was to sell both Indalex and Indalex U.S. as a going concern while they were under CCAA and Chapter 11 protection. To this end, Indalex and Indalex U.S. sought to enter into a common agreement for debtor-in-possession ("DIP") financing under which the two companies

[4] En 2009, le prix élevé des produits de base et les effets de la récession sur le marché des utilisateurs finaux des extrusions d'aluminium ont entraîné l'insolvabilité du Groupe Indalex. Le 20 mars 2009, Indalex É.-U. s'est placée sous la protection du chapitre 11, au Delaware. Le 3 avril 2009, Indalex a demandé une suspension sous le régime de la LACC. Le même jour, le juge Morawetz a rendu une ordonnance initiale lui accordant cette suspension et il a désigné FTI Consulting Canada ULC (le « contrôleur ») comme contrôleur.

[5] Indalex administrait alors deux régimes de retraite enregistrés, l'un à l'intention des salariés (le « régime des salariés »), et l'autre à l'intention des cadres (le « régime des cadres »). Le régime des salariés comptait sept participants dont l'agent négociateur était le Syndicat des Métallos (le « Syndicat »). Ce régime était en cours de liquidation lorsque les procédures sous le régime de la LACC ont été engagées. La date de prise d'effet de la liquidation était le 31 décembre 2006. Le régime des cadres n'acceptait plus de participant, mais il n'était pas liquidé. En tout, les déficits des caisses de retraite touchent 49 personnes (les participants au régime des salariés et au régime des cadres sont collectivement appelés les « participants »).

[6] L'ordonnance initiale prononcée par le juge Morawetz, le 3 avril 2009, a accordé à Indalex la protection de la LACC. Les deux régimes de retraite accusaient un déficit de capitalisation au moment où Indalex a demandé la suspension des procédures en vertu de la LACC. Le déficit de liquidation du régime des salariés, au 31 décembre 2008, était estimé à 1,8 million de dollars. Quant au régime des cadres, sa sous-capitalisation suivant une approche de liquidation était estimée à 3 millions de dollars au 1^{er} janvier 2008.

[7] Dès le début de la procédure d'insolvabilité, la stratégie de réorganisation poursuivie par le Groupe Indalex consistait à vendre Indalex et Indalex É.-U. comme entreprises en exploitation pendant qu'elles jouissaient de la protection de la LACC et du chapitre 11. À cette fin, Indalex et Indalex É.-U. voulaient conclure un accord de financement de débiteur-exploitant (« DE »)

could draw from joint credit facilities and would guarantee each other's liabilities.

[8] Indalex's financial distress threatened the interests of all the Plan Members. If the reorganization failed and Indalex were liquidated under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("BIA"), they would not have recovered any of their claims against Indalex for the underfunded pension liabilities, because the priority created by the provincial statute would not be recognized under the federal legislation: *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453. Although the priority was not rendered ineffective by the CCAA, the Plan Members' position was uncertain.

[9] The Indalex Group solicited terms from a variety of possible DIP lenders. In the end, it negotiated an agreement with a syndicate consisting of the pre-filing senior secured creditors. On April 8, 2009, the CCAA court issued an Amended and Restated Initial Order ("Amended Initial Order") authorizing Indalex to borrow US\$24.4 million from the DIP lenders and grant them priority over all other creditors ("DIP charge") in that amount. In his endorsement of the order, Morawetz J. made a finding that Indalex would be unable to achieve a going-concern solution without DIP financing. Such financing was necessary to support Indalex's business until the sale could be completed.

[10] The Plan Members did not participate in the initial proceedings. The initial stay had been granted *ex parte*. The CCAA judge ordered Indalex to serve a copy of the stay order on every creditor owed \$5,000 or more within 10 days of the initial order of April 3. As of April 8, when the motion to amend the initial order was heard, none of the Executive Plan's members had been served with that order; nor did any of them receive notice of the motion to amend it. The USW did receive short notice, but chose not to attend. Morawetz J. authorized Indalex to proceed on the basis of an abridged time for

conjoint aux termes duquel elles pourraient bénéficier de facilités de crédit communes et chaque société garantirait les obligations de l'autre.

[8] Les problèmes financiers d'Indalex menaçaient les intérêts de tous les participants. Si la réorganisation échouait et si Indalex était liquidée en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »), ils ne recouvreraient aucune de leurs créances sur Indalex au titre de la sous-capitalisation des régimes de retraite, parce que la législation fédérale ne permettrait pas que la priorité de rang établie par la loi provinciale soit reconnue : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453. La LACC ne rendait pas la priorité de rang des participants inopérante, mais leur position était incertaine.

[9] Le Groupe Indalex a demandé des offres à divers prêteurs DE et a fini par conclure une entente avec un consortium composé des créanciers qui bénéficiaient d'une garantie de premier rang avant le début de la procédure. Le 8 avril 2009, le tribunal chargé d'appliquer la LACC a rendu une ordonnance modifiée et reformulée (l'« ordonnance initiale modifiée ») autorisant Indalex à emprunter 24,4 millions de dollars américains aux prêteurs DE et à leur octroyer une priorité pour le même montant sur tous les autres créanciers (la « charge DE »). Dans les motifs qu'il a déposés au soutien de l'ordonnance, le juge Morawetz a conclu qu'Indalex n'aurait pas pu trouver de solution qui assurait la continuité de l'exploitation sans ce financement DE. Celui-ci était nécessaire pour financer les activités de l'entreprise jusqu'à sa vente.

[10] Les participants n'étaient pas parties à la procédure initiale. La suspension initiale avait été accordée *ex parte*. Le juge chargé de l'application de la LACC avait ordonné à Indalex de faire signifier une copie de l'ordonnance de suspension à chaque créancier ayant une créance minimale de 5 000 \$ dans les 10 jours suivant l'ordonnance initiale du 3 avril. Le 8 avril, lors de l'audition de la motion visant la modification de l'ordonnance initiale, aucun des participants au régime des cadres n'avait reçu signification de cette ordonnance ni de l'avis de motion visant sa modification. Le Syndicat

service. The Plan Members were given notice of all subsequent proceedings. None of the Plan Members appealed the Amended Initial Order to contest the DIP charge.

[11] On June 12, 2009, Indalex applied for authorization to increase the DIP loan amount to US\$29.5 million. At the hearing, the Executive Plan's members initially opposed the motion, seeking to reserve their rights. After it was confirmed that the motion was merely to increase the amount of the DIP charge (without changing the terms of the loan), they withdrew their opposition and the court granted the motion.

[12] On April 22, 2009, the court extended the stay of proceedings and approved a marketing process for the sale of Indalex's assets. The Plan Members did not oppose the application to approve the marketing process. Under the approved bidding procedure, the Indalex Group solicited a wide variety of potential buyers.

[13] Indalex received a bid from SAPA Holding AB ("SAPA"). It was for approximately US\$30 million, and SAPA did not assume responsibility for the pension plans' wind-up deficiencies. According to the Monitor's estimate, the liquidation value of Indalex's assets was US\$44.7 million. Indalex brought an application for an order approving a bidding procedure for a competitive auction and deeming SAPA's bid to be a qualifying bid. The Executive Plan's members opposed the application, expressing concern that the pension liabilities would not be assumed. Morawetz J. nevertheless issued the order on July 2, 2009; in it, he approved the bidding procedure for sale, noting that the Executive Plan's members could raise their objections at the time of approval of the final bid.

a reçu un préavis écourté, mais a décidé de ne pas se présenter. Le juge Morawetz a autorisé Indalex à procéder même si le délai de signification avait été écourté. Les participants ont reçu avis de toutes les procédures subséquentes. Aucun des participants n'a interjeté appel de l'ordonnance initiale modifiée pour contester la charge DE.

[11] Le 12 juin 2009, Indalex a demandé l'autorisation de porter l'emprunt DE à 29,5 millions de dollars américains. À l'audience, les participants au régime des cadres se sont d'abord opposés à la motion en demandant que leurs droits soient réservés. Après confirmation que la motion avait pour unique but d'augmenter le montant de la charge DE (sans modifier les modalités du prêt), ils ont retiré leur opposition et le tribunal a accueilli la motion.

[12] Le 22 avril 2009, le tribunal a prorogé la suspension et approuvé un processus de mise en vente de l'actif d'Indalex. Les participants ne se sont pas opposés à la demande d'approbation du processus de mise en vente. Conformément au processus approuvé de vente par soumission, le Groupe Indalex a sollicité un vaste éventail d'acheteurs potentiels.

[13] Indalex a reçu une soumission de SAPA Holding AB (« SAPA »). Cette soumission s'élevait à environ 30 millions de dollars américains et SAPA ne prenait pas en charge les déficits de liquidation des régimes de retraite. Le contrôleur estimait la valeur de liquidation de l'actif d'Indalex à 44,7 millions de dollars américains. Indalex a demandé une ordonnance approuvant un processus de soumission pour adjudication sur offres concurrentes et déclarant que la soumission de SAPA était réputée acceptable. Les participants au régime des cadres ont contesté cette demande parce qu'ils s'inquiétaient du fait que le passif du régime de retraite ne serait pas pris en charge. Le 2 juillet 2009, le juge Morawetz a néanmoins rendu une ordonnance approuvant le processus de mise en vente par soumission, en soulignant que les participants au régime des cadres pourraient faire valoir leurs objections au moment de l'homologation de la soumission définitive.

[14] The bidding procedure did not trigger any competing bids. On July 20, 2009, Indalex and Indalex U.S. brought motions before their respective courts to approve the sale of substantially all their assets under the terms of SAPA's bid. Indalex also moved for approval of an interim distribution of the sale proceeds to the DIP lenders. The Plan Members opposed Indalex's motion. First, they argued that it was estimated that a forced liquidation would produce greater proceeds than SAPA's bid. Second, they contended that their claims had priority over that of the DIP lenders because the unfunded pension liabilities were subject to a statutory deemed trust under the *PBA*. They also contended that Indalex had breached its fiduciary obligations by failing to meet its obligations as a plan administrator throughout the insolvency proceedings.

[15] The court dismissed the Plan Members' first objection, holding that there was no evidence supporting the argument that a forced liquidation would be more beneficial to suppliers, customers and the 950 employees. It approved the sale on July 20, 2009. The order in which it did so directed the Monitor to make a distribution to the DIP lenders. With respect to the second objection, however, Campbell J. ordered the Monitor to hold a reserve in an amount to be determined by the Monitor, leaving the Plan Members' arguments based on their right to the proceeds of the sale open for determination at a later date.

[16] The sale to SAPA closed on July 31, 2009. The Monitor collected \$30.9 million in proceeds. It distributed US\$17 million to the DIP lenders, paid certain fees, withheld a portion to cover various costs and retained \$6.75 million in reserve pending determination of the Plan Members' rights. At the closing, Indalex owed US\$27 million to the DIP lenders. The payment of US\$17 million left a US\$10 million shortfall in the amount owed to these lenders. The DIP lenders called on Indalex U.S. to cover this shortfall under the guarantee

[14] Le processus de mise en vente par soumission n'a pas permis d'obtenir des soumissions concurrentes. Le 20 juillet 2009, Indalex et Indalex É.-U. ont chacune demandé au tribunal dont elles relevaient d'approuver la vente d'essentiellement tous leurs éléments d'actif aux conditions stipulées dans l'offre de SAPA. Indalex a également demandé l'approbation d'une distribution provisoire du produit de la vente aux prêteurs DE. Les participants ont contesté la motion d'Indalex. Ils ont fait valoir, premièrement, que le produit estimatif d'une liquidation forcée serait supérieur à l'offre de SAPA et, deuxièmement, que leur créance avait priorité sur celles des prêteurs DE, parce que le passif non capitalisé au titre des pensions était protégé par une fiducie réputée en vertu de la *LRR*. Ils ont aussi soutenu qu'Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires en ne s'acquittant pas des obligations qui lui incombaient en qualité d'administrateur des régimes de retraite du début à la fin des procédures en matière d'insolvabilité.

[15] Le tribunal a écarté la première objection des participants, estimant qu'aucun élément de preuve n'étayait leur prétention que la liquidation forcée serait plus avantageuse pour les fournisseurs, les clients et les 950 employés. Il a approuvé la vente le 20 juillet 2009. Cette ordonnance donnait instruction au contrôleur de procéder à une distribution aux prêteurs DE. Au sujet de la deuxième objection, toutefois, le juge Campbell a ordonné au contrôleur de retenir un fonds de réserve dont le contrôleur déterminerait lui-même le montant, réservant pour plus tard l'examen de l'argumentation des participants fondée sur leur droit au produit de la vente.

[16] La vente à SAPA s'est conclue le 31 juillet 2009, et le contrôleur a recueilli 30,9 millions de dollars comme produit de la vente. Il a distribué 17 millions de dollars américains aux prêteurs DE, acquitté certains frais, retenu des fonds pour couvrir diverses dépenses et réservé 6,75 millions de dollars en attendant la décision relative aux droits des participants. À la date de la vente, Indalex devait 27 millions de dollars américains aux prêteurs DE, de sorte qu'une créance de 10 millions de dollars américains subsistait après le versement des

contained in the DIP lending agreement. Indalex U.S. paid the amount of the shortfall. Since Indalex U.S. was, as a term of the guarantee, subrogated to the DIP lenders' priority, it became the highest ranking creditor of Indalex, with a claim for US\$10 million.

[17] Following the sale of Indalex's assets, its directors resigned. Indalex U.S., a part of Indalex Group, took over the management of Indalex, whose assets were limited to the sale proceeds held by the Monitor. A Unanimous Shareholder Declaration was executed on August 12, 2009; in it, Mr. Keith Cooper was appointed to manage Indalex's affairs. Mr. Cooper was an employee of FTI Consulting Inc.

[18] In accordance with the right reserved by the court on July 20, 2009, the Plan Members brought motions on August 28, 2009 for a declaration that a deemed trust equal in amount to the unfunded pension liability was enforceable against the proceeds of the sale. They contended that they had priority over the secured creditors pursuant to s. 57(4) of the *PBA* and s. 30(7) of the *PPSA*. Indalex, in turn, brought a motion for an assignment in bankruptcy to secure the priority regime it argued for in opposing the Plan Members' motions.

[19] On October 14, 2009, while judgment was pending, Indalex U.S. converted the Chapter 11 restructuring proceeding in the U.S. into a Chapter 7 liquidation proceeding. On November 5, 2009, the Superintendent of Financial Services ("Superintendent") appointed the actuarial firm of Morneau Sobeco Limited Partnership ("Morneau") to replace Indalex as administrator of the plans.

[20] On February 18, 2010, Campbell J. dismissed the Plan Members' motions, concluding that the deemed trust did not apply to the wind-up deficiencies, because the associated payments were not "due" or "accruing due" as of the date of the wind up. He found that the Executive Plan did

17 millions. Se prévalant de la garantie consentie dans l'accord de financement DE, les prêteurs DE ont demandé à Indalex É.-U. de payer la différence, ce qu'elle a fait. Comme la garantie prévoyait la subrogation d'Indalex É.-U. aux droits de priorité des prêteurs DE, Indalex É.-U. est devenue créancière de premier rang d'Indalex pour la somme de 10 millions de dollars américains.

[17] Le conseil d'administration d'Indalex a démissionné après la vente de l'actif de la société. Indalex É.-U., qui faisait partie du Groupe Indalex, a repris la gestion d'Indalex, dont l'actif se limitait au produit de la vente détenu par le contrôleur. Une convention unanime d'actionnaires nommant M. Keith Cooper comme gestionnaire des affaires d'Indalex a été signée le 12 août 2009. M. Cooper était un employé de FTI Consulting Inc.

[18] Les participants ont exercé le droit que leur avait réservé le tribunal le 20 juillet 2009 et ont présenté des motions, le 28 août 2009, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le produit de la vente était grevé d'une fiducie réputée d'un montant équivalent au passif non capitalisé au titre des pensions. Ils ont soutenu que les par. 57(4) de la *LRR* et 30(7) de la *LSM* leur donnaient préséance sur les créanciers garantis. Indalex a présenté une motion pour faire cession de ses biens en faillite afin de bénéficier de la priorité de rang qu'elle invoquait pour contester les motions des participants.

[19] Le 14 octobre 2009, avant le prononcé du jugement, Indalex É.-U. a transformé l'instance en réorganisation fondée sur le chapitre 11 en instance en liquidation fondée sur le chapitre 7. Le 5 novembre 2009, le surintendant des services financiers (le « surintendant ») a nommé le cabinet d'actuaire Morneau Sobeco, société en commandite (« Morneau »), pour remplacer Indalex comme administrateur des régimes.

[20] Le 18 février 2010, le juge Campbell a rejeté les motions des participants, concluant que la fiducie réputée ne s'appliquait pas aux déficits de liquidation parce que les paiements afférents n'étaient pas [TRADUCTION] « échus » ou « à échoir » à la date de la liquidation. Selon lui, le régime de

not have a wind-up deficiency, since it had not yet been wound up. He thus found it unnecessary to rule on Indalex's motion for an assignment in bankruptcy (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). The Plan Members appealed the dismissal of their motions.

[21] The Ontario Court of Appeal allowed the Plan Members' appeals. It found that the deemed trust created by s. 57(4) of the *PBA* applies to all amounts due with respect to plan wind-up deficiencies. Although the court noted that it was likely that no deemed trust existed for the Executive Plan on the plain meaning of the provision, it declined to address this question, because it found that the Executive Plan's members had a claim arising from Indalex's breach of its fiduciary obligations in failing to adequately protect the Plan Members' interests (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

[22] The Court of Appeal concluded that a constructive trust was an appropriate remedy for Indalex's breach of its fiduciary obligations. The court was of the view that this remedy did not harm the DIP lenders, but affected only Indalex U.S. It imposed a constructive trust over the reserved fund in favour of the Plan Members. Turning to the question of distribution, it also found that the deemed trust had priority over the DIP charge because the issue of federal paramountcy had not been raised when the Amended Initial Order was issued, and that Indalex had stated that it intended to comply with any deemed trust requirements. The Court of Appeal found that there was nothing in the record to suggest that not applying the paramountcy doctrine would frustrate Indalex's ability to restructure.

[23] The Court of Appeal ordered the Monitor to make a distribution from the reserve fund in order to pay the amount of each plan's deficiency. It also issued a costs endorsement that approved payment of the costs of the Executive Plan's members from that plan's fund, but declined to order the payment of costs to the USW from the fund of the Salaried Plan (2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165).

retraite des cadres n'étant pas encore liquidé, on ne pouvait parler de déficit de liquidation. Il était donc inutile de statuer sur la motion d'Indalex visant à faire cession de ses biens (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). Les participants ont interjeté appel du rejet de leurs motions.

[21] La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli les appels des participants, estimant que la fiducie réputée créée au par. 57(4) de la *LRR* s'appliquait à toutes les sommes dues au titre des déficits de liquidation des régimes. Signalant que, selon le sens ordinaire de cette disposition, aucune fiducie réputée ne s'appliquerait au régime des cadres, elle a néanmoins refusé de trancher la question parce que les participants à ce régime pouvaient faire valoir une réclamation contre Indalex pour manquement à son obligation fiduciaire de protéger adéquatement leurs intérêts (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

[22] La Cour d'appel a jugé qu'une fiducie par interprétation était une réparation appropriée pour le manquement d'Indalex à ses obligations fiduciaires. Selon elle, cette réparation ne causait pas préjudice aux prêteurs DE et n'avait d'effet que sur Indalex É.-U. Elle a donc imposé une fiducie par interprétation grevant le fonds de réserve au profit des participants. Au sujet de la distribution, elle a aussi jugé que la fiducie réputée avait priorité sur la charge DE parce que la question de la prépondérance fédérale n'avait pas été invoquée lorsque l'ordonnance initiale modifiée avait été rendue et qu'Indalex avait déclaré qu'elle allait se conformer à toutes les exigences d'une fiducie réputée. Elle a conclu que rien au dossier n'indiquait que le fait de ne pas appliquer la doctrine de la prépondérance fédérale compromettrait la capacité de restructuration d'Indalex.

[23] La Cour d'appel a ordonné au contrôleur de combler le déficit de chacun des deux régimes par prélèvement sur le fonds de réserve. Dans sa décision relative à l'adjudication des dépens, elle a également approuvé le paiement des dépens des participants au régime des cadres sur leur caisse de retraite, mais elle a refusé d'ordonner que les dépens du Syndicat soient acquittés sur la caisse de retraite du régime des salariés (2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165).

[24] The Monitor, together with Sun Indalex, a secured creditor of Indalex U.S., and George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy, appeals the Court of Appeal's order. Both the Superintendent and Morneau support the Plan Members' position as respondents. A number of stakeholders are also participating in the appeals to this Court. In addition, USW appeals the costs endorsement. As I agree with my colleague Cromwell J. on the appeal from the costs endorsement, I will not deal with it in these reasons.

II. Issues

[25] The appeals raise four issues:

1. Does the deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* apply to wind-up deficiencies?
2. If so, does the deemed trust supersede the DIP charge?
3. Did Indalex have any fiduciary obligations to the Plan Members when making decisions in the context of the insolvency proceedings?
4. Did the Court of Appeal properly exercise its discretion in imposing a constructive trust to remedy the breaches of fiduciary duties?

III. Analysis

A. *Does the Deemed Trust Provided for in Section 57(4) of the PBA Apply to Wind-up Deficiencies?*

[26] The first issue is whether the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* extends to wind-up deficiencies. This question is one of statutory interpretation, which requires examination of both the wording and context of the relevant provisions of the *PBA*. Section 57(4) of the *PBA* affords protection to members of a pension plan with respect to their employer's contributions upon wind up of the plan. The provision reads:

[24] Le contrôleur, ainsi que Sun Indalex, créancière garantie d'Indalex É.-U., et George L. Miller, syndic de faillite d'Indalex É.-U., interjettent tous trois appel de l'ordonnance de la Cour d'appel. Le surintendant et Morneau appuient la position des participants en tant qu'intimés au pourvoi. D'autres intéressés prennent également part aux pourvois devant notre Cour. Le Syndicat se pourvoit en outre contre l'adjudication des dépens, mais je n'aborderai pas cette question, car je partage l'opinion du juge Cromwell à ce sujet.

II. Les questions en litige

[25] Les pourvois soulèvent quatre questions :

1. La fiducie réputée établie par le par. 57(4) de la *LRR* s'applique-t-elle aux déficits de liquidation?
2. Le cas échéant, cette fiducie réputée a-t-elle préséance sur la charge DE?
3. Indalex avait-elle des obligations fiduciaires envers les participants en ce qui concerne les décisions prises dans le contexte des procédures en matière d'insolvabilité?
4. La Cour d'appel a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire correctement en imposant une fiducie par interprétation à titre de réparation pour les manquements aux obligations fiduciaires?

III. Analyse

A. *La fiducie réputée établie par le par. 57(4) de la LRR s'applique-t-elle aux déficits de liquidation?*

[26] Il faut d'abord déterminer si la fiducie réputée établie au par. 57(4) de la *LRR* s'applique aux déficits de liquidation. Il s'agit d'une question d'interprétation législative qui exige l'examen du texte et du contexte des dispositions pertinentes de la *LRR*. Le paragraphe 57(4) de la *LRR* accorde aux participants à un régime de retraite une protection applicable aux cotisations de leur employeur en cas de liquidation du régime :

57. . . .

(4) Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

[27] The most obvious interpretation is that where a plan is wound up, this provision protects all contributions that have accrued but are not yet due. The words used appear to include the contribution the employer is to make where a plan being wound up is in a deficit position. This quite straightforward interpretation, which is consistent with both the historical broadening of the protection and the remedial purpose of the provision, is being challenged on the basis of a narrow definition of the word “accrued”. I do not find that this argument justifies limiting the protection afforded to plan members by the Ontario legislature.

[28] The *PBA* sets out the rules for the operation of funded contributory defined benefit pension plans in Ontario. In an ongoing plan, an employer must pay into a fund all contributions it withholds from its employees’ salaries. In addition, while the plan is ongoing, the employer must make two kinds of payments. One relates to current service contributions — the employer’s own regular contributions to the pension fund as required by the plan. The other ensures that the fund is sufficient to meet the plan’s liabilities. The employees’ interest in having the contributions made while the plan is ongoing is protected by a deemed trust provided for in s. 57(3) of the *PBA*.

[29] The *PBA* also establishes a comprehensive scheme for winding up a pension plan. Section 75(1)(a) imposes on the employer the obligation to “pay” an amount equal to the total of all “payments” that are due or that have accrued and have not been paid into the fund. In addition, s. 75(1)(b) sets out a formula for calculating the amount that must be

57. . . .

(4) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

[27] Selon l’interprétation la plus évidente, toutes les cotisations accumulées, mais non encore dues, lorsqu’un régime est liquidé sont protégées. Ce libellé semble inclure les cotisations qu’un employeur est tenu de verser lorsque la caisse de retraite est déficitaire au moment de la liquidation. Pour contester cette interprétation plutôt simple, qui concorde à la fois avec l’élargissement constant de la protection accordée au fil du temps et avec l’objectif réparateur de cette disposition, on invoque une définition étroite du mot « accumulé ». À mon avis, cet argument ne justifie pas la restriction de la protection accordée aux participants par le législateur ontarien.

[28] La *LRR* énonce les règles de fonctionnement des régimes de retraite contributifs capitalisés à prestations déterminées en Ontario. Pendant toute la durée d’un régime, l’employeur doit verser à la caisse de retraite toutes les cotisations qu’il retient sur la rémunération des employés. Tant que le régime demeure en vigueur, il est en outre tenu à deux types de paiements. L’un se rapporte aux cotisations pour service courant — les cotisations que l’employeur doit verser régulièrement à la caisse de retraite suivant les modalités du régime — et l’autre, au maintien d’une caisse de retraite suffisante pour couvrir le passif au titre des pensions. Le droit des employés au versement des cotisations pendant que le régime est en vigueur est protégé par la fiducie réputée instituée au par. 57(3) de la *LRR*.

[29] La *LRR* établit également un régime complet régissant la liquidation d’un régime de retraite. L’alinéa 75(1)a) oblige l’employeur à « verse[r] » un montant égal au total de tous les « paiements » dus ou accumulés qui n’ont pas été versés dans la caisse de retraite, et l’al. 75(1)b) établit la formule servant à calculer le montant du paiement

paid to ensure that the fund is sufficient to cover all liabilities upon wind up. Within six months after the effective date of the wind up, the plan administrator must file a wind-up report that lists the plan's assets and liabilities as of the date of the wind up. If the wind-up report shows an actuarial deficit, the employer must make wind-up deficiency payments. Consequently, s. 75(1)(a) and (b) jointly determine the amount of the contributions owed when a plan is wound up.

[30] It is common ground that the contributions provided for in s. 75(1)(a) are covered by the wind-up deemed trust. The only question is whether it also applies to the deficiency payments required by s. 75(1)(b). I would answer this question in the affirmative in view of the provision's wording, context and purpose.

[31] It is readily apparent that the wind-up deemed trust provision (s. 57(4) *PBA*) does not place an express limit on the "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due", and I find no reason to exclude contributions paid under s. 75(1)(b). Section 75(1)(a) explicitly refers to "an amount equal to the total of all payments" that have *accrued*, even those that were not yet due as of the date of the wind up, whereas s. 75(1)(b) contemplates an "amount" that is calculated on the basis of the value of assets and of liabilities that have *accrued* when the plan is wound up. Section 75(1) reads as follows:

75. (1) Where a pension plan is wound up, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and
- (b) an amount equal to the amount by which,
 - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares

à effectuer pour que la caisse de retraite puisse couvrir la totalité du passif à la liquidation. Dans les six mois suivant la date de prise d'effet de la liquidation, l'administrateur du régime doit déposer un rapport de liquidation faisant état de l'actif et du passif du régime à la date de la liquidation. Si le rapport révèle l'existence d'un déficit actuariel, l'employeur doit effectuer des paiements au titre du déficit de liquidation. Par conséquent, les al. 75(1)(a) et b) établissent le montant des cotisations dues lors de la liquidation d'un régime.

[30] Il est bien établi que la fiducie réputée en cas de liquidation s'applique aux cotisations visées à l'al. 75(1)(a). La seule question à trancher est de savoir si elle s'applique aussi aux paiements au titre du déficit exigés par l'al. 75(1)(b). J'y répondrais par l'affirmative, compte tenu du texte, du contexte et de l'objet de cette disposition.

[31] Il est évident que le par. 57(4) de la *LRR* qui crée la fiducie réputée en cas de liquidation ne comporte aucune limite expresse aux « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » et je ne vois rien qui justifie d'exclure les cotisations prévues à l'al. 75(1)(b). L'alinéa 75(1)(a) prévoit expressément que l'employeur verse « un montant égal au total de tous les paiements » *accumulés*, même s'ils ne sont pas encore dus à la date de la liquidation, tandis que l'al. 75(1)(b) parle d'un « montant » calculé à partir de la valeur de l'actif et du passif *accumulés*, lorsque le régime est liquidé. Voici le texte du par. 75(1) :

75. (1) Si un régime de retraite est liquidé, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;
- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
 - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le

- that the Guarantee Fund applies to the pension plan,
- (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
 - (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

[32] Since both the amount with respect to payments (s. 75(1)(a)) and the one ascertained by subtracting the assets from the liabilities accrued as of the date of the wind up (s. 75(1)(b)) are to be paid upon wind up as employer contributions, they are both included in the ordinary meaning of the words of s. 57(4) of the *PBA*: “. . . amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”. As I mentioned above, this reasoning is challenged in respect of s. 75(1)(b), not of s. 75(1)(a).

[33] The appellant Sun Indalex argues that since the deficiency is not finally quantified until well after the effective date of the wind up, the liability of the employer cannot be said to have accrued. The Monitor adds that the payments the employer must make to satisfy its wind-up obligations may change over the five-year period within which s. 31 of the *PBA* Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 909, requires that they be made. These parties illustrate their argument by referring to what occurred to the Salaried Plan’s fund in the case at bar. In 2007-8, Indalex paid down the vast majority of the \$1.6 million wind-up deficiency associated with the Salaried Plan as estimated in 2006. By the end of 2008, however, this deficiency had risen back up to \$1.8 million as a result of a decline in the fund’s asset value. According to this argument, the amount could not have accrued as of the date of the wind up, because it could not be calculated with certainty.

surintendant déclare que le Fonds de garantie s’applique au régime de retraite,

- (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
- (iii) la valeur des prestations accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et qui résultent de l’application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l’article 74,

dépasse la valeur de l’actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario.

[32] Puisque le montant des paiements (al. 75(1)a)) et le montant établi en soustrayant l’actif du passif accumulé à la date de la liquidation (al. 75(1)b)) doivent tous les deux être versés à la liquidation à titre de cotisations de l’employeur, ils entrent tous les deux dans le sens ordinaire des mots employés au par. 57(4) de la *LRR* : « . . . montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Comme je l’ai mentionné, ce raisonnement est contesté en ce qui concerne l’al. 75(1)b), mais non l’al. 75(1)a).

[33] L’appelante Sun Indalex avance que, puisque le montant définitif du déficit n’est établi que longtemps après la date de prise d’effet de la liquidation, on ne peut parler de passif accumulé relativement à cette obligation de l’employeur. Le contrôleur souligne en outre que les paiements qu’un employeur doit effectuer pour honorer ses obligations à la liquidation peuvent changer au cours des cinq ans sur lesquels ils peuvent s’échelonner aux termes de l’art. 31 du règlement général pris en application de la *LRR*, R.R.O. 1990, règl. 909. Pour illustrer leur argument, ces parties donnent l’exemple de ce qui s’est produit dans le cas du régime des salariés. En 2007-8, Indalex a comblé la majeure partie du déficit du régime des salariés, qui était estimé à 1,6 million de dollars en 2006. Toutefois, à la fin de 2008, la diminution de la valeur de l’actif de la caisse de retraite avait fait remonter le déficit de liquidation à 1,8 million de dollars. Selon cet argument, il ne peut s’agir d’un montant accumulé à la date de la liquidation, parce qu’il ne pouvait pas être établi avec certitude.

[34] Unlike my colleague Cromwell J., I find this argument unconvincing. I instead agree with the Court of Appeal on this point. The wind-up deemed trust concerns “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”. Since the employees cease to accumulate entitlements when the plan is wound up, the entitlements that are used to calculate the contributions have all been accumulated before the wind-up date. Thus the liabilities of the employer are complete — have accrued — before the wind up. The distinction between my approach and the one Cromwell J. takes is that he requires that it be possible to perform the calculation before the date of the wind up, whereas I am of the view that the time when the calculation is actually made is not relevant as long as the liabilities are assessed as of the date of the wind up. The date at which the liabilities are *reported* or the employer’s *option* to spread its contributions as allowed by the regulations does not change the legal nature of the contributions.

[35] In *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306, Duff J. considered the meaning of the word “accrued” in interpreting the scope of a covenant. He found that

the word “accrued” according to well recognized usage has, as applied to rights or liabilities the meaning simply of completely constituted — and it may have this meaning although it appears from the context that the right completely constituted or the liability completely constituted is one which is only exercisable or enforceable *in futuro* — a debt for example which is *debitum in praesenti solvendum in futuro*. [Emphasis added; pp. 312-13.]

[36] Thus, a contribution has “accrued” when the liabilities are completely constituted, even if the payment itself will not fall due until a later date. If this principle is applied to the facts of this case, the liabilities related to contributions to the fund allocated for payment of the pension benefits contemplated in s. 75(1)(b) are completely

[34] Contrairement à mon collègue le juge Cromwell, j’estime que cet argument n’est pas convaincant. Je souscris plutôt à l’opinion de la Cour d’appel sur ce point. La fiducie réputée s’applique aux « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Puisque les employés cessent d’accumuler des droits lorsque le régime est liquidé, les droits qui servent au calcul des cotisations ont tous été accumulés avant la date de la liquidation. Par conséquent, le passif correspondant aux obligations de l’employeur existe en entier — est accumulé — avant la liquidation. La différence entre le raisonnement que j’applique et celui du juge Cromwell réside dans le fait que le sien exige que le calcul puisse s’établir avant la date de la liquidation, tandis que je suis d’avis que la date où s’effectue le calcul est sans importance du moment que le passif est évalué à la date de la liquidation. Ni la date à laquelle le passif est *déclaré* ni l’*option* de l’employeur d’étaler ses cotisations comme le permet le règlement ne changent la nature juridique des cotisations.

[35] Dans *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306, le juge Duff a examiné le sens du mot « *accrued* », l’équivalent anglais du mot « *accumulé* », pour interpréter la portée d’un covenant et il a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] . . . suivant l’usage établi, le mot « accumulé », appliqué à un droit ou une obligation, signifie simplement entièrement constitué — et il peut avoir ce sens bien que le contexte indique que l’exercice de ce droit entièrement constitué ou l’exécution forcée de cette obligation entièrement constituée ne seront possibles que dans l’avenir — une dette, par exemple, qui est *debitum in praesenti solvendum in futuro*. [Je souligne; p. 312-313.]

[36] Ainsi, une cotisation est « *accumulée* » lorsque le passif est entièrement constitué, même si le paiement lui-même ne devient exigible que plus tard. Cela signifie en l’espèce que le passif au titre des cotisations à la caisse destinée au paiement des prestations de retraite visées à l’al. 75(1)(b) est entièrement constitué lorsque la liquidation

constituted at the time of the wind up, because no pension entitlements arise after that date. In other words, no new liabilities accrued at the time of or after the wind up. Even the portion of the contributions that is related to the elections plan members may make upon wind up has “accrued to the date of the wind up”, because it is based on rights employees earned before the wind-up date.

[37] The fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes (*Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.), at p. 621). The use of the word “accrued” does not limit liabilities to amounts that can be determined with precision. As a result, the words “contributions accrued” can encompass the contributions mandated by s. 75(1)(b) of the *PBA*.

[38] The legislative history supports my conclusion that wind-up deficiency contributions are protected by the deemed trust provision. The Ontario legislature has consistently expanded the protection afforded in respect of pension plan contributions. I cannot therefore accept an interpretation that would represent a drawback from the protection extended to employees. I will not reproduce the relevant provisions, since my colleague Cromwell J. quotes them.

[39] The original statute provided solely for the employer’s obligation to pay all amounts required to be paid to meet the test for solvency (*The Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, c. 96, s. 22(2)), but the legislature subsequently afforded employees the protection of a deemed trust on the employer’s assets in an amount equal to the sums withheld from employees as contributions and sums due from the employer as service contributions (s. 23a, added by *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113, s. 6). In a later version, it protected not only contributions that were due, but also those that had accrued, with the amounts being calculated as if the plan had been wound up (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80).

a lieu, parce qu’aucun droit au titre de la pension ne prend naissance après cette date. Autrement dit, aucun passif ne s’accumule pendant ni après la liquidation. Même la portion des cotisations afférente aux options que les participants peuvent exercer lorsqu’il y a liquidation est « accumulé[e] à la date de la liquidation » parce qu’elle est fondée sur des droits que les employés ont acquis avant la date de la liquidation.

[37] Le fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable (*Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.), p. 621). L’emploi du mot « accumulé » ne limite pas le passif aux seuls montants qui peuvent être établis avec précision. On peut donc considérer que le passif « accumulé » englobe les cotisations exigées à l’al. 75(1)(b) de la *LRR*.

[38] L’historique législatif étaye ma conclusion que la disposition établissant une fiducie réputée en cas de liquidation s’applique aux cotisations au titre du déficit de liquidation. Le législateur ontarien a systématiquement élargi la protection applicable aux cotisations aux régimes de retraite. Je ne puis donc retenir une interprétation qui ferait régresser la protection accordée aux employés. Mon collègue le juge Cromwell ayant cité les dispositions législatives pertinentes, je ne les reproduirai pas ici.

[39] La loi initiale obligeait seulement l’employeur à effectuer les paiements nécessaires pour établir la solvabilité selon la norme applicable (*The Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 96, par. 22(2)), mais le législateur a par la suite protégé les employés au moyen d’une fiducie réputée grevant les biens de l’employeur d’un montant égal aux sommes retenues en tant que cotisations des employés et aux sommes dues par l’employeur (al. 23a, ajouté par *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113, art. 6). Dans une version subséquente, ce ne furent pas que les cotisations exigibles, mais également celles qui étaient accumulées qui ont été protégées, et le calcul s’en effectuait comme s’il y avait liquidation (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80).

[40] Whereas *all* employer contributions were originally covered by a single provision, the legislature crafted a separate provision in 1980 that specifically imposed on the employer the obligation to fund the wind-up deficiency. At the time, it was clear from the words used in the provision that the amount related to the wind-up deficiency was excluded from the deemed trust protection (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*). In 1983, the legislature made a distinction between the deemed trust for ongoing employer contributions and the one for certain payments to be made upon wind up (ss. 23(4)(a) and 23(4)(b), added by *Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, c. 2, s. 3). In that version, the wind-up deficiency payments were still excluded from the deemed trust. However, the legislature once again made changes to the protection in 1987. The 1987 version is, in substance, the one that applies in the case at bar. In the *Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, c. 35, a specific wind-up deemed trust was maintained, but the wind-up deficiency payments were no longer excluded from it, because the limitation that had been imposed until then with respect to payments that were due or had accrued while the plan was ongoing had been eliminated. My comments to the effect that the previous versions excluded the wind-up deficiency payments do not therefore apply to the 1987 statute, since it was materially different.

[41] Whereas it is clear from the 1983 amendments that the deemed trust provided for in s. 23(4)(b) was intended to include only current service costs and special payments, this is less clear from the subsequent versions of the *PBA*. To give meaning to the 1987 amendment, I have to conclude that the words refer to a deemed trust in respect of *all* “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

[42] The employer’s liability upon wind up is now set out in a single section which elegantly parallels the wind-up deemed trust provision. It can be seen from the legislative history that the protection has expanded from (1) only the service contributions

[40] Alors que *toutes* les cotisations de l’employeur étaient au départ régies par une seule disposition, le législateur a édicté, en 1980, une disposition distincte imposant expressément à l’employeur une obligation de capitalisation du déficit de liquidation. Il ressortait alors du libellé employé que le montant relatif au déficit à la liquidation était exclu de la protection conférée par la fiducie réputée (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*). En 1983, le législateur a établi une distinction entre la fiducie réputée applicable aux cotisations de l’employeur lorsque le régime est en vigueur et celle applicable à certains paiements en cas de liquidation du régime (al. 23(4)a) et 23(4)b), ajoutés par la *Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2, art. 3). Dans cette version, les paiements au titre du déficit de liquidation étaient toujours exclus de la fiducie réputée. En 1987, toutefois, le législateur a modifié encore une fois la protection, et c’est cette version qui régit, pour l’essentiel, la présente espèce. La *Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35, crée toujours une fiducie réputée distincte en cas de liquidation, mais cette fiducie n’exclut plus les paiements au titre du déficit parce que la limitation imposée jusqu’alors concernant les paiements dus ou accumulés pendant l’existence du régime a été abolie. Mes commentaires selon lesquels le libellé des anciennes versions excluait les paiements au titre du déficit de liquidation ne s’appliquent donc pas à la loi de 1987, parce que celle-ci est substantiellement différente.

[41] Alors qu’il ressort clairement des modifications faites en 1983 que la fiducie réputée créée par l’al. 23(4)b) ne visait que les coûts afférents au service courant et les paiements spéciaux, cela n’est pas aussi clair dans les versions subséquentes de la *LRR*. Pour donner un sens aux modifications apportées en 1987, il faut conclure que leur libellé renvoie à une fiducie réputée couvrant *toutes* les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

[42] La responsabilité de l’employeur à la liquidation est maintenant établie dans un article unique qui fait élégamment écho à celui qui crée la fiducie réputée à la liquidation. L’historique législatif montre que la protection, qui couvrait d’abord (1)

that were due, to (2) amounts payable calculated as if the plan had been wound up, to (3) amounts that were due and had accrued upon wind up but excluding the wind-up deficiency payments, to (4) all amounts due and accrued upon wind up.

[43] Therefore, in my view, the legislative history leads to the conclusion that adopting a narrow interpretation that would dissociate the employer's payment provided for in s. 75(1)(b) of the *PBA* from the one provided for in s. 75(1)(a) would be contrary to the Ontario legislature's trend toward broadening the protection. Since the provision respecting wind-up payments sets out the amounts that are owed upon wind up, I see no historical, legal or logical reason to conclude that the wind-up deemed trust provision does not encompass all of them.

[44] Thus, I am of the view that the words and context of s. 57(4) lend themselves easily to an interpretation that includes the wind-up deficiency payments, and I find additional support for this in the purpose of the provision. The deemed trust provision is a remedial one. Its purpose is to protect the interests of plan members. This purpose militates against adopting the limited scope proposed by Indalex and some of the interveners. In the case of competing priorities between creditors, the remedial purpose favours an approach that includes all wind-up payments in the value of the deemed trust in order to achieve a broad protection.

[45] In sum, the relevant provisions, the legislative history and the purpose are all consistent with inclusion of the wind-up deficiency in the protection afforded to members with respect to employer contributions upon the wind up of their pension plan. I therefore find that the Court of Appeal correctly held with respect to the Salaried Plan, which had been wound up as of December 31, 2006, that Indalex was deemed to hold in trust the amount necessary to satisfy the wind-up deficiency.

[46] The situation is different with respect to the Executive Plan. Unlike s. 57(3), which provides that

uniquement les cotisations dues, s'est étendue (2) aux montants payables calculés comme s'il y avait liquidation du régime, (3) puis aux montants dus ou accumulés à la liquidation, à l'exclusion des paiements au titre du déficit de liquidation (4) et, enfin, à tous les montants dus ou accumulés à la liquidation.

[43] Selon moi, l'historique législatif mène donc à la conclusion qu'une interprétation étroite qui dissocierait le paiement requis de l'employeur par l'al. 75(1)b) de la *LRR* de celui exigé à l'al. 75(1)a) irait à l'encontre de la tendance du législateur ontarien à offrir une protection de plus en plus étendue. Puisque la disposition régissant les paiements à la liquidation décrit les montants qui sont alors dus, je ne vois aucune raison historique, juridique ou logique de conclure que la disposition établissant une fiducie réputée en cas de liquidation ne les englobe pas tous.

[44] J'estime donc que le texte et le contexte du par. 57(4) se prêtent facilement à une interprétation qui englobe les paiements au titre du déficit de liquidation, et l'objet de cette disposition me conforte dans cette opinion. La disposition qui crée une fiducie réputée a une vocation réparatrice. Elle vise à protéger les intérêts des participants. Cet objet milite contre l'adoption de la portée limitée que proposent Indalex et certains des intervenants. En présence de priorités concurrentes entre créanciers, cette fin réparatrice favorise une interprétation qui inclut tous les paiements à la liquidation dans la valeur de la fiducie réputée pour que les participants bénéficient d'une vaste protection.

[45] En résumé, le texte, l'historique législatif et l'objet des dispositions pertinentes concordent tous avec l'inclusion du déficit de liquidation dans la protection offerte aux participants à l'égard des cotisations de l'employeur à la liquidation des régimes. Je suis donc d'avis que la Cour d'appel a jugé à bon droit qu'Indalex était réputée détenir en fiducie le montant nécessaire pour combler le déficit de liquidation du régime des salariés dont la liquidation avait pris effet le 31 décembre 2006.

[46] Il n'en va pas de même pour le régime des cadres. Contrairement au par. 57(3), selon lequel

the deemed trust protecting employer contributions exists while a plan is ongoing, s. 57(4) provides that the wind-up deemed trust comes into existence only when the plan is wound up. This is a choice made by the Ontario legislature. I would not interfere with it. Thus, the deemed trust entitlement arises only once the condition precedent of the plan being wound up has been fulfilled. This is true even if it is certain that the plan will be wound up in the future. At the time of the sale, the Executive Plan was in the process of being, but had not yet been, wound up. Consequently, the deemed trust provision does not apply to the employer's wind-up deficiency payments in respect of that plan.

[47] The Court of Appeal declined to decide whether a deemed trust arose in relation to the Executive Plan, stating that it was unnecessary to decide this issue. However, the court expressed concern that a reasoning that deprived the Executive Plan's members of the benefit of a deemed trust would mean that a company under CCAA protection could avoid the priority of the PBA deemed trust simply by not winding up an underfunded pension plan. The fear was that Indalex could have relied on its own inaction to avoid the consequences that flow from a wind up. I am not convinced that the Court of Appeal's concern has any impact on the question whether a deemed trust exists, and I doubt that an employer could avoid the consequences of such a security interest simply by refusing to wind up a pension plan. The Superintendent may take a number of steps, including ordering the wind up of a pension plan under s. 69(1) of the PBA in a variety of circumstances (see s. 69(1)(d) PBA). The Superintendent did not choose to order that the plan be wound up in this case.

B. *Does the Deemed Trust Supersede the DIP Charge?*

[48] The finding that the interests of the Salaried Plan's members in all the employer's wind-up contributions to the Salaried Plan are protected by a

la fiducie réputée protégeant les cotisations de l'employeur existe pendant que le régime est en vigueur, le par. 57(4) prévoit que la fiducie réputée en cas de liquidation ne prend naissance qu'à la liquidation du régime. C'est ce que le législateur ontarien a décidé, et je n'interviendrai pas dans cette décision. Les droits résultant de la fiducie réputée ne prennent donc naissance que lorsque se réalise la condition préalable, c'est-à-dire lors de la liquidation du régime, et cela, même s'il est certain que le régime sera liquidé plus tard. Au moment de la vente, le régime des cadres était en voie de liquidation, mais non liquidé. La disposition relative à la fiducie réputée ne s'applique donc pas aux cotisations de l'employeur au titre du déficit de liquidation de ce régime.

[47] La Cour d'appel, ne s'est pas prononcée sur l'existence d'une fiducie réputée à l'égard du régime des cadres, affirmant qu'il n'était pas nécessaire de trancher cette question. Elle a cependant exprimé des réserves au sujet d'un raisonnement qui empêcherait les participants au régime des cadres de bénéficier d'une fiducie réputée, ce qui ferait en sorte qu'une société placée sous la protection de la LACC pourrait éviter la priorité établie par la LRR à l'égard de la fiducie réputée en s'abstenant simplement de liquider un régime de retraite sous-capitalisé. Indalex aurait ainsi pu tabler sur sa propre inaction pour échapper aux conséquences d'une liquidation. Je ne suis pas convaincue que la crainte exprimée par la Cour d'appel ait une incidence sur la question de savoir si une fiducie réputée existe, et je doute que le simple refus de liquider un régime de retraite puisse permettre à un employeur d'échapper aux conséquences d'une telle sûreté. Le surintendant peut intervenir de diverses façons, notamment en ordonnant la liquidation du régime en application du par. 69(1) de la LRR dans diverses circonstances (voir l'al. 69(1)d de la LRR). Le surintendant n'a pas choisi, en l'espèce, d'ordonner la liquidation.

B. *La fiducie réputée a-t-elle préséance sur la charge DE?*

[48] La conclusion qu'une fiducie réputée protège les droits des participants au régime des salariés à l'égard de toutes les cotisations que l'employeur

deemed trust does not mean that part of the money reserved by the Monitor from the sale proceeds must be remitted to the Salaried Plan's fund. This will be the case only if the provincial priorities provided for in s. 30(7) of the *PPSA* ensure that the claim of the Salaried Plan's members has priority over the DIP charge. Section 30(7) reads as follows:

30. . . .

(7) A security interest in an account or inventory and its proceeds is subordinate to the interest of a person who is the beneficiary of a deemed trust arising under the *Employment Standards Act* or under the *Pension Benefits Act*.

The effect of s. 30(7) is to enable the Salaried Plan's members to recover from the reserve fund, insofar as it relates to an account or inventory and its proceeds in Ontario, ahead of all other secured creditors.

[49] The Appellants argue that any provincial deemed trust is subordinate to the DIP charge authorized by the *CCAA* order. They put forward two central arguments to support their contention. First, they submit that the *PBA* deemed trust does not apply in *CCAA* proceedings because the relevant priorities are those of the federal insolvency scheme, which do not include provincial deemed trusts. Second, they argue that by virtue of the doctrine of federal paramountcy the DIP charge supersedes the *PBA* deemed trust.

[50] The Appellants' first argument would expand the holding of *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, so as to apply federal bankruptcy priorities to *CCAA* proceedings, with the effect that claims would be treated similarly under the *CCAA* and the *BIA*. In *Century Services*, the Court noted that there are points at which the two schemes converge:

doit verser au régime de retraite des salariés à la liquidation ne signifie pas qu'une partie des sommes retenues par le contrôleur sur le produit de la vente doit être versée à la caisse de retraite des salariés. Ce sera le cas seulement si la priorité de rang accordée par la province aux participants au régime des salariés, au par. 30(7) de la *LSM*, fait en sorte que leur réclamation a préséance sur la charge DE. Le paragraphe 30(7) prévoit ce qui suit :

30. . . .

(7) La sûreté sur un compte ou un stock et le produit de ceux-ci est subordonnée à l'intérêt du bénéficiaire d'une fiducie réputée telle aux termes de la *Loi sur les normes d'emploi* ou de la *Loi sur les régimes de retraite*.

Le paragraphe 30(7) a pour effet de permettre aux participants au régime des salariés de recouvrer leur créance sur le fonds de réserve, dans la mesure où il se rapporte à un compte ou un stock ou au produit de ceux-ci en Ontario, par préséance sur tous les autres créanciers garantis.

[49] Les appelants avancent que toute fiducie réputée d'origine provinciale est subordonnée à la charge DE autorisée par l'ordonnance fondée sur la *LACC*. Ils invoquent deux arguments principaux à cet égard. Premièrement, la fiducie réputée créée par la *LRR* ne s'appliquerait pas dans une instance relevant de la *LACC* parce que les priorités applicables sont celles qui sont établies par le régime fédéral en matière d'insolvabilité et que les fiducies réputées d'origine provinciale n'en font pas partie. Deuxièmement, ils plaident que, selon la doctrine de la prépondérance fédérale, la charge DE a préséance sur la fiducie réputée créée par la *LRR*.

[50] Le premier argument des appelants élargirait la portée de l'arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, de façon que les priorités fédérales en matière de faillite s'appliquent aux instances fondées sur la *LACC*, ce qui ferait que les créances seraient traitées de façon identique sous le régime de la *LACC* et de la *LFI*. Dans *Century Services*, la Cour a indiqué qu'il existe des points de convergence entre les deux régimes :

Another point of convergence of the *CCAA* and the *BIA* relates to priorities. Because the *CCAA* is silent about what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily supplies the backdrop for what will happen if a *CCAA* reorganization is ultimately unsuccessful. [para. 23]

[51] In order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements. Yet this does not mean that courts may read bankruptcy priorities into the *CCAA* at will. Provincial legislation defines the priorities to which creditors are entitled until that legislation is ousted by Parliament. Parliament did not expressly apply all bankruptcy priorities either to *CCAA* proceedings or to proposals under the *BIA*. Although the creditors of a corporation that is attempting to reorganize may bargain in the shadow of their bankruptcy entitlements, those entitlements remain only shadows until bankruptcy occurs. At the outset of the insolvency proceedings, Indalex opted for a process governed by the *CCAA*, leaving no doubt that although it wanted to protect its employees' jobs, it would not survive as their employer. This was not a case in which a failed arrangement forced a company into liquidation under the *BIA*. Indalex achieved the goal it was pursuing. It chose to sell its assets under the *CCAA*, not the *BIA*.

[52] The provincial deemed trust under the *PBA* continues to apply in *CCAA* proceedings, subject to the doctrine of federal paramountcy (*Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, 2004 SCC 3, [2004] 1 S.C.R. 60, at para. 43). The Court of Appeal therefore did not err in finding that at the end of a *CCAA* liquidation proceeding, priorities may be determined by the *PPSA*'s scheme rather than the federal scheme set out in the *BIA*.

Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. [par. 23]

[51] Pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère des droits analogues aux créanciers. Il ne s'ensuit toutefois pas pour autant que les tribunaux peuvent à leur gré inclure par interprétation dans la *LACC* les priorités applicables en matière de faillite. Les priorités dont bénéficient les créanciers sont définies par la législation provinciale, à moins que ces droits soient écartés par une loi fédérale. Le législateur fédéral n'a pas expressément édicté que toutes les priorités établies en matière de faillite s'appliquent aux instances relevant de la *LACC* ou aux propositions régies par la *LFI*. Bien que les créanciers d'une société tentant de se réorganiser puissent, dans leurs négociations, tenir compte des droits qu'ils pourraient exercer en cas de faillite, ces droits ne constituent rien de plus qu'une considération tant que la faillite n'est pas survenue. Au début des procédures en matière d'insolvabilité, Indalex a choisi un processus régi par la *LACC*, ne laissant aucun doute sur le fait que, bien qu'elle cherchât à protéger les emplois, elle ne demeurerait pas leur employeur. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où l'échec d'un arrangement a entraîné la liquidation d'une société sous le régime de la *LFI*. Indalex a atteint l'objectif qu'elle poursuivait. Elle a choisi de vendre son actif sous le régime de la *LACC*, et non sous celui de la *LFI*.

[52] La fiducie réputée créée par la *LRR* continue de s'appliquer dans les instances relevant de la *LACC*, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale (*Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60, par. 43). La Cour d'appel a donc jugé à bon droit que, à l'issue d'un processus de liquidation relevant de la *LACC*, les priorités peuvent être établies selon le régime prévu dans la *LSM*, plutôt que selon le régime fédéral établi dans la *LFI*.

[53] The Appellants' second argument is that an order granting priority to the plan's members on the basis of the deemed trust provided for by the Ontario legislature would be unconstitutional in that it would conflict with the order granting priority to the DIP lenders that was made under the CCAA. They argue that the doctrine of paramountcy resolves this conflict, as it would render the provincial law inoperative to the extent that it is incompatible with the federal law.

[54] There is a preliminary question that must be addressed before determining whether the doctrine of paramountcy applies in this context. This question arises because the Court of Appeal found that although the CCAA court had the power to authorize a DIP charge that would supersede the deemed trust, the order in this case did not have such an effect because paramountcy had not been invoked. As a result, the priority of the deemed trust over secured creditors by virtue of s. 30(7) of the PPSA remained in effect, and the Plan Members' claim ranked in priority to the claim of the DIP lenders established in the CCAA order.

[55] With respect, I cannot accept this approach to the doctrine of federal paramountcy. This doctrine resolves conflicts in the application of overlapping valid provincial and federal legislation (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 32 and 69). Paramountcy is a question of law. As a result, subject to the application of the rules on the admissibility of new evidence, it can be raised even if it was not invoked in an initial proceeding.

[56] A party relying on paramountcy must "demonstrate that the federal and provincial laws are in fact incompatible by establishing either that it is impossible to comply with both laws or that to apply the provincial law would frustrate the purpose of the federal law" (*Canadian Western Bank*, at para. 75). This Court has in fact applied the doctrine of paramountcy in the area of bankruptcy and insolvency to come to the conclusion that a

[53] Selon le deuxième argument des appelants, une ordonnance accordant priorité aux participants en raison de la fiducie réputée créée par le législateur ontarien serait inconstitutionnelle, parce qu'elle entrerait en conflit avec l'ordonnance fondée sur la LACC qui donne priorité à la charge DE. La doctrine de la prépondérance fédérale résoudrait ce conflit, en rendant la loi provinciale inopérante dans la mesure de son incompatibilité avec la loi fédérale.

[54] Pour statuer sur l'applicabilité de la doctrine de la prépondérance fédérale dans le présent contexte, il faut d'abord trancher une question préliminaire. Cette question découle de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle, bien que le tribunal fût habilité à autoriser une charge DE ayant priorité de rang sur la fiducie réputée, l'ordonnance du tribunal en l'espèce n'avait pas eu cet effet parce que la doctrine de la prépondérance fédérale n'avait pas été invoquée. Il s'ensuivait que la priorité de rang de la fiducie réputée sur les créanciers garantis établie au par. 30(7) de la LSM demeurait applicable et que la créance des participants avait préséance sur celle des prêteurs DE découlant de l'ordonnance rendue sous le régime de la LACC.

[55] Avec égards, je ne puis souscrire à cette conception de la doctrine de la prépondérance fédérale. Cette doctrine résout les conflits d'application entre des lois provinciales et fédérales validement adoptées qui empiètent l'une sur l'autre (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 32 et 69). La prépondérance est une question de droit, si bien que, sous réserve de l'application des règles régissant l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve, elle peut être soulevée même si elle n'a pas été invoquée dans une procédure initiale.

[56] La partie qui invoque la prépondérance fédérale doit « démontrer une incompatibilité réelle entre les législations provinciale et fédérale, en établissant, soit qu'il est impossible de se conformer aux deux législations, soit que l'application de la loi provinciale empêcherait la réalisation du but de la législation fédérale » (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 75). Notre Cour a déjà appliqué la doctrine de la prépondérance au domaine de la

provincial legislature cannot, through measures such as a deemed trust, affect priorities granted under federal legislation (*Husky Oil*).

[57] None of the parties question the validity of either the federal provision that enables a CCAA court to make an order authorizing a DIP charge or the provincial provision that establishes the priority of the deemed trust. However, in considering whether the CCAA court has, in exercising its discretion to assess a claim, validly affected a provincial priority, the reviewing court should remind itself of the rule of interpretation stated in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 (at p. 356), and reproduced in *Canadian Western Bank* (at para. 75):

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

[58] In the instant case, the CCAA judge, in authorizing the DIP charge, did not consider the fact that the Salaried Plan's members had a claim that was protected by a deemed trust, nor did he explicitly note that ordinary creditors, such as the Executive Plan's members, had not received notice of the DIP loan motion. However, he did consider factors that were relevant to the remedial objective of the CCAA and found that Indalex had in fact demonstrated that the CCAA's purpose would be frustrated without the DIP charge. It will be helpful to quote the reasons he gave on April 17, 2009 in authorizing the DIP charge ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61):

- (a) the Applicants are in need of the additional financing in order to support operations during the period of a going concern restructuring;

faillite et de l'insolvabilité, et elle a conclu que des mesures législatives provinciales, comme la création d'une fiducie réputée, ne peuvent porter atteinte à des priorités établies par le législateur fédéral (*Husky Oil*).

[57] Ni la validité de la disposition fédérale habilitant le tribunal chargé d'appliquer la LACC à rendre une ordonnance autorisant une charge DE, ni celle de la disposition provinciale créant la priorité de rang de la fiducie réputée ne sont contestées. Toutefois, lorsqu'elle examine la validité de l'atteinte portée à une priorité d'origine provinciale par le tribunal chargé d'appliquer la LACC dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'évaluer une réclamation, la cour siégeant en révision ne doit pas perdre de vue la règle d'interprétation formulée dans *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (p. 356), et reproduite dans *Banque canadienne de l'Ouest* (par. 75) :

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

[58] En l'espèce, le juge qui a autorisé la charge DE sous le régime de la LACC n'a pas pris en compte le fait que les participants au régime des salariés avaient une créance protégée par une fiducie réputée, et il n'a pas non plus mentionné expressément que les créanciers ordinaires, tels les participants au régime des cadres, n'avaient pas reçu avis de la motion en autorisation du prêt DE. Il a toutefois examiné des facteurs se rapportant à la fin réparatrice de la LACC et conclu qu'Indalex avait effectivement démontré que la réalisation des objets de la LACC serait compromise en l'absence de la charge DE. Je crois utile de citer les motifs qu'il a exprimés à l'appui de sa décision d'autoriser la charge DE le 17 avril 2009 ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61) :

[TRADUCTION]

- a) les requérantes ont besoin de fonds supplémentaires pour soutenir l'exploitation pendant leur période de restructuration sur la base de la continuité;

- | | |
|--|---|
| <p>(b) there is a benefit to the breathing space that would be afforded by the DIP Financing that will permit the Applicants to identify a going concern solution;</p> <p>(c) there is no other alternative available to the Applicants for a going concern solution;</p> <p>(d) a stand-alone solution is impractical given the integrated nature of the business of Indalex Canada and Indalex U.S.;</p> <p>(e) given the collateral base of Indalex U.S., the Monitor is satisfied that it is unlikely that the Post-Filing Guarantee with respect to the U.S. Additional Advances will ever be called and the Monitor is also satisfied that the benefits to stakeholders far outweighs the risk associated with this aspect of the Post-Filing Guarantee;</p> <p>(f) the benefit to stakeholders and creditors of the DIP Financing outweighs any potential prejudice to unsecured creditors that may arise as a result of the granting of super-priority secured financing against the assets of the Applicants;</p> <p>(g) the Pre-Filing Security has been reviewed by counsel to the Monitor and it appears that the unsecured creditors of the Canadian debtors will be in no worse position as a result of the Post-Filing Guarantee than they were otherwise, prior to the CCAA filing, as a result of the limitation of the Canadian guarantee set forth in the draft Amended and Restated Initial Order . . . ; and</p> <p>(h) the balancing of the prejudice weighs in favour of the approval of the DIP Financing. [para. 9]</p> | <p>b) la marge de manœuvre que le financement DE procurerait aux requérantes aurait l'avantage de leur permettre de trouver une solution préservant la continuité de leur exploitation;</p> <p>c) les requérantes ne disposent d'aucune autre solution permettant la continuité de l'exploitation;</p> <p>d) vu le degré d'intégration de l'exploitation d'Indalex Canada et d'Indalex É.-U., une solution indépendante est irréaliste;</p> <p>e) vu les biens fournis en garantie par Indalex É.-U., le contrôleur juge peu probable qu'il faille réaliser la garantie postérieure au début de l'instance consentie à l'égard des avances supplémentaires aux É.-U. et il est convaincu que les avantages pour les intéressés dépassent de beaucoup le risque associé à cet aspect de la garantie;</p> <p>f) les avantages du financement DE pour les intéressés et les créanciers l'emportent sur tout préjudice que pourrait causer aux créanciers non garantis l'octroi d'un financement garanti par une superpriorité grevant l'actif des requérantes;</p> <p>g) l'avocat du contrôleur a examiné la garantie antérieure au début de l'instance, et il appert que la garantie postérieure au début de l'instance ne placera pas les créanciers non garantis des débiteurs canadiens dans une situation pire que celle où ils se trouvaient avant l'introduction de l'instance fondée sur la LACC, en raison des restrictions applicables à la garantie canadienne établies dans le projet d'ordonnance initiale modifiée et reformulée . . .</p> <p>h) la prépondérance des inconvénients favorise l'approbation du financement DE. [par. 9]</p> |
|--|---|

[59] Given that there was no alternative for a going-concern solution, it is difficult to accept the Court of Appeal's sweeping intimation that the DIP lenders would have accepted that their claim ranked below claims resulting from the deemed trust. There is no evidence in the record that gives credence to this suggestion. Not only is it contradicted by the CCAA judge's findings of fact, but case after case has shown that "the priming of the DIP facility is a key aspect of the debtor's ability to attempt a workout" (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at p. 97). The harsh reality is that lending is governed by the commercial imperatives of the

[59] Étant donné qu'il n'existait aucune autre solution pour préserver la continuité de l'exploitation, il est difficile d'accepter l'insinuation sans nuance de la Cour d'appel que les prêteurs DE auraient accepté que leur réclamation soit subordonnée à celles fondées sur la fiducie réputée. Rien dans la preuve présentée n'accrédite un tel scénario. Non seulement les conclusions de fait du juge chargé d'appliquer la LACC le contredisent, mais il a été démontré maintes et maintes fois que [TRADUCTION] « la priorité accordée au financement DE constitue un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors*

lenders, not by the interests of the plan members or the policy considerations that lead provincial governments to legislate in favour of pension fund beneficiaries. The reasons given by Morawetz J. in response to the first attempt of the Executive Plan's members to reserve their rights on June 12, 2009 are instructive. He indicated that any uncertainty as to whether the lenders would withhold advances or whether they would have priority if advances were made did "not represent a positive development". He found that, in the absence of any alternative, the relief sought was "necessary and appropriate" (2009 CanLII 37906, at paras. 7-8).

[60] In this case, compliance with the provincial law necessarily entails defiance of the order made under federal law. On the one hand, s. 30(7) of the *PPSA* required a part of the proceeds from the sale related to assets described in the provincial statute to be paid to the plan's administrator before other secured creditors were paid. On the other hand, the Amended Initial Order provided that the DIP charge ranked in priority to "all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise" (para. 45). Granting priority to the DIP lenders subordinates the claims of other stakeholders, including the Plan Members. This court-ordered priority based on the *CCAA* has the same effect as a statutory priority. The federal and provincial laws are inconsistent, as they give rise to different, and conflicting, orders of priority. As a result of the application of the doctrine of federal paramountcy, the DIP charge supersedes the deemed trust.

C. Did Indalex Have Fiduciary Obligations to the Plan Members?

[61] The fact that the DIP financing charge supersedes the deemed trust or that the interests of the Executive Plan's members are not protected by the deemed trust does not mean that Plan Members have no right to receive money out of the reserve

Arrangement Act (2007), p. 97). La dure réalité est que l'octroi de prêts est régi par les impératifs commerciaux des prêteurs, et non par les intérêts des participants ou par les considérations de politique générale qui ont incité les législateurs provinciaux à protéger les bénéficiaires de caisses de retraite. Les motifs exposés par le juge Morawetz lorsque, le 12 juin 2009, les participants au régime des cadres ont demandé pour la première fois que leurs droits soient réservés sont révélateurs. Selon lui, toute incertitude quant à savoir si les prêteurs refuseraient de consentir des avances ou s'ils auraient priorité dans le cas où des avances seraient consenties [TRADUCTION] « n'améliorerait pas la situation ». Il a conclu qu'en l'absence de solution de rechange la réparation demandée était « nécessaire et appropriée » (2009 CanLII 37906, par. 7-8).

[60] En l'occurrence, le respect du droit provincial implique nécessairement le non-respect de l'ordonnance rendue en vertu du droit fédéral. D'un côté, le par. 30(7) de la *LSM* exige qu'une partie du produit de la vente lié aux biens décrits dans la loi provinciale soit versée à l'administrateur du régime de retraite par priorité sur les paiements aux autres créanciers garantis. D'un autre côté, l'ordonnance initiale modifiée accorde à la charge DE priorité sur [TRADUCTION] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d'origine législative ou autre » (par. 45). Accorder priorité aux prêteurs DE relègue à un rang inférieur les créances des autres intéressés, notamment les participants. Cette priorité d'origine judiciaire fondée sur la *LACC* a le même effet qu'une priorité d'origine législative. Les dispositions fédérales et provinciales sont inconciliables, car elles produisent des ordres de priorité différents et conflictuels. L'application de la doctrine de la prépondérance fédérale donne à la charge DE priorité sur la fiducie réputée.

C. Indalex avait-elle des obligations fiduciaires envers les participants?

[61] Le fait que la charge DE ait préséance sur la fiducie réputée ou que les intérêts des participants au régime des cadres ne soient pas protégés par la fiducie réputée ne signifient pas que les participants n'ont pas le droit de recevoir un montant prélevé

fund. What remains to be considered is whether an equitable remedy, which could override all priorities, can and should be granted for a breach by Indalex of a fiduciary duty.

[62] The first stage of a fiduciary duty analysis is to determine whether and when fiduciary obligations arise. The Court has recognized that there are circumstances in which a pension plan administrator has fiduciary obligations to plan members both at common law and under statute (*Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, at para. 41). It is clear that the indicia of a fiduciary relationship attach in this case between the Plan Members and Indalex as plan administrator. Sun Indalex and the Monitor do not dispute this proposition.

[63] However, Sun Indalex and the Monitor argue that the employer has a fiduciary duty only when it acts as plan administrator — when it is wearing its administrator's "hat". They contend that, outside the plan administration context, when directors make decisions in the best interests of the corporation, the employer is wearing solely its "corporate hat". On this view, decisions made by the employer in its corporate capacity are not burdened by the corporation's fiduciary obligations to its pension plan members and, consequently, cannot be found to conflict with plan members' interests. This is not the correct approach to take in determining the scope of the fiduciary obligations of an employer acting as plan administrator.

[64] Only persons or entities authorized by the *PBA* can act as plan administrators (ss. 1(1) and 8(1)(a)). The employer is one of them. A corporate employer that chooses to act as plan administrator accepts the fiduciary obligations attached to that function. Since the directors of a corporation also have a fiduciary duty to the corporation, the fact that the corporate employer can act as administrator

sur le fonds de réserve. Il faut encore examiner s'il est possible et s'il y a lieu d'imposer une réparation en equity — pouvant avoir préséance sur toutes les priorités — pour manquement par Indalex à une obligation fiduciaire.

[62] La première étape de l'analyse relative à une obligation fiduciaire consiste à déterminer si de telles obligations existent et dans quel contexte elles s'appliquent. La Cour a reconnu que, dans certaines circonstances, l'administrateur d'un régime de retraite a des obligations fiduciaires envers les participants en vertu tant de la common law que de la législation (*Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, par. 41). Il est clair que la relation entre les participants et Indalex, en sa qualité d'administrateur des régimes, présente les caractéristiques d'une relation fiduciaire. Ni Sun Indalex ni le contrôleur ne le contestent.

[63] Sun Indalex et le contrôleur font cependant valoir que l'employeur n'est tenu à une obligation fiduciaire que lorsqu'il agit en qualité d'administrateur des régimes — lorsqu'il porte son « chapeau » d'administrateur des régimes. Hors du contexte de l'administration des régimes, lorsque le conseil d'administration prend des décisions dans l'intérêt supérieur de la société, il porte uniquement son « chapeau » de gestionnaire de la société. Selon cette optique, les décisions de l'employeur concernant la gestion de l'entreprise ne sont pas assujetties aux obligations fiduciaires de la société envers les participants à son régime de retraite et, par conséquent, ne peuvent entrer en conflit avec les intérêts des participants. Je ne puis accepter cette interprétation lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des obligations fiduciaires qui incombent à un employeur en sa qualité d'administrateur d'un régime de retraite.

[64] Seules peuvent administrer un régime de retraite les personnes ou entités qui y sont autorisées par la *LRR* (par. 1(1) et al. 8(1)a)). L'employeur fait partie de ces personnes ou entités. L'employeur constitué en société qui décide d'agir en qualité d'administrateur d'un régime accepte les obligations fiduciaires inhérentes à cette fonction. Puisque les administrateurs d'une société ont aussi une

of a pension plan means that s. 8(1)(a) of the *PBA* is based on the assumption that not all decisions taken by directors in managing a corporation will result in conflict with the corporation's duties to the plan's members. However, the corporate employer must be prepared to resolve conflicts where they arise. Reorganization proceedings place considerable burdens on any debtor, but these burdens do not release an employer that acts as plan administrator from its fiduciary obligations.

[65] Section 22(4) of the *PBA* explicitly provides that a plan administrator must not permit its own interest to conflict with its duties in respect of the pension fund. Thus, where an employer's own interests do not converge with those of the plan's members, it must ask itself whether there is a potential conflict and, if so, what can be done to resolve the conflict. Where interests do conflict, I do not find the two hats metaphor helpful. The solution is not to determine whether a given decision can be classified as being related to either the management of the corporation or the administration of the pension plan. The employer may well take a sound management decision, and yet do something that harms the interests of the plan's members. An employer acting as a plan administrator is not permitted to disregard its fiduciary obligations to plan members and favour the competing interests of the corporation on the basis that it is wearing a "corporate hat". What is important is to consider the consequences of the decision, not its nature.

[66] When the interests the employer seeks to advance on behalf of the corporation conflict with interests the employer has a duty to preserve as plan administrator, a solution must be found to ensure that the plan members' interests are taken care of. This may mean that the corporation puts the members on notice, or that it finds a replacement administrator, appoints representative counsel or

obligation fiduciaire envers la société, le fait que l'employeur puisse agir en qualité d'administrateur d'un régime de retraite signifie que l'al. 8(1)a) de la *LRR* repose sur la prémisse que les décisions de gestion de l'entreprise prises par les administrateurs n'engendreront pas toujours un conflit avec les obligations de la société envers les participants au régime de retraite. L'employeur doit toutefois être prêt à résoudre les conflits lorsqu'ils surgissent. Une procédure de réorganisation impose inévitablement un poids à un débiteur, mais ce fardeau ne libère pas l'employeur qui agit en qualité d'administrateur d'un régime de retraite de ses obligations fiduciaires.

[65] Le paragraphe 22(4) de la *LRR* interdit expressément à l'administrateur d'un régime de permettre que son intérêt entre en conflit avec ses obligations à l'égard du régime de retraite. Par conséquent, l'employeur dont le propre intérêt ne coïncide pas avec celui des participants au régime doit se demander si cette divergence d'intérêts peut susciter un conflit et, le cas échéant, ce qu'il faut faire pour le résoudre. Lorsqu'il y a effectivement conflit, la métaphore des deux « chapeaux » n'est selon moi d'aucun secours. La solution ne consiste pas à déterminer si une décision peut être classifiée comme se rattachant à la gestion de la société ou à l'administration du régime de retraite. L'employeur peut très bien prendre une décision judicieuse concernant la gestion de la société et, néanmoins, porter préjudice aux intérêts des participants au régime. L'employeur qui administre un régime de retraite n'est pas autorisé à négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime et à favoriser les intérêts concurrents de la société sous prétexte qu'il porte le « chapeau » de dirigeant de la société. Ce sont les conséquences d'une décision, et non sa nature qui doivent être prises en compte.

[66] Lorsque les intérêts de la société que l'employeur tente de servir se heurtent à ceux que l'employeur a le devoir de protéger en qualité d'administrateur du régime, il faut trouver une façon de veiller sur les intérêts des participants. Cela peut vouloir dire que la société les tiendra informés, qu'elle trouvera un administrateur substitut pour le régime, qu'elle nommera un avocat

finds some other means to resolve the conflict. The solution has to fit the problem, and the same solution may not be appropriate in every case.

[67] In the instant case, Indalex's fiduciary obligations as plan administrator did in fact conflict with management decisions that needed to be taken in the best interests of the corporation. Indalex had a number of responsibilities as plan administrator. For example, s. 56(1) of the *PBA* required it to ensure that contributions were paid when due. Section 56(2) required that it notify the Superintendent if contributions were not paid when due. It was also up to Indalex under s. 59 to commence proceedings to obtain payment of contributions that were due but not paid. Indalex, as an employer, paid all the contributions that were due. However, its insolvency put contributions that had accrued to the date of the wind up at risk. In an insolvency context, the administrator's claim for contributions that have accrued is a provable claim.

[68] In the context of this case, the fact that Indalex, as plan administrator, might have to claim accrued contributions from itself means that it would have to simultaneously adopt conflicting positions on whether contributions had accrued as of the date of liquidation and whether a deemed trust had arisen in respect of wind-up deficiencies. This is indicative of a clear conflict between Indalex's interests and those of the Plan Members. As soon as it saw, or ought to have seen, a potential for conflict, Indalex should have taken steps to ensure that the interests of the Plan Members were protected. It did not do so. On the contrary, it contested the position the Plan Members advanced. At the very least, Indalex breached its duty to avoid conflicts of interest (s. 22(4) *PBA*).

[69] Since the Plan Members seek an equitable remedy, it is important to identify the point at

pour représenter les participants ou qu'elle résoudra le conflit par un autre moyen. La solution doit être adaptée au problème, et une solution donnée ne vaudra pas nécessairement pour tous les cas.

[67] En l'espèce, il y avait bien conflit entre les obligations fiduciaires qui incombait à Indalex en sa qualité d'administrateur des régimes et les décisions de gestion qu'elle devait prendre dans le meilleur intérêt de la société. Indalex avait certaines responsabilités en sa qualité d'administrateur des régimes. Par exemple, le par. 56(1) de la *LRR* l'obligeait à veiller à ce que les cotisations soient payées à leur date d'exigibilité et, si elles ne l'étaient pas, le par. 56(2) exigeait qu'elle en avise le surintendant. Il incombait également à Indalex, aux termes de l'art. 59, d'introduire une instance devant un tribunal compétent pour obtenir le paiement des cotisations dues, mais impayées. Indalex, en tant qu'employeur, a acquitté toutes les cotisations dues. Son insolvabilité compromettrait toutefois le paiement des cotisations accumulées à la date de la liquidation. En cas d'insolvabilité, la créance de l'administrateur d'un régime à l'égard des cotisations accumulées constitue une réclamation prouvable.

[68] Dans le contexte de la présente affaire, le fait qu'Indalex pouvait, en sa qualité d'administrateur des régimes de retraite, avoir à se réclamer à elle-même les cotisations accumulées l'amènerait à devoir adopter simultanément des positions opposées quant à savoir si des cotisations s'étaient accumulées à la date de la liquidation et si les déficits de capitalisation étaient protégés par une fiducie réputée. Cet exemple démontre qu'il existait manifestement un conflit entre les intérêts d'Indalex et ceux des participants. Indalex aurait dû prendre des mesures pour assurer la protection des intérêts des participants dès qu'elle a constaté, ou qu'elle aurait dû constater, l'existence d'un conflit potentiel. Elle ne l'a pas fait. Elle a, au contraire, contesté la position défendue par les participants. Elle a donc, à tout le moins, manqué à son obligation d'éviter les conflits d'intérêts (par. 22(4) *LRR*).

[69] Comme les participants demandent une réparation en equity, il importe d'établir à quel moment

which Indalex should have moved to ensure that their interests were safeguarded. Before doing so, I would stress that factual contexts are needed to analyse conflicts between interests, and that it is neither necessary nor useful to attempt to map out all the situations in which conflicts may arise.

[70] As I mentioned above, insolvency puts the employer's contributions at risk. This does not mean that the decision to commence insolvency proceedings entails on its own a breach of a fiduciary obligation. The commencement of insolvency proceedings in this case on April 3, 2009 in an emergency situation was explained by Timothy R. J. Stubbs, the then-president of Indalex. The company was in default to its lender, it faced legal proceedings for unpaid bills, it had received a termination notice effective April 6 from its insurers, and suppliers had stopped supplying on credit. These circumstances called for urgent action by Indalex lest a creditor start bankruptcy proceedings and in so doing jeopardize ongoing operations and jobs. Several facts lead me to conclude that the stay sought in this case did not, in and of itself, put Indalex in a conflict of interest.

[71] First, a stay operates only to freeze the parties' rights. In most cases, stays are obtained *ex parte*. One of the reasons for refraining from giving notice of the initial stay motion is to avert a situation in which creditors race to court to secure benefits that they would not enjoy in insolvency. Subjecting as many creditors as possible to a single process is seen as a way to treat all of them more equitably. In this context, plan members are placed on the same footing as the other creditors and have no special entitlement to notice. Second, one of the conclusions of the order Indalex sought was that it was to be served on all creditors, with a few exceptions, within 10 days. The notice allowed any interested party to apply to vary the order. Third, Indalex was permitted to pay all pension benefits. Although the order excluded special solvency payments, no ruling was made at that point on the

Indalex aurait dû prendre des mesures pour veiller à ce que leurs intérêts soient protégés. Soulignons au préalable que l'analyse d'un conflit d'intérêts doit s'appuyer sur un contexte factuel et qu'il n'est ni nécessaire ni utile de tenter de décrire toutes les situations dans lesquelles un conflit est susceptible de surgir.

[70] L'insolvabilité, comme je l'ai déjà mentionné, met en péril les cotisations de l'employeur. Cela ne signifie pas pour autant que la seule décision d'engager une procédure en matière d'insolvabilité constitue un manquement à une obligation fiduciaire. Le président d'Indalex à l'époque, M. Timothy R. J. Stubbs, a expliqué pourquoi une procédure en matière d'insolvabilité avait été engagée, le 3 avril 2009, dans une situation d'urgence. La dette d'Indalex envers son prêteur était en souffrance, la société s'exposait à des poursuites pour factures impayées, elle avait reçu un avis de résiliation de son assureur qui prenait effet le 6 avril et ses fournisseurs ne lui faisaient plus crédit. Indalex devait donc agir de toute urgence, avant qu'un créancier n'entame une procédure de mise en faillite, ce qui aurait compromis la poursuite de l'exploitation de l'entreprise et le maintien des emplois. Plusieurs raisons m'amènent à conclure que la suspension demandée en l'espèce n'a pas en elle-même placé Indalex en conflit d'intérêts.

[71] Premièrement, la suspension ne fait que figer les droits des parties. La plupart du temps, elle s'obtient *ex parte*. C'est notamment pour éviter que les créanciers se ruent devant les tribunaux pour tenter d'obtenir des avantages que les procédures en matière d'insolvabilité ne leur procureraient pas qu'on s'abstient de donner avis de la motion initiale en suspension. Il semble plus équitable d'appliquer un processus unique au plus grand nombre possible de créanciers. Dans ce contexte, les participants sont sur le même pied que les autres créanciers, et ils ne bénéficient d'aucun droit spécial de recevoir un avis. Deuxièmement, l'une des conclusions de l'ordonnance demandée par Indalex exigeait que, sous réserve de quelques exceptions, tous les créanciers reçoivent signification de l'ordonnance dans un délai de 10 jours. L'avis permettait à tout intéressé de demander une modification de l'ordonnance.

merits of the creditors' competing claims, and a stay gave the Plan Members the possibility of presenting their arguments on the deemed trust rather than losing it altogether as a result of a bankruptcy proceeding, which was the alternative.

[72] Whereas the stay itself did not put Indalex in a conflict of interest, the proceedings that followed had adverse consequences. On April 8, 2009, Indalex brought a motion to amend and restate the initial order in order to apply for DIP financing. This motion had been foreseen. Mr. Stubbs had mentioned in the affidavit he signed in support of the initial order that the lenders had agreed to extend their financing, but that Indalex would be in need of authorization in order to secure financing to continue its operations. However, the initial order had not yet been served on the Plan Members as of April 8. Short notice of the motion was given to the USW rather than to all the individual Plan Members, but the USW did not appear. The Plan Members were quite simply not represented on the motion to amend the initial stay order requesting authorization to grant the DIP charge.

[73] In seeking to have a court approve a form of financing by which one creditor was granted priority over all other creditors, Indalex was asking the CCAA court to override the Plan Members' priority. This was a case in which Indalex's directors permitted the corporation's best interests to be put ahead of those of the Plan Members. The directors may have fulfilled their fiduciary duty to Indalex, but they placed Indalex in the position of failing to fulfil its obligations as plan administrator. The corporation's interest was to seek the best possible avenue to survive in an insolvency context. The pursuit of this interest was not compatible with the plan administrator's duty to the Plan Members to ensure that all contributions were paid into the funds. In the context of this case, the plan administrator's duty to the Plan Members meant, in particular, that it should at least have given them the opportunity to present their arguments. This duty

Troisièmement, Indalex était autorisée à verser toutes les prestations de retraite. Même si l'ordonnance excluait les paiements spéciaux de solvabilité, elle ne réglait pas les droits concurrents des créanciers, et la suspension permettait aux participants de présenter leurs arguments au sujet de la fiducie réputée, alors qu'ils en auraient tout simplement perdu le bénéfice dans le contexte d'une faillite, qui était la solution de rechange.

[72] Bien que la suspension en elle-même n'ait pas placé Indalex en situation de conflit d'intérêts, les procédures qui ont suivi ont eu des conséquences négatives. Le 8 avril 2009, Indalex a déposé une motion en modification et reformulation de l'ordonnance initiale pour demander un financement DE. Cette motion avait été prévue. M. Stubbs avait mentionné dans son affidavit à l'appui de la demande d'ordonnance initiale que les prêteurs avaient consenti au financement, mais qu'Indalex devrait être autorisée à obtenir le financement pour poursuivre ses activités. Toutefois, le 8 avril, l'ordonnance initiale n'avait pas encore été signifiée aux participants. Un court préavis avait été donné au Syndicat, plutôt qu'à chacun des participants, mais le Syndicat n'a pas comparu. Les participants n'étaient tout simplement pas représentés lors de l'examen de la motion en modification de l'ordonnance initiale de suspension et en autorisation d'accorder la charge DE.

[73] En demandant au tribunal d'autoriser une forme de financement selon laquelle un créancier se verrait accorder priorité sur tous les autres, Indalex demandait au tribunal chargé d'appliquer la LACC de faire échec à la priorité dont bénéficiaient les participants. Il s'agit d'un cas où les administrateurs d'Indalex ont permis que les intérêts de la société l'emportent sur ceux des participants. Ce faisant, ils ont peut-être rempli leurs obligations fiduciaires envers Indalex, mais ils ont fait en sorte qu'Indalex a manqué à ses obligations en tant qu'administrateur des régimes. L'intérêt de la société consistait à rechercher la meilleure façon de survivre dans un contexte d'insolvabilité. La poursuite de cet intérêt était incompatible avec le devoir de l'administrateur des régimes envers les participants de veiller à ce que toutes les cotisations soient versées aux caisses de retraite. En l'occurrence, ce devoir de l'administrateur des régimes impliquait, plus

meant, at the very least, that they were entitled to reasonable notice of the DIP financing motion. The terms of that motion, presented without appropriate notice, conflicted with the interests of the Plan Members. Because Indalex supported the motion asking that a priority be granted to its lender, it could not at the same time argue for a priority based on the deemed trust.

[74] The Court of Appeal found a number of other breaches. I agree with Cromwell J. that none of the subsequent proceedings had a negative impact on the Plan Members' rights. The events that occurred, in particular the second DIP financing motion and the sale process, were predictable and, in a way, typical of reorganizations. Notice was given in all cases. The Plan Members were represented by able counsel. More importantly, the court ordered that funds be reserved and that a full hearing be held to argue the issues.

[75] The Monitor and George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy, argue that the Plan Members should have appealed the Amended Initial Order authorizing the DIP charge, and were precluded from subsequently arguing that their claim ranked in priority to that of the DIP lenders. They take the position that the collateral attack doctrine bars the Plan Members from challenging the DIP financing order. This argument is not convincing. The Plan Members did not receive notice of the motion to approve the DIP financing. Counsel for the Executive Plan's members presented the argument of that plan's members at the first opportunity and repeated it each time he had an occasion to do so. The only time he withdrew their opposition was at the hearing of the motion for authorization to increase the DIP loan amount after being told that the only purpose of the motion was to increase the amount of the authorized loan. The CCAA judge set a hearing date for the very purpose of presenting the arguments that Indalex, as plan administrator, could have presented when it requested the amendment to the initial order.

particulièrement, qu'il donne à tout le moins aux participants la possibilité d'exposer leurs arguments. Cela signifiait, au minimum, que les participants avaient droit à un avis raisonnable de la motion en autorisation du financement DE. La teneur de cette motion, présentée sans avis convenable, allait à l'encontre des intérêts des participants. Étant donné qu'Indalex soutenait la motion visant l'octroi d'une priorité à son prêteur, elle ne pouvait pas simultanément défendre l'existence d'une priorité fondée sur la fiducie réputée.

[74] La Cour d'appel a constaté d'autres manquements. Je partage l'opinion du juge Cromwell qu'aucune des procédures subséquentes n'a porté atteinte aux droits des participants. La suite des événements, notamment la deuxième motion en approbation du financement DE et le processus de vente, était prévisible et, à cet égard, typique des réorganisations. Dans tous les cas, des avis ont été donnés. Les participants ont été représentés par des avocats compétents. Fait plus important, le tribunal a ordonné que des fonds soient réservés et qu'une audience soit tenue pour que les questions en litige soient pleinement débattues.

[75] Le contrôleur et George L. Miller, le syndic de faillite d'Indalex É.-U., soutiennent que les participants auraient dû interjeter appel de l'ordonnance initiale modifiée autorisant la charge DE et qu'ils ne devaient pas être admis à prétendre plus tard que leur créance avait priorité sur celle des prêteurs DE. Ils plaident que la règle interdisant les contestations indirectes empêche les participants de contester l'ordonnance autorisant le financement DE. Cet argument n'est pas convaincant. Les participants n'ont pas reçu avis de la motion demandant au tribunal d'autoriser le financement DE. L'avocat des participants au régime des cadres a défendu leur position dès qu'il a pu le faire et l'a réitérée chaque fois qu'il en a eu l'occasion. À l'audition de la motion visant l'augmentation du prêt DE, il n'a retiré leur opposition que lorsqu'on lui a dit que son seul objet était d'augmenter le montant du prêt autorisé. Le juge chargé d'appliquer la LACC a fixé une date d'audience expressément pour la présentation des arguments qu'Indalex aurait pu faire valoir, en qualité d'administrateur des régimes, lorsqu'elle a demandé la modification de l'ordonnance initiale.

It cannot now be argued, therefore, that the Plan Members are barred from defending their interests by the collateral attack doctrine.

D. Would an Equitable Remedy Be Appropriate in the Circumstances?

[76] The definition of “secured creditor” in s. 2 of the CCAA includes a trust in respect of the debtor’s property. The Amended Initial Order (at para. 45) provided that the DIP lenders’ claims ranked in priority to all trusts, “statutory or otherwise”. Indalex U.S. was subrogated to the DIP lenders’ claim by operation of the guarantee in the DIP lending agreement.

[77] Counsel for the Executive Plan’s members argues that the doctrine of equitable subordination should apply to subordinate Indalex U.S.’s subrogated claim to those of the Plan Members. This Court discussed the doctrine of equitable subordination in *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank*, [1992] 3 S.C.R. 558, but did not endorse it, leaving it for future determination (p. 609). I do not need to endorse it here either. Suffice to say that there is no evidence that the lenders committed a wrong or that they engaged in inequitable conduct, and no party has contested the validity of Indalex U.S.’s payment of the US\$10 million shortfall.

[78] This leaves the constructive trust remedy ordered by the Court of Appeal. It is settled law that proprietary remedies are generally awarded only with respect to property that is directly related to a wrong or that can be traced to such property. I agree with my colleague Cromwell J. that this condition is not met in the case at bar. I adopt his reasoning on this issue.

[79] Moreover, I am of the view that it was unreasonable for the Court of Appeal to reorder the priorities in this case. The breach of fiduciary duty identified in this case is, in substance, the lack of notice. Since the Plan Members were allowed to fully argue their case at a hearing specifically held

La règle interdisant les contestations indirectes ne peut donc être invoquée maintenant pour empêcher les participants de défendre leurs intérêts.

D. Y a-t-il lieu d’accorder une réparation en equity en l’espèce?

[76] La définition d’un « créancier garanti » à l’art. 2 de la LACC inclut la fiducie relative aux biens du débiteur. L’ordonnance initiale modifiée donne à la créance des prêteurs DE priorité sur toute fiducie [TRADUCTION] « d’origine législative ou autre » (par. 45). Indalex É.-U. a été subrogée aux prêteurs DE en conséquence de la garantie consentie dans la convention de prêt DE.

[77] L’avocat des participants au régime des cadres soutient que, selon le principe de la subordination reconnue en equity, la créance d’Indalex É.-U. fondée sur la subrogation est subordonnée à celle des participants. Dans *Société d’assurance-dépôt du Canada c. Banque Commerciale du Canada*, [1992] 3 R.C.S. 558, notre Cour a examiné le principe de la subordination reconnue en equity. Elle ne l’a toutefois pas entériné, reportant l’examen de cette question à un autre moment (p. 609). Je n’ai pas non plus besoin de l’entériner ici. Il suffit de mentionner que la preuve ne révèle aucune inconduite ni injustice de la part des prêteurs, et qu’aucune partie ne conteste la validité du paiement, par Indalex É.-U., des 10 millions de dollars américains manquants.

[78] Reste donc la fiducie par interprétation imposée par la Cour d’appel. Il est bien établi en droit qu’une réparation de la nature d’un droit de propriété n’est généralement accordée qu’à l’égard d’un bien ayant un lien direct avec un acte fautif ou d’un bien qui peut être rattaché à un tel bien. Je partage l’avis de mon collègue le juge Cromwell que cette condition n’est pas remplie en l’espèce et je souscris à ses motifs sur ce point.

[79] En outre, je considère qu’il était déraisonnable pour la Cour d’appel de modifier l’ordre de priorité. Le manquement à l’obligation fiduciaire constaté en l’espèce consiste essentiellement en l’absence d’avis. Puisque les participants ont été autorisés à présenter leurs arguments lors d’une

to adjudicate their rights, the CCAA court was in a position to fully appreciate the parties' positions.

[80] It is difficult to see what gains the Plan Members would have secured had they received notice of the motion that resulted in the Amended Initial Order. The CCAA judge made it clear, and his finding is supported by logic, that there was no alternative to the DIP loan that would allow for the sale of the assets on a going-concern basis. The Plan Members presented no evidence to the contrary. They rely on conjecture alone. The Plan Members invoke other cases in which notice was given to plan members and in which the members were able to fully argue their positions. However, in none of those cases were plan members able to secure any additional benefits. Furthermore, the Plan Members were allowed to fully argue their case. As a result, even though Indalex breached its fiduciary duty to notify the Plan Members of the motion that resulted in the Amended Initial Order, their claim remains subordinate to that of Indalex U.S.

IV. Conclusion

[81] There are good reasons for giving special protection to members of pension plans in insolvency proceedings. Parliament considered doing so before enacting the most recent amendments to the CCAA, but chose not to (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, S.C. 2007, c. 36, in force September 18, 2009, SI/2009-68; see also Bill C-501, *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and other Acts (pension protection)*, 3rd Sess., 40th Parl., March 24, 2010 (subsequently amended by the Standing Committee on Industry, Science and Technology, March 1, 2011)). A report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce gave the following reasons for this choice:

audience spécialement tenue pour statuer sur leurs droits, le tribunal chargé d'appliquer la LACC était pleinement en mesure d'évaluer la position des parties.

[80] De plus, je vois difficilement comment les participants auraient pu améliorer leur position même s'ils avaient reçu avis de la motion en modification de l'ordonnance initiale. Le juge chargé d'appliquer la LACC a clairement indiqué que la seule solution permettant la vente de l'actif en tant qu'entreprise en exploitation était le financement DE — et la logique appuie cette conclusion. Les participants n'ont présenté aucune preuve contraire. Leur argumentation est uniquement fondée sur des conjectures. Ils invoquent d'autres affaires où des participants à des régimes ont reçu un avis et ont pu défendre pleinement leur position. Or, dans aucun des exemples qu'ils citent, les intéressés n'ont pu obtenir d'avantages additionnels. Qui plus est, les participants en l'espèce ont pu faire valoir pleinement leur position. Par conséquent, bien qu'Indalex ait manqué à son obligation fiduciaire d'informer les participants de la motion en modification de l'ordonnance initiale, leur créance demeure subordonnée à celle d'Indalex É.-U.

IV. Conclusion

[81] Il existe des raisons valables d'accorder une protection spéciale aux participants à un régime de retraite lors de procédures en matière d'insolvabilité. Le législateur a envisagé la possibilité de leur accorder cette protection lorsqu'il a édicté les modifications les plus récentes à la LACC, mais il a décidé de s'en abstenir (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, ch. 36, entrée en vigueur le 18 septembre 2009, TR/2009-68; voir aussi le projet de loi C-501, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et d'autres lois (protection des prestations)*, 3^e sess., 40^e lég., 24 mars 2010 (modifié par la suite par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, 1^{er} mars 2011)). Un rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a expliqué ainsi le choix fait par le législateur :

Although the Committee recognizes the vulnerability of current pensioners, we do not believe that changes to the BIA regarding pension claims should be made at this time. Current pensioners can also access retirement benefits from the Canada/Quebec Pension Plan, and the Old Age Security and Guaranteed Income Supplement programs, and may have private savings and Registered Retirement Savings Plans that can provide income for them in retirement. The desire expressed by some of our witnesses for greater protection for pensioners and for employees currently participating in an occupational pension plan must be balanced against the interests of others. As we noted earlier, insolvency – at its essence – is characterized by insufficient assets to satisfy everyone, and choices must be made.

The Committee believes that granting the pension protection sought by some of the witnesses would be sufficiently unfair to other stakeholders that we cannot recommend the changes requested. For example, we feel that super priority status could unnecessarily reduce the moneys available for distribution to creditors. In turn, credit availability and the cost of credit could be negatively affected, and all those seeking credit in Canada would be disadvantaged.

(Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act (2003), at p. 98; see also p. 88.)

[82] In an insolvency process, a CCAA court must consider the employer's fiduciary obligations to plan members as their plan administrator. It must grant a remedy where appropriate. However, courts should not use equity to do what they wish Parliament had done through legislation.

[83] In view of the fact that the Plan Members were successful on the deemed trust and fiduciary duty issues, I would not order costs against them either in the Court of Appeal or in this Court.

[84] I would therefore allow the main appeals without costs in this Court, set aside the orders

Conscients de la vulnérabilité des actuels retraités, nous n'estimons toutefois pas qu'il faudrait modifier pour le moment les dispositions de la LFI concernant les créances liées à des retraites. Actuellement les retraités peuvent recevoir des prestations des Régimes de pensions du Canada et de rentes du Québec, de la Sécurité de la vieillesse et du Supplément de revenu garanti et disposent souvent d'économies personnelles et de REER pouvant leur assurer un revenu à la retraite. Il faut trouver un juste équilibre entre, d'une part, le souhait exprimé par certains de nos témoins de mieux protéger les retraités et les actuels cotisants à un régime de retraite professionnel et, d'autre part, les intérêts des autres. Nous le répétons, l'insolvabilité se caractérise de par sa nature même par des actifs insuffisants pour répondre aux besoins de chacun, et il faut faire des choix.

Le Comité estime que, si l'on accordait la protection qu'ont demandée certains témoins, cela serait tellement injuste pour les autres intervenants qu'il ne peut le recommander. Par exemple, nous estimons qu'une superpriorité ou un fonds pourraient indûment réduire les fonds à répartir entre les créanciers. La disponibilité et le coût du crédit pourraient être touchés, de même que, par ricochet, tous les demandeurs de crédit au Canada.

(Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (2003), p. 109-110; voir aussi p. 98.)

[82] Dans une procédure en matière d'insolvabilité, le tribunal chargé d'appliquer la LACC doit prendre en compte les obligations fiduciaires de l'employeur envers les participants en sa qualité d'administrateur de leurs régimes de retraite. Il doit accorder une réparation lorsque cette mesure est indiquée. Cependant, le tribunal ne doit pas utiliser l'équité pour accomplir ce qu'il aurait souhaité que le législateur fit.

[83] Les participants ayant obtenu gain de cause sur les questions de la fiducie réputée et des obligations fiduciaires, je suis d'avis de ne les condamner aux dépens ni devant la Cour d'appel, ni devant notre Cour.

[84] Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois principaux sans dépens devant notre Cour, d'annuler

made by the Court of Appeal, except with respect to orders contained in paras. 9 and 10 of the judgment of the Court of Appeal in the former executive members' appeal and restore the orders of Campbell J. dated February 18, 2010. I would dismiss USW's costs appeal without costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[85] When a business becomes insolvent, many interests are at risk. Creditors may not be able to recover their debts, investors may lose their investments and employees may lose their jobs. If the business is the sponsor of an employee pension plan, the benefits promised by the plan are not immune from that risk. The circumstances leading to these appeals show how that risk can materialize. Pension plans and creditors find themselves in a zero-sum game with not enough money to go around. At a very general level, this case raises the issue of how the law balances the interests of pension plan beneficiaries with those of other creditors.

[86] Indalex Limited, the sponsor and administrator of employee pension plans, became insolvent and sought protection from its creditors under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"). Although all current contributions were up to date, the company's pension plans did not have sufficient assets to fulfill the pension promises made to their members. In a series of court-sanctioned steps, which were judged to be in the best interests of all stakeholders, the company borrowed a great deal of money to allow it to continue to operate. The parties injecting the operating money were given a super priority over the claims by other creditors. When the business was sold, thereby preserving hundreds of

les ordonnances rendues par la Cour d'appel, à l'exception de celles figurant aux par. 9 et 10 du jugement de la Cour d'appel concernant l'appel des anciens cadres, et de rétablir les ordonnances du juge Campbell datées du 18 février 2010. Je suis d'avis de rejeter sans dépens le pourvoi du Syndicat des Métallos sur la question des dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[85] L'insolvabilité d'une entreprise met en péril de nombreux intérêts. Le créancier pourrait ne pas recouvrer son dû, l'investisseur, perdre la somme investie et l'employé, se retrouver sans emploi. Lorsque l'entreprise est le promoteur du régime de retraite de ses employés, les prestations promises par le régime ne sont pas à l'abri du risque couru. Les faits à l'origine des présents pourvois illustrent la concrétisation de ce risque. Régimes de retraite et créanciers se retrouvent dans une situation où, à cause de l'insuffisance de l'actif, les uns sauvent leur mise, les autres non. De manière très générale, le présent pourvoi soulève la question de savoir de quelle manière le droit pondère les intérêts des bénéficiaires d'un régime de retraite et ceux d'autres créanciers.

[86] Devenue insolvable, Indalex Limited, le promoteur et l'administrateur des régimes de retraite des salariés, a demandé la protection contre ses créanciers en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). Toutes les cotisations pour service courant avaient alors été perçues, mais l'actif des régimes de retraite de la société ne permettait pas de verser aux participants les prestations de retraite promises. La société a pris une série de mesures, avalisées par le tribunal et jugées servir au mieux les intérêts de tous les intéressés, dont l'emprunt d'importantes sommes pour la poursuite de ses activités. Les personnes qui ont alors injecté les sommes nécessaires ont

jobs, there was a shortfall between the sale proceeds and the debt. The pension plan beneficiaries thus found themselves in a dispute about the priority of their claims. The appellant, Sun Indalex Finance, LLC, claimed it had priority by virtue of the super priority granted in the *CCAA* proceedings. The trustee in bankruptcy of the U.S. Debtors (George L. Miller) and the Monitor (FTI Consulting) joined in the appeal. The plan beneficiaries claimed that they had priority by virtue of a statutory deemed trust under the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“*PBA*”), and a constructive trust arising from the company’s alleged breaches of fiduciary duty.

[87] The Ontario Court of Appeal sided with the plan beneficiaries and Sun Indalex, the trustee in bankruptcy and the Monitor all appeal. The specific legal points in issue are:

- A. Did the Court of Appeal err in finding that the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* applied to the salaried plan’s wind-up deficiency?
- B. Did the Court of Appeal err in finding that Indalex breached the fiduciary duties it owed to the pension plan beneficiaries as the plans’ administrator and in imposing a constructive trust as a remedy?
- C. Did the Court of Appeal err in concluding that the super priority granted in the *CCAA* proceedings did not have priority by virtue of the doctrine of federal paramountcy?
- D. Did the Court of Appeal err in its cost endorsement respecting the United Steelworkers (“*USW*”)?

[88] My view is that the deemed trust does not apply to the disputed funds, and even if it did, the super priority would override it. I conclude that

obtenu une superpriorité sur toutes les réclamations des autres créanciers. La vente de l’entreprise a permis la préservation de centaines d’emplois, mais le produit touché était inférieur à la dette. Le rang des réclamations des bénéficiaires des régimes de retraite a dès lors fait l’objet d’un litige. L’appelante, Sun Indalex Finance, LLC, a soutenu que sa créance avait préséance sur toutes les autres du fait de la superpriorité obtenue dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*. Le syndic de faillite des débitrices américaines (George L. Miller) et le contrôleur (FTI Consulting) se sont constitués parties appelantes. Les bénéficiaires des régimes de retraite ont fait valoir qu’ils avaient priorité en raison de la fiducie qui est réputée exister suivant la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* ») et de la fiducie par interprétation qui résultait des manquements allégués de la société à ses obligations fiduciaires.

[87] La Cour d’appel de l’Ontario a donné raison aux bénéficiaires des régimes de retraite, et Sun Indalex, le syndic de faillite et le contrôleur se pourvoient aujourd’hui devant notre Cour. Voici les points de droit précis qui sont en litige :

- A. La Cour d’appel a-t-elle eu tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR* s’appliquait au déficit de liquidation du régime des salariés?
- B. A-t-elle eu tort de conclure qu’Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires en tant qu’administrateur des régimes de retraite et d’imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation?
- C. A-t-elle eu tort de conclure que la superpriorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* ne conférait pas de préséance par application de la prépondérance fédérale?
- D. Sa décision sur les dépens du Syndicat des Métallos (le « Syndicat ») est-elle entachée d’une erreur?

[88] J’estime que la fiducie réputée ne vise pas les fonds en cause et, même si elle les visait, la superpriorité l’emporterait sur elle. Je conclus que la

the corporation failed in its duty to the plan beneficiaries as their administrator and that the beneficiaries ought to have been afforded more procedural protections in the CCAA proceedings. However, I also conclude that the Court of Appeal erred in using the equitable remedy of a constructive trust to defeat the super priority ordered by the CCAA judge. I would therefore allow the main appeals.

II. Facts and Proceedings Below

A. *Overview*

[89] These appeals concern claims by pension fund members for amounts owed to them by the plans' sponsor and administrator which became insolvent.

[90] Indalex Limited is the parent company of three non-operating Canadian companies. I will refer to both Indalex Limited individually and to the group of companies collectively as "Indalex", unless the context requires further clarity. Indalex Limited is the wholly owned subsidiary of its U.S. parent, Indalex Holding Corp. which owned and conducted related operations in the U.S. through its U.S. subsidiaries which I will refer to as the "U.S. debtors".

[91] In late March and early April of 2009, Indalex and the U.S. debtors were insolvent and sought protection from their creditors, the former under the Canadian CCAA, and the latter under the United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C., Chapter 11. The dispute giving rise to these appeals concern the priority granted to lenders in the CCAA process for funds advanced to Indalex and whether that priority overrides the claims of two of Indalex's pension plans for funds owed to them.

[92] Indalex was the sponsor and administrator of two registered pension plans relevant to these proceedings, one for salaried employees and

société a manqué à ses obligations d'administrateur des régimes et que les bénéficiaires auraient dû obtenir de meilleures garanties procédurales dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Cependant, j'estime que la Cour d'appel a tort de recourir à la fiducie par interprétation — une réparation en equity — pour écarter la superpriorité accordée par le tribunal saisi sur le fondement de la LACC. Je suis donc d'avis d'accueillir les principaux pourvois.

II. Faits et jugements dont appel

A. *Aperçu*

[89] Les présents pourvois ont pour objet les sommes que les participants des régimes de retraite réclament au promoteur et administrateur des régimes, lequel est devenu insolvable.

[90] Indalex Limited est la société mère de trois sociétés canadiennes inactives. Dans les présents motifs, Indalex Limited s'entend de la société à titre individuel, et « Indalex » du groupe de sociétés collectivement, sauf lorsque le contexte commande plus de précision. Indalex Limited est la filiale à cent pour cent de sa société mère américaine, Indalex Holding Corp., qui possédait et exploitait des entreprises connexes aux États-Unis par l'intermédiaire de ses filiales américaines (ci-après, les « débitrices américaines »).

[91] Fin mars et début avril 2009, Indalex et les débitrices américaines sont devenues insolubles et ont demandé la protection contre leurs créanciers en application de la LACC, dans le cas d'Indalex, et du *United States Bankruptcy Code*, 11 U.S.C., chap. 11, dans le cas des débitrices américaines. Le litige à l'origine des pourvois porte sur la priorité accordée aux prêteurs dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC en contrepartie des fonds avancés à Indalex et sur la question de savoir si cette priorité vaut à l'égard des réclamations de deux des régimes de retraite d'Indalex quant aux sommes qui leur sont dues.

[92] Indalex était le promoteur et l'administrateur de deux régimes enregistrés de retraite touchés par cette procédure, l'un pour les salariés, l'autre pour

the other for executive employees. At the time of seeking CCAA protection, the salaried plan was being wound up (with a wind-up date of December 31, 2006) and was estimated to have a wind-up deficiency (as of the end of 2007) of roughly \$2.252 million. The executive plan, while it was not being wound up, had been closed to new members since 2005. It was estimated to have a deficiency of roughly \$2.996 million on wind up. At the time the CCAA proceedings were started, all regular current service contributions had been made to both plans.

[93] Shortly after Indalex received CCAA protection, the CCAA judge authorized the company to enter into debtor in possession (“DIP”) financing in order to allow it to continue to operate. The court granted the DIP lenders, a syndicate of banks, a “super priority” over “all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise”: initial order, at para. 35 (Joint A.R., vol. I, at pp. 123-24). Repayment of these amounts was guaranteed by the U.S. debtors.

[94] Ultimately, with the approval of the CCAA court, Indalex sold its business; the purchaser did not assume pension liabilities. A reserve fund was established by the CCAA Monitor to answer any outstanding claims. The proceeds of the sale were not sufficient to pay back the DIP lenders and so the U.S. debtors, as guarantors, paid the shortfall and stepped into the shoes of the DIP lenders in terms of priority.

[95] The appellant Sun Indalex is a pre-CCAA secured creditor of both Indalex and the U.S. debtors. It claims the reserve fund on the basis that the US\$10.75 million paid by the guarantors would otherwise have been available to Sun Indalex as a secured creditor of the U.S. debtors in the U.S. bankruptcy proceedings. The respondent plan beneficiaries claim the reserve fund on the basis that

les cadres. Au moment où la protection a été demandée sous le régime de la LACC, le régime des salariés était en cours de liquidation — celle-ci devant avoir lieu le 31 décembre 2006 —, et on estimait qu’il en résulterait un déficit (fin 2007) d’environ 2,252 millions de dollars. Le régime des cadres, qui n’était pas en voie de liquidation, n’admettait plus de nouveaux participants depuis 2005. On estimait que son déficit de liquidation s’élèverait à environ 2,996 millions de dollars. Au moment d’engager la procédure fondée sur la LACC, toutes les cotisations normales pour service courant avaient été versées aux deux régimes.

[93] Peu de temps après qu’Indalex eut obtenu la protection prévue par la LACC, le juge saisi l’a autorisée à obtenir un financement à titre de débiteur-exploitant (« DE ») afin qu’elle puisse poursuivre ses activités. Le tribunal a alors accordé aux prêteurs DE, un groupe de banques, une sûreté ayant priorité sur [TRADUCTION] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative ou autre » (ordonnance initiale, par. 35 (d.a. conjoint, vol. I, p. 123-124)). Les débitrices américaines garantissaient le remboursement de ces sommes.

[94] Finalement, sur approbation du tribunal saisi sur le fondement de la LACC, Indalex a vendu son entreprise, mais l’acquéreur n’a pas repris à son compte les engagements de retraite. Le contrôleur nommé en vertu de la LACC a établi un fonds de réserve pour donner suite aux réclamations formulées dans l’éventualité où il y serait fait droit. Le produit de la vente n’étant pas suffisant pour rembourser les prêteurs DE, les débitrices américaines, qui s’étaient portées cautions, ont payé la différence et acquis de ce fait la créance prioritaire des prêteurs DE.

[95] L’appelante, Sun Indalex, était un créancier garanti d’Indalex et des débitrices américaines avant l’entrée en jeu de la LACC. Elle prétend avoir droit à l’attribution du fonds de réserve au motif que, à titre de créancier garanti des débitrices américaines dans le cadre de la procédure de faillite engagée aux États-Unis, n’eût été leur versement, elle aurait pu toucher les 10,75 millions de dollars

they have a wind-up deficiency which is covered by a deemed trust created by s. 57(4) of the *PBA*. This deemed trust includes “an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations” (s. 57(4)). They also claim the reserve fund on the basis of a constructive trust arising from Indalex’s failure to live up to its fiduciary duties as plan administrator.

[96] The reserve fund is not sufficient to pay back both Sun Indalex and the pension plans and so the main question on the main appeals is which of the creditors is entitled to priority for their respective claims.

[97] The judge at first instance rejected the plan beneficiaries’ deemed trust arguments and held that, with respect to the wind-up deficiency, the plan beneficiaries were unsecured creditors, ranking behind those benefitting from the “super priority” and secured creditors (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). The Court of Appeal reversed this ruling and held that pension plan deficiencies were subject to deemed and constructive trusts which had priority over the DIP financing and over other secured creditors (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641). Sun Indalex, the trustee in bankruptcy and the Monitor appeal.

B. *Indalex’s CCAA Proceedings*

- (1) The Initial Order (Joint A.R., vol. I, at p. 112)

[98] As noted earlier, Indalex was in financial trouble and, on April 3, 2009, sought and obtained protection from its creditors under the *CCAA*. The order (which I will refer to as the initial order) also contained directions for service on creditors and

américains payés par elles à titre de cautions. Les bénéficiaires des régimes de retraite intimés prétendent que le fonds de réserve leur revient puisque leur déficit de liquidation est protégé par la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR*. Cette fiducie réputée est constituée d’« un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées [en anglais, « accrued »] à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements » (par. 57(4)). Ils invoquent également à l’appui de leur prétention l’existence d’une fiducie par interprétation découlant de l’omission d’Indalex de s’acquitter de ses obligations fiduciaires en tant qu’administrateur des régimes.

[96] Les sommes contenues dans le fonds de réserve ne permettent pas de rembourser à la fois Sun Indalex et les régimes de retraite. La principale question que soulèvent les principaux pourvois est donc celle de savoir quel créancier a priorité.

[97] Le juge de première instance a rejeté la thèse de la fiducie réputée avancée par les bénéficiaires des régimes et conclu que, pour ce qui concerne le déficit de liquidation, les bénéficiaires des régimes de retraite sont des créanciers chirographaires prenant rang après les créanciers bénéficiant d’une superpriorité et les créanciers garantis (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé cette décision et conclu que les déficits des régimes de retraite faisaient l’objet d’une fiducie réputée et d’une fiducie par interprétation qui prenaient rang avant les prêteurs DE et les autres créanciers garantis (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641). Sun Indalex, le syndic de faillite et le contrôleur se pourvoient aujourd’hui en appel.

B. *La procédure engagée par Indalex sous le régime de la LACC*

- (1) L’ordonnance initiale (d.a. conjoint, vol. I, p. 112)

[98] Comme je l’indique précédemment, Indalex connaissait des difficultés financières et, le 3 avril 2009, elle a obtenu d’être protégée contre ses créanciers en application de la *LACC*. L’ordonnance (appelée ci-après « ordonnance initiale »)

others: paras. 39-41. The order also contained a so-called “comeback clause” allowing any interested party to apply for a variation of the order, provided that that party served notice on any other party likely to be affected by any such variation: para. 46. It is common ground that the plan beneficiaries did not receive notice of the application for the initial order but the CCAA court nevertheless approved the method of and time for service. Full particulars of the deficiencies in the pension plans were before the court in the motion material and the initial order addressed payment of the employer’s current service pension contributions.

(2) The DIP Order (Joint A.R., vol. I, at p. 129)

[99] On April 8, 2009, in what I will refer to as the DIP order, the CCAA judge, Morawetz J., authorized Indalex to borrow funds pursuant to a DIP credit agreement. The judge ordered among many other things, the following:

- He approved abridged notice: para. 1;
- He allowed Indalex to continue making current service contributions to the pension plans, but not special payments: paras. 7(a) and 9(b);
- He barred all proceedings against Indalex, except by consent of Indalex and the Monitor or leave of the court, until May 1, 2009: para. 15;
- He granted the DIP lenders a so-called super priority:

THIS COURT ORDERS that each of the Administration Charge, the Directors’ Charge and the DIP Lenders Charge (all as constituted and defined herein) shall constitute a charge on the Property and such Charges shall rank in priority to all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise

comportait entre autres des directives pour la signification aux créanciers et aux autres parties (par. 39-41). Elle prévoyait également que toute partie intéressée pouvait demander sa modification, à condition de signifier un avis à toute autre partie susceptible d’être touchée par la mesure (par. 46). Les parties reconnaissent que l’avis relatif à la demande présentée en vue d’obtenir l’ordonnance initiale n’a pas été signifié aux bénéficiaires des régimes de retraite, mais le tribunal saisi sous le régime de la LACC a néanmoins approuvé le mode et le délai de signification. Toutes les données sur les déficits des régimes de retraite figuraient dans les documents présentés au tribunal à l’appui de la demande, et l’ordonnance initiale faisait mention du paiement aux régimes des cotisations pour service courant de l’employeur.

(2) L’ordonnance relative au financement DE (d.a. conjoint, vol. I, p. 129)

[99] Le 8 avril 2009, dans cette ordonnance appelée ci-après « ordonnance DE », le juge saisi en application de la LACC — le juge Morawetz — a autorisé Indalex à obtenir un financement DE. Il a notamment ordonné ce qui suit :

- l’abrègement du délai d’avis (par. 1);
- la faculté d’Indalex de continuer de verser aux régimes de retraite les cotisations pour service courant, à l’exclusion de tout paiement spécial (al. 7a) et 9b));
- la mise à l’abri d’Indalex contre toute procédure, sauf consentement d’Indalex ou du contrôleur ou autorisation du tribunal, jusqu’au 1^{er} mai 2009 (par. 15);
- l’octroi aux prêteurs DE de ce qu’on appelle une superpriorité :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE que chacune des charges relatives à l’administration, aux administrateurs et aux prêteurs DE (constituées et définies aux présentes) grève les biens, et que toutes aient priorité sur toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative

(collectively, “Encumbrances”) in favour of any Person. [Emphasis added; para. 45.]

- He required Indalex to send notice of the order to all known creditors, other than employees and creditors to which Indalex owed less than \$5,000 and stated that Indalex and the Monitor were “at liberty” to serve the Initial Order to interested parties: paras. 49-50.

[100] In his endorsement for the DIP order, Morawetz J. found that “there is no other alternative available to the Applicants [Indalex] for a going concern solution” and that DIP financing was necessary: (2009), 52 C.B.R. (5th) 61 (Ont. S.C.J.), at para. 9(c). He noted that the Monitor in its report was of the view that approval of the DIP agreement was both necessary and in the best interests of Indalex and its stakeholders, including its creditors, employees, suppliers and customers: paras. 14-16.

[101] The USW, which represented some of the members of the salaried plan, was served with notice of the motion that led to the DIP order, but did not appear. Morawetz J. specifically ordered as follows with regard to service:

THIS COURT ORDERS that the time for service of the Notice of Application and the Application Record is hereby abridged so that this Application is properly returnable today and hereby dispenses with further service thereof. [DIP order, at para. 1]

- (3) The DIP Extension Order (Joint A.R., vol. I, at p. 156)

[102] On June 12, 2009, Morawetz J. heard and granted an application by Indalex to allow them to borrow approximately \$5 million more from the DIP lenders, thus raising the allowed total to US\$29.5 million.

[103] Counsel for the former executives received the motion material the night before. Counsel for

ou autre (collectivement les « grèvements »), détenus par quiconque. [Je souligne; par. 45.]

- l’obligation d’Indalex de donner avis de l’ordonnance initiale à tous les créanciers connus, autres que les employés et les créanciers auxquels Indalex devait moins de 5 000 \$, et la « faculté » qu’ont Indalex et le contrôleur de signifier l’ordonnance initiale aux parties intéressées (par. 49-50).

[100] Dans ses motifs à l’appui de l’ordonnance DE, le juge Morawetz conclut que [TRADUCTION] « les requérantes [Indalex] ne disposent d’aucune autre solution permettant la continuité de l’exploitation » et que le financement DE s’impose ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61 (C.S.J. Ont.), al. 9c)). Il signale que, dans son rapport, le contrôleur tient l’approbation de l’accord de financement pour nécessaire et conforme à l’intérêt supérieur d’Indalex et des intéressés, dont ses créanciers, ses employés, ses fournisseurs et ses clients (par. 14-16).

[101] Un avis de la motion qui a mené à l’ordonnance DE a été signifié au Syndicat représentant certains des participants des régimes des salariés, mais celui-ci n’a pas comparu. Le juge Morawetz ordonne expressément ce qui suit au sujet de la signification :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE l’abrègement du délai imparti pour signifier l’avis et le dossier de demande, de sorte que la demande puisse être régulièrement entendue ce jour même, et elle dispense la demanderesse de la signification de tout autre document s’y rapportant. [Ordonnance DE, par. 1]

- (3) L’ordonnance modifiant l’ordonnance DE (d.a. conjoint, vol. I, p. 156)

[102] Le 12 juin 2009, le juge Morawetz a accueilli après audition la demande présentée par Indalex en vue d’être autorisée à emprunter une nouvelle tranche d’environ 5 000 000 \$ aux prêteurs DE, ce qui portait l’emprunt total approuvé à 29 500 000 \$ US.

[103] L’avocat des anciens cadres a reçu les documents relatifs à l’instance la veille de l’audience.

USW was also served with notice. At the motion, the former executives (along with second priority secured noteholders) sought to “reserve their rights with respect to the relief sought”: 2009 CanLII 37906 (Ont. S.C.J.), at para. 4. Morawetz J. wrote that any “reservation of rights” would create uncertainty for the DIP lenders with regard to priority, and may prevent them from extending further advances. Moreover, the parties had presented no alternative to increased DIP financing, which was both “necessary and appropriate” and would, it was to be hoped, “improve the position of the stakeholders”: paras. 5-9.

- (4) The Bidding Order ((2009), 79 C.C.P.B. 101 (Ont. S.C.J.))

[104] On July 2, 2009, Indalex brought a motion for approval of proposed bidding procedures for Indalex’s assets. Morawetz J. decided that a stalking horse bid by SAPA Holding AB (“SAPA”) for Indalex’s assets could count as a qualifying bid. Counsel on behalf of the members of the executive plan appeared, with the concern that “their position and views have not been considered in this process”: para. 8. In his decision, Morawetz J. decided that these arguments could be dealt with later, at a sale approval motion: para. 10. The judge said:

The position facing the retirees is unfortunate. The retirees are currently not receiving what they bargained for. However, reality cannot be ignored and the nature of the Applicants’ insolvency is such that there are insufficient assets to meet its liabilities. The retirees are not alone in this respect. The objective of these proceedings is to achieve the best possible outcome for the stakeholders. [Emphasis added; para. 9.]

L’avocat du Syndicat a également reçu signification d’un avis. À l’audition de la demande, les anciens cadres (ainsi que les détenteurs de billets garantis de deuxième rang) ont demandé que [TRADUCTION] « leurs droits soient réservés quant à la réparation demandée » (2009 CanLII 37906 (C.S.J. Ont.), par. 4). Le juge Morawetz a opiné que toute [TRADUCTION] « réserve de droits » créerait de l’incertitude chez les prêteurs relativement au rang prioritaire de leur créance et pourrait inciter ces derniers à refuser d’avancer des fonds supplémentaires. En outre, les parties n’avaient proposé aucun autre mode d’accroissement du financement DE, lequel était à la fois [TRADUCTION] « nécessaire et opportun » et devait permettre, du moins l’espérait-on, « d’améliorer la situation des intéressés » (par. 5-9).

- (4) L’ordonnance relative à la vente par soumission ((2009), 79 C.C.P.B. 101 (C.S.J. Ont.))

[104] Le 2 juillet 2009, Indalex a demandé l’approbation de la procédure projetée de vente par soumission de l’actif d’Indalex. Le juge Morawetz a jugé que l’offre-paravent de SAPA Holding AB (« SAPA ») pouvait être tenue pour valable. L’avocat des participants du régime des cadres a fait valoir que [TRADUCTION] « ni la situation ni le point de vue de ses clients n’avaient été pris en compte dans le cadre de la procédure » (par. 8). Le juge Morawetz a statué que ces éléments pourraient être examinés ultérieurement, lorsque l’approbation de la vente serait demandée (par. 10). Voici ce qu’il dit :

[TRADUCTION] La situation des retraités est malheureuse. À l’heure actuelle, ils ne touchent pas ce qu’ils ont obtenu à l’issue de négociations. Or, la réalité demeure incontournable et la nature de l’insolvabilité des demanderesse fait en sorte que l’actif ne permet pas d’acquitter le passif. Les retraités ne sont pas les seuls à subir un préjudice. La présente instance vise à obtenir le meilleur résultat possible pour les intéressés. [Je souligne; par. 9.]

(5) The Sale Approval Order (Joint A.R., vol. I, at p. 166)

[105] On July 20, 2009, Indalex brought two motions before Campbell J.

[106] The first motion sought approval for the sale of Indalex's assets as a going concern to SAPA. SAPA was not to assume any pension liabilities. Campbell J. granted an order approving this sale.

[107] The second motion sought approval for an interim distribution of the sale proceeds to the DIP lenders. Counsel on behalf of the executive plan members and the USW, representing some of the salaried employees, objected to the planned distribution of the sale proceeds on grounds that a statutory deemed trust applied to the deficiencies in their plans and that Indalex had breached fiduciary duties that it owed to them. Campbell J. ordered the Monitor to pay the DIP agent from the sale proceeds, but also ordered the Monitor to set up a reserve fund in an amount sufficient to answer, among other things, the claims of the plan beneficiaries pending resolution of those matters. Campbell J. ordered that the U.S. debtors be subrogated to the DIP lenders to the extent that the U.S. debtors were required under the guarantee to satisfy the DIP lenders' claims: para. 14.

(6) The Sale and Distribution of Funds

[108] SAPA bought Indalex's assets on July 31, 2009. Taking the reserve fund into account, the sale did not produce sufficient funds to repay the DIP lenders in full and so the U.S. debtors paid US\$10,751,247 as guarantor to the DIP lenders: C.A. reasons, at para. 65.

(7) The Order Under Appeal

[109] On August 28, 2009, Campbell J. heard claims by the USW (appearing on behalf of some members of the salaried plan) and counsel appearing on behalf of the executive plan members that the

(5) L'ordonnance d'approbation de la vente (d.a. conjoint, vol. I, p. 166)

[105] Le 20 juillet 2009, Indalex a saisi le juge Campbell de deux motions.

[106] Dans la première, Indalex demandait au tribunal d'approuver la vente à SAPA de son actif d'entreprise en exploitation, l'acquéreur ne retenant à son compte aucun des engagements de retraite. Le juge Campbell a approuvé la vente.

[107] Dans la deuxième motion, Indalex a demandé au tribunal d'approuver la distribution provisoire du produit de la vente aux prêteurs DE. L'avocat des participants du régime des cadres et le Syndicat, qui représentait certains des salariés, se sont opposés à cette distribution au motif qu'une fiducie d'origine législative protégeait les déficits de leurs régimes et qu'Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires envers eux. Le juge Campbell a ordonné au contrôleur de payer l'agent administratif des prêteurs DE par prélèvement sur le produit de la vente, mais également d'établir un fonds de réserve suffisant pour donner suite, entre autres choses, aux réclamations des bénéficiaires des régimes dans l'éventualité où il y serait fait droit. Il a ordonné que les débitrices américaines soient subrogées dans les droits des prêteurs DE jusqu'à concurrence du montant qu'elles avaient dû leur verser aux termes de la garantie (par. 14).

(6) La vente et la distribution des fonds

[108] SAPA a acheté l'actif d'Indalex le 31 juillet 2009. Compte tenu du fonds de réserve, la vente n'a pas généré de fonds suffisants pour rembourser intégralement les prêteurs DE, de sorte que les débitrices américaines ont versé à titre de cautions 10 751 247 \$ US à ces derniers (motifs de la C.A., par. 65).

(7) L'ordonnance visée par l'appel

[109] Le 28 août 2009, le juge Campbell a entendu la thèse du Syndicat (qui représentait certains des participants du régime des salariés) et de l'avocat des participants du régime des cadres, à savoir que

wind-up deficiency was subject to a deemed trust. He rejected these claims in a written decision on February 18, 2010. He decided that the s. 57(4) *PBA* deemed trust did not apply to wind-up deficiencies. The executive plan had not been wound up, and therefore there was no wind-up deficiency to be the subject of the deemed trust. As for the salaried plan, Campbell J. held that the wind-up deficiency was not an obligation that had “accrued to the date of the wind up” and as a result did not fall within the terms of the s. 57(4) deemed trust.

[110] Indalex had asked for the stay granted under the initial order to be lifted so that it could assign itself into bankruptcy. Because he did not find a deemed trust, Campbell J. did not feel that he needed to decide on the motion to lift the stay.

(8) The Decision of the Ontario Court of Appeal

[111] The Ontario Court of Appeal allowed an appeal from the decision of Campbell J.

[112] Writing for a unanimous panel, Gillese J.A. decided that the s. 57(4) deemed trust is applicable to wind-up deficiencies. She took the view that s. 57(4)’s reference to “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due” included all amounts that the employer owed on the wind-up of its pension plan: para. 101. In particular, she concluded that the deemed trust applied to the wind-up deficiency in the salaried plan. Gillese J.A. declined, however, to decide whether the deemed trust also applied to deficiencies in the executive plan, which had not been wound up by the relevant date: paras. 110-12. A decision on this latter point was unnecessary given her finding on the applicability of a constructive trust in this case.

[113] Gillese J.A. found that the super priority provided for in the DIP order did not trump the

le déficit de liquidation était réputé détenu en fiducie. Dans une décision motivée par écrit datée du 18 février 2010, il rejette cette prétention et conclut que la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR* ne vise pas le déficit de liquidation. Le régime des cadres n’ayant pas été liquidé, il n’y avait donc pas de déficit de liquidation susceptible de faire l’objet d’une fiducie réputée. S’agissant du régime des salariés, le juge Campbell conclut que le déficit de liquidation n’équivaut pas à des cotisations qui sont « accumulées à la date de la liquidation », de sorte qu’il n’est pas réputé détenu en fiducie suivant le par. 57(4).

[110] Indalex a demandé la levée de la suspension accordée dans l’ordonnance initiale afin de pouvoir faire cession de ses biens. Ne concluant pas à l’existence d’une fiducie réputée, le juge Campbell ne juge pas nécessaire de statuer sur la demande visant à faire lever la suspension.

(8) L’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario

[111] La Cour d’appel de l’Ontario accueille l’appel interjeté contre la décision du juge Campbell.

[112] Au nom d’une formation unanime, la juge Gillese estime que la fiducie réputée du par. 57(4) s’applique au déficit de liquidation. Les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées [en anglais, « *accrued* »] à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » dont fait mention cette disposition englobent selon elle toutes les sommes que l’employeur devait au moment de la liquidation de son régime de retraite (par. 101). Plus particulièrement, elle conclut que la fiducie réputée du par. 57(4) s’applique au déficit de liquidation du régime des salariés. Elle refuse cependant de se prononcer sur l’application de la fiducie réputée au déficit du régime des cadres, lequel n’était pas liquidé à la date considérée (par. 110-112), ce qui n’était pas nécessaire puisqu’elle conclut à l’applicabilité de la fiducie par interprétation dans ce cas.

[113] La juge Gillese conclut que la superpriorité accordée dans l’ordonnance DE ne prime pas la

deemed trust over the salaried plan's wind-up deficiency. Morawetz J. had not "invoked" the issue of paramountcy or made an explicit finding that the requirements of federal law required that the provincially created deemed trust must be overridden: paras. 178-79. Gillese J.A. also took the view that this Court's decision in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, did not mean that provincially created priorities that would be ineffective under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("*BIA*"), were also ineffective under the *CCAA*: paras. 185-96. The deemed trust therefore ranked ahead of the DIP security.

[114] In addition to her findings regarding deemed trusts, Gillese J.A. granted the plan beneficiaries a constructive trust over the amount of the reserve fund on the ground that Indalex, as pension plan administrator, had breached fiduciary duties that it owed to the plan beneficiaries during the *CCAA* proceedings.

[115] She held that as a plan administrator who was also an employer, Indalex had fiduciary duties both to the plan beneficiaries and to the corporation: para. 129. In her view, Indalex was subject to both sets of duties throughout the *CCAA* proceedings and it had breached its duties to the plan beneficiaries in several ways. While Indalex had the right to initiate *CCAA* proceedings, this action made the plan beneficiaries vulnerable and therefore triggered its fiduciary obligations as plan administrator: paras. 132-33. Gillese J.A. enumerated the many ways in which she thought Indalex subsequently failed as plan administrator: it did nothing in the *CCAA* proceedings to fund the deficit in the underfunded plans; it applied for *CCAA* protection without notice to the beneficiaries; it obtained DIP financing on the condition that DIP lenders be granted a super priority over "statutory trusts"; it obtained this financing without notice to the plan beneficiaries; it sold its assets knowing the purchaser was not taking over the plans; and it attempted to enter into voluntary bankruptcy, which would defeat any deemed trust claims the beneficiaries might have asserted:

fiducie qui est réputée exister à l'égard du déficit de liquidation du régime des salariés. Le juge Morawetz n'a pas [TRADUCTION] « invoqué » la prépondérance fédérale ni conclu expressément que le droit fédéral écartait la fiducie réputée de droit provincial (par. 178-179). La juge Gillese opine également que, dans l'arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, notre Cour ne statue pas que l'ordre de priorité établi par la province qui est sans effet aux fins de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), ne s'applique pas non plus pour les besoins de la *LACC* (par. 185-196). La fiducie réputée prend donc rang avant la sûreté DE.

[114] Outre ses conclusions sur la fiducie réputée, la juge Gillese tranche que le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation car, dans son rôle d'administrateur des régimes de retraite, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*.

[115] Elle conclut qu'à titre d'administrateur de régime qui était également employeur, Indalex avait des obligations fiduciaires tant envers les bénéficiaires des régimes qu'envers la société (par. 129). À son avis, Indalex était tenue de respecter ses obligations envers les premiers et la seconde tout au long de la procédure fondée sur la *LACC* et elle a manqué à ses obligations envers les bénéficiaires des régimes de différentes manières. Indalex avait certes le droit d'engager une procédure sous le régime de la *LACC*, mais une telle mesure rendait les bénéficiaires des régimes vulnérables, ce qui lui imposait donc des obligations fiduciaires en tant qu'administrateur des régimes (par. 132-133). La juge Gillese impute à Indalex de nombreuses erreurs subséquentes commises dans l'administration des régimes : Indalex n'a pris aucune mesure dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* pour renflouer les régimes sous-capitalisés; elle a demandé la protection de la *LACC* sans en informer les bénéficiaires au préalable; elle a obtenu du financement DE en accordant à la créance des prêteurs une superpriorité sur toute « fiducie d'origine législative »; elle a obtenu ce financement sans en

para. 139. Gillese J.A. also noted that throughout the CCAA proceedings Indalex was in a conflict of interest because it was acting for both the corporation and the beneficiaries.

[116] Indalex's failure to live up to its fiduciary duties meant that the plan beneficiaries were entitled to a constructive trust over the amount of the reserve fund: para. 204. Since the beneficiaries had been wronged by Indalex, and the U.S. debtors were not, with respect to Indalex, an "arm's length innocent third party" the appropriate response was to grant the beneficiaries a constructive trust: para. 204. Her conclusion on this point applied equally to the salaried and executive plans.

III. Analysis

A. *First Issue: Did the Court of Appeal Err in Finding That the Deemed Statutory Trust Provided for in Section 57(4) of the PBA Applied to the Salaried Plan's Wind-up Deficiency?*

(1) Introduction

[117] The main issue addressed here concerns whether the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the PBA applies to wind-up deficiencies, the payment of which is provided for in s. 75(1)(b).

[118] The deemed trust created by s. 57(4) applies to "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations". Thus, to be subject to the deemed trust, the pension plan must be wound up and the amounts in question must meet three requirements. They must be (1) "employer contributions", (2) "accrued to the date of the wind up" and (3) "not yet due". A wind-up deficiency arises "[w]here a pension plan is wound up": s. 75(1). I agree with my colleagues that there can be no deemed trust

informer au préalable les bénéficiaires des régimes; elle a vendu son actif tout en sachant que l'acquéreur ne reprendrait à son compte aucun de ses engagements de retraite; elle a tenté de faire cession volontaire de ses biens, ce qui aurait fait échec aux prétentions des bénéficiaires relatives à la fiducie réputée (par. 139). La juge Gillese relève également que tout au long de la procédure fondée sur la LACC, Indalex était en conflit d'intérêts, car elle représentait à la fois la société et les bénéficiaires.

[116] Va l'omission d'Indalex de s'acquitter de ses obligations fiduciaires, le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation (par. 204). De plus, comme les bénéficiaires ont été lésés par Indalex, et que les débitrices américaines ne sont pas des [TRADUCTION] « tiers sans lien de dépendance » avec Indalex, la solution qui s'impose est de reconnaître l'existence d'une fiducie par interprétation en faveur des bénéficiaires (par. 204). Sa conclusion sur ce point vaut à la fois pour le régime des salariés et pour celui des cadres.

III. Analyse

A. *Première question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) de la LRR s'applique au déficit de liquidation du régime des salariés?*

(1) Introduction

[117] Le principal point considéré en l'espèce est l'application ou l'inapplication de la fiducie réputée du par. 57(4) de la LRR au déficit de liquidation, dont l'al. 75(1)(b) prévoit le paiement.

[118] La fiducie réputée du par. 57(4) vise les « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Pour qu'il y ait fiducie réputée, le régime de retraite doit donc être liquidé et les sommes en question doivent remplir trois conditions. Il doit s'agir de (1) « cotisations de l'employeur », (2) « qui sont accumulées à la date de liquidation », (3) « mais qui ne sont pas encore dues ». Il y a déficit de liquidation « [lorsqu']un régime de retraite est liquidé »

for the executive plan, because that plan had not been wound up at the relevant date. What follows, therefore, is relevant only to the salaried plan.

[119] The wind-up deficiency payments are “employer contributions” which are “not yet due” as of the date of wind up within the meaning of the *PBA*. The main issue before us, therefore, boils down to the narrow interpretative question of whether the wind-up deficiency described in s. 75(1)(b) is “accrued to the date of the wind up”.

[120] Campbell J. at first instance found that it was not, while the Court of Appeal reached the opposite conclusion. In essence, the Court of Appeal reasoned that the deemed trust in s. 57(4) “applies to all employer contributions that are required to be made pursuant to s. 75”, that is, to “all amounts owed by the employer on the wind-up of its pension plan”: para. 101.

[121] I respectfully disagree with the Court of Appeal’s conclusion for three main reasons. First, the most plausible grammatical and ordinary sense of the words “accrued to the date of the wind up” is that the amounts referred to are precisely ascertained immediately before the effective date of the plan’s wind up. The wind up deficiency only arises upon wind up and it is neither ascertained nor ascertainable on the date fixed for wind up. Second, the broader statutory context reinforces this view: the language of the deemed trusts in s. 57(3) and (4) is virtually exactly repeated in s. 75(1)(a), suggesting that both deemed trusts refer to the liability on wind up referred to in s. 75(1)(a) and not to the further and distinct wind-up deficiency liability created under s. 75(1)(b). Finally, the legislative evolution and history of these provisions show, in my view, that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in a statutory deemed trust.

(par. 75(1)). Je conviens avec mes collègues qu’il ne peut y avoir de fiducie réputée au bénéfice du régime des cadres, car celui-ci n’avait pas encore été liquidé à la date considérée. Par conséquent, les motifs qui suivent ne valent que pour le régime des salariés.

[119] Les versements effectués pour combler le déficit de liquidation constituent des « cotisations de l’employeur [. . .] qui ne sont pas encore dues » au moment de la liquidation au sens de la *LRR*. Il s’agit donc essentiellement d’interpréter une disposition de la loi et de déterminer seulement si le déficit de liquidation décrit à l’al. 75(1)(b) est « accumul[é] à la date de la liquidation ».

[120] En première instance, le juge Campbell conclut qu’il ne l’est pas, alors que la Cour d’appel arrive à la conclusion contraire. La Cour d’appel estime essentiellement que la fiducie réputée du par. 57(4) [TRADUCTION] « vise toutes les cotisations de l’employeur qui sont exigibles suivant l’art. 75 », à savoir « toute somme due par l’employeur à la liquidation de son régime de retraite » (par. 101).

[121] Sauf le respect qui lui est dû, je suis en désaccord avec la Cour d’appel pour trois raisons principales. Premièrement, suivant son sens ordinaire et grammatical le plus plausible, l’expression « accumulées à la date de la liquidation » renvoie aux sommes déterminées de façon précise immédiatement avant la date de prise d’effet de la liquidation du régime. Le déficit de liquidation n’est constaté qu’à l’issue de la liquidation, et il n’est ni déterminé ni déterminable à la date de liquidation prévue. Deuxièmement, le contexte législatif général me conforte dans ce point de vue. Le texte des par. 57(3) et (4) qui dispose qu’il y a fiducie réputée est repris presque en tous points à l’al. 75(1)(a), ce qui permet de conclure que, dans les deux cas de fiducie réputée, le législateur renvoie à l’obligation qui existe à la liquidation suivant l’al. 75(1)(a) et non à celle, supplémentaire et distincte, qui est liée au déficit de liquidation et qui découle de l’al. 75(1)(b). Enfin, il appert à mon sens de l’évolution et de l’historique de ces dispositions que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet d’une fiducie réputée d’origine législative.

[122] Before turning to the precise interpretative issue, it will be helpful to provide some context about the employer's wind-up obligations and the deemed trust provisions that are the subject of this dispute.

(2) Employer Obligations on Wind Up

[123] A "wind up" means that the plan is terminated and the plan assets are distributed: see *PBA*, s. 1(1), definition of "wind up". The employer's liability on wind-up consists of two main components. The first is provided for in s. 75(1)(a) and includes "an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund". This liability applies to contributions that were due as at the wind-up date but does *not* include payments required by s. 75(1)(b) that arise as a result of the wind up: A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), at pp. 541-42. This second liability is known as the wind-up deficiency amount. The employer must pay all additional sums to the extent that the assets of the pension fund are insufficient to cover the value of all immediately vested and accelerated benefits and grow-in benefits: Kaplan, at p. 542. Without going into detail, there are certain statutory benefits that may arise only on wind up, such as certain benefit enhancements and the potential for acceleration of pension entitlements. Thus, wind up will usually result in additional employer liabilities over and above those arising from the obligation to pay all benefits provided for in the plan itself: see, e.g., ss. 73-74; Kaplan, at p. 542. As the Court of Appeal concluded, the payments provided for under s. 75(1)(a) are those which the employer had to make while the plan was ongoing, while s. 75(1)(b) refers to the employer's obligation to make up for any wind-up deficiency: paras. 90-91.

[124] For convenience, the provision as it then stood is set out here.

75. (1) Where a pension plan is wound up in whole or in part, the employer shall pay into the pension fund,

[122] Avant d'interpréter le libellé en cause, il vaut la peine de situer dans leur contexte les obligations de l'employeur en cas de liquidation, ainsi que les dispositions sur la fiducie réputée qui font l'objet du présent litige.

(2) Les obligations de l'employeur à la liquidation

[123] La « liquidation » s'entend de la cessation d'un régime et de la répartition de son actif (voir la définition de « liquidation » au par. 1(1) de la *LRR*). L'obligation de l'employeur comporte alors deux volets principaux. Premièrement, suivant l'al. 75(1)a), son obligation correspond au versement d'« un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite ». Sont visées les cotisations dues à la date de la liquidation, mais *non* les paiements exigés à l'al. 75(1)b) par suite de la liquidation (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 541-542). La seconde obligation vise le déficit de liquidation. L'employeur est tenu de verser toute somme supplémentaire requise du fait que la valeur de l'actif du régime de retraite est inférieure à celle de la totalité des droits à pension acquis de manière immédiate, accélérée ou réputée (Kaplan, p. 542). Sans entrer dans le détail, certains droits d'origine législative ne naissent qu'en cas de liquidation, tels certains enrichissements des prestations et la possibilité d'accélérer l'acquisition du droit à pension. La liquidation fait donc à l'employeur d'autres obligations en sus de celle de verser toutes les prestations prévues par le régime lui-même (voir, p. ex., art. 73-74; Kaplan, p. 542). Ainsi que le conclut la Cour d'appel, les paiements visés à l'al. 75(1)a) sont ceux que l'employeur devait verser pendant l'application du régime, tandis que l'al. 75(1)b) renvoie à son obligation de combler tout déficit de liquidation (par. 90-91).

[124] Pour faciliter sa consultation, voici le libellé qui s'appliquait au moment considéré :

75. (1) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- | | |
|--|---|
| <p>(a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; <u>and</u></p> <p>(b) an amount equal to the amount by which,</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,</p> | <p>a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;</p> <p>b) d'autre part, un montant égal au montant dont :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le surintendant déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) la valeur des prestations accumulées [en anglais, « <i>accrued</i> »] à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l'article 74,</p> |
|--|---|

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

[125] While a wind up is effective as of a fixed date, a wind up is nonetheless best thought of not simply as a moment or a single event, but as a process. It begins by a triggering event and continues until all of the plan assets have been distributed. To oversimplify somewhat, the wind-up process involves the following components.

[125] Bien que la liquidation prenne effet à une date déterminée, il s'agit d'un processus, et non d'un moment ou d'une étape en particulier. Un événement la déclenche et elle se poursuit jusqu'à la répartition de la totalité de l'actif du régime. Au risque de trop simplifier, voici quelles sont les étapes du processus de liquidation.

[126] The assets and liabilities of the plan as of the wind-up date must be determined. As noted earlier, the precise extent of the liability, while *fixed as of that date*, will not be ascertained or ascertainable *on that date*. The extent of the liability may depend on choices open to plan beneficiaries under the plan and on the exercise by them of certain statutory rights beyond the options that would otherwise have been available under the plan itself. The plan members must be notified of the wind-up and have their entitlements and options set out for them and given an opportunity to make their choices. The plan administrator must file a wind-up report which includes a statement of the plan's assets and liabilities, the benefits payable under the

[126] L'actif et le passif du régime existant à la date de la liquidation doivent être établis. Rappelons que la valeur exacte du passif, bien que *circonscrite à cette date*, n'est ni déterminée ni déterminable *cette date-là*. La valeur du passif peut dépendre des choix qui s'offrent aux bénéficiaires dans le cadre du régime, ainsi que de l'exercice par ces derniers de certains droits légaux et de la levée des options que prévoit le régime. Les participants du régime doivent être avisés de la liquidation, ainsi que de leurs droits et de leurs options, et ils doivent avoir la possibilité d'effectuer leurs choix. L'administrateur du régime doit déposer un rapport de liquidation qui fait état de l'actif et du passif du régime, des prestations payables en application du régime et du

terms of the plan, and the method of allocating and distributing the assets including the priorities for the payment of benefits: *PBA*, s. 70(1), and R.R.O. 1990, Reg. 909, s. 29 (the “*PBA Regulations*”).

[127] Benefits to members may take the form of “cash refunds, immediate or deferred annuities, transfers to registered retirement saving plans, In principle, the value of these benefits is the present value of the benefits accrued to the date of plan termination”: *The Mercer Pension Manual* (loose-leaf), vol. 1, at p. 10-41. That present value is an actuarial calculation performed on the basis of various assumptions including assumptions about investment return, mortality and so forth.

[128] If, when the assets and liabilities are calculated, the assets are insufficient to satisfy the liabilities, the employer (i.e. the plan sponsor) must make up for any wind-up deficiency: *PBA*, s. 75(1)(b). An employer can elect to space these payments out over the course of five years: *PBA Regulations*, s. 31(2). Because these payments are based on the extent to which there is a deficit between assets in the pension plan and the benefits owed to beneficiaries, their amount varies with the market and other assumed elements of the calculation over the course of the permitted five years.

[129] To take the salaried plan as an example, at the time of wind-up, all regular current service contributions had been made: C.A. reasons, at para. 33. The wind-up deficiency was initially estimated to be \$1,655,200. Indalex made special wind-up payments of \$709,013 in 2007 and \$875,313 in 2008, but as of December 31, 2008, the wind-up deficiency was \$1,795,600 — i.e. higher than it had been two years before, notwithstanding that payments of roughly \$1.6 million had been made: C.A. reasons, at para. 32. Indalex made another payment of \$601,000 in April 2009: C.A. reasons, at para. 32.

mode d’attribution et de répartition de l’actif, y compris les priorités de paiement des prestations (*LRR*, par. 70(1), et R.R.O. 1990, règl. 909, art. 29 (le « règlement de la *LRR* »)).

[127] Les prestations versées aux participants peuvent revêtir la forme de [TRADUCTION] « remboursements en espèces, de rentes immédiates ou différées, de transferts dans un régime enregistré d’épargne-retraite, [. . .]. La valeur de ces prestations correspond en principe à la valeur actuelle des prestations accumulées à la date de cessation du régime » (*The Mercer Pension Manual* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 10-41). La valeur actuelle est obtenue au moyen d’un calcul actuariel qui tient compte de différentes hypothèses, notamment quant au rendement et à l’espérance de vie.

[128] Lorsque, après avoir calculé l’actif et le passif, le premier est inférieur au second, l’employeur (à savoir le promoteur du régime) comble le déficit de liquidation (*LRR*, al. 75(1)b)). Il peut étaler les versements sur une période de cinq ans (règlement de la *LRR*, par. 31(2)). Puisque le montant de ces versements tient à la différence entre l’actif du régime de retraite et les prestations dues aux bénéficiaires, il varie en fonction du marché et d’autres variables considérées dans le calcul sur la période autorisée de cinq ans.

[129] Dans le cas du régime des salariés, par exemple, toutes les cotisations normales pour service courant avaient été versées au moment de la liquidation (motifs de la C.A., par. 33). Le déficit de liquidation a été estimé au départ à 1 655 200 \$. Indalex a effectué des paiements spéciaux de 709 013 \$ en 2007, puis de 875 313 \$ en 2008. Or, le 31 décembre 2008, le déficit de liquidation s’établissait à 1 795 600 \$, de sorte qu’il s’était accru au cours des deux ans écoulés, malgré les quelque 1,6 million de dollars versés (motifs de la C.A., par. 32). Indalex a versé en sus 601 000 \$ en avril 2009 (motifs de la C.A., par. 32).

(3) The Deemed Trust Provisions

[130] The *PBA* contains provisions whose purpose is to exempt money owing to a pension plan, and which is held or owing by the employer, from being seized or attached by the employer's other creditors: Kaplan, at p. 395. This is accomplished by creating a "deemed trust" with respect to certain pension contributions such that these amounts are held by the employer in trust for the employees or pension beneficiaries.

[131] There are two deemed trusts that we must examine here, one relating to employer contributions that are *due but have not been paid* and another relating to employer contributions *accrued but not due*. This second deemed trust is the one in issue here, but it is important to understand how the two fit together.

[132] The deemed trust relating to employer contributions "due and not paid" is found in s. 57(3). The *PBA* and *PBA* Regulations contain many provisions relating to contributions required by employers, the due dates for which are specified. Briefly, the required contributions are these.

[133] When a pension is ongoing, employers need to make regular current service cost contributions. These are made monthly, within 30 days after the month to which they relate: *PBA* Regulations, s. 4(4)3. There are also special payments, which relate to deficiencies between a pension plan's assets and liabilities. There are "going-concern" deficiencies and "solvency" deficiencies, the distinction between which is unimportant for the purposes of these appeals. A plan administrator must regularly file actuarial reports, which may disclose deficiencies: *PBA* Regulations, s. 14. Where there is a going-concern deficiency the employer must make equal monthly payments over a 15-year period to rectify it: *PBA* Regulations, s. 5(1)(b). Where there is a solvency deficiency, the employer must make equal monthly payments over a five-year period to rectify it: *PBA* Regulations,

(3) Les dispositions relatives à la fiducie réputée

[130] La *LRR* renferme des dispositions visant à soustraire à la saisie par les autres créanciers de l'employeur les sommes dues à un régime de retraite que détient ou que doit l'employeur (Kaplan, p. 395). Ainsi, certaines cotisations au régime de retraite sont dont « réputées » détenues « en fiducie » par l'employeur pour le compte des employés ou des bénéficiaires du régime de retraite.

[131] Deux fiducies réputées doivent être examinées en l'espèce, l'une visant les cotisations de l'employeur qui sont *dues, mais impayées*, l'autre les cotisations de l'employeur qui sont *accumulées, mais qui ne sont pas dues*. Cette seconde fiducie réputée est celle qui nous intéresse dans le présent pourvoi, mais il importe de comprendre la complémentarité des deux fiducies réputées.

[132] La fiducie dont sont réputées faire l'objet les cotisations de l'employeur qui sont « dues et impayées » est créé au par. 57(3). La *LRR* et le règlement de la *LRR* renferment de nombreuses dispositions sur les cotisations de l'employeur et le moment de leur exigibilité. Voici quelles sont, en résumé, les cotisations exigées.

[133] Pendant la durée du régime de retraite, l'employeur verse chaque mois les cotisations normales pour service courant dans les 30 jours qui suivent le mois pour lequel elles sont exigibles (règlement de la *LRR*, par. 4(4)3). Des paiements spéciaux sont également effectués pour combler un déficit entre l'actif et le passif du régime. Il peut y avoir « déficit à long terme » et « déficit de solvabilité », mais la distinction entre les deux n'importe pas pour les besoins des présents pourvois. L'administrateur du régime dépose périodiquement un rapport actuariel, lequel est susceptible de révéler un déficit (règlement de la *LRR*, art. 14). Pour combler un déficit à long terme, l'employeur effectue des versements mensuels égaux sur une période de 15 ans (règlement de la *LRR*, al. 5(1)b)). Dans le cas d'un déficit de solvabilité, l'employeur effectue des versements

s. 5(1)(e). Once these regular or special payments become due but have not been paid, they are subject to the s. 57(3) deemed trust.

[134] I turn next to the s. 57(4) deemed trust, which gives rise to the question before us. The subsection provides that “[w]here a pension plan is wound up . . . , an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

[135] When a pension plan is wound up there will be an interrupted monthly payment period, which is sometimes referred to as the stub period. During this stub period regular and special liabilities will have accrued but not yet become due. Section 58(1) provides that money that an employer is required to pay “accrued on a daily basis”. Because the amounts referred to in s. 57(4) are not yet due, they are not covered by the s. 57(3) deemed trust, which applies only to payments that are *due*. The two provisions, then, operate in tandem to create a trust over an employer’s unfulfilled obligations, which are “due and not paid” as well as those which have “accrued to the date of the wind up but [are] not yet due”.

(4) The Interpretative Approach

[136] The issue we confront is one of statutory interpretation and the well-settled approach is that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26. Taking this approach it is clear to me that the

mensuels égaux pendant cinq ans (règlement de la *LRR*, al. 5(1)e)). Dès que ces versements normaux ou spéciaux sont dus, mais impayés, ils sont réputés faire l’objet de la fiducie créée au par. 57(3).

[134] Je passe maintenant à la fiducie réputée du par. 57(4), celle sur laquelle nous sommes appelés à nous prononcer en l’espèce. Suivant cette disposition, « [s]i un régime de retraite est liquidé [. . .], l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

[135] Lorsqu’un régime de retraite est liquidé, il y a interruption des versements mensuels (intervalle appelé parfois « période tampon »). Au cours de cette période, des dettes ordinaires ou spéciales ont été contractées sans qu’elles soient immédiatement payables. Le paragraphe 58(1) dispose que l’argent qu’un employeur est tenu de verser « s’accumule sur une base quotidienne ». Puisque les sommes mentionnées au par. 57(4) ne sont pas encore dues, elles ne font pas l’objet de la fiducie dont l’existence est réputée au par. 57(3), laquelle ne vise que les paiements qui sont *dus*. Les deux dispositions s’appliquent donc de concert pour créer une fiducie à l’égard des obligations non exécutées de l’employeur qui sont « dues et impayées », ainsi qu’à l’égard des obligations qui ont pour objet des cotisations « accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ».

(4) La méthode d’interprétation

[136] Nous sommes aux prises avec l’interprétation de dispositions législatives et, suivant le principe bien établi, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26). Dès lors, il ne fait aucun

sponsor's obligation to pay a wind-up deficiency is not covered by the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA*. In my view, the deficiency neither "accrued", nor did it arise within the period referred to by the words "to the date of the wind up".

- (a) *Grammatical and Ordinary Sense of the Words "Accrued" and "to the Date of the Wind Up"*

[137] The Court of Appeal failed to take sufficient account of the ordinary and grammatical meaning of the text of the provisions. It held that "the deemed trust in s. 57(4) applies to all employer contributions that are required to be made pursuant to s. 75": para. 101 (emphasis added). However, the plain words of the section show that this conclusion is erroneous. Section 75(1)(a) refers to liability for employer contributions that "are due . . . and that have not been paid". These amounts are thus *not* included in the s. 57(4) deemed trust, because it addresses only amounts that have "accrued to the date of the wind up but [are] not yet due". Amounts "due" are covered by the s. 57(3) deemed trust and not, as the Court of Appeal concluded by the deemed trust created by s. 57(4). The Court of Appeal therefore erred in finding, in effect, that amounts which "are due" could be included in a deemed trust covering amounts "not yet due".

[138] In my view, the most plausible grammatical and ordinary sense of the phrase "accrued to the date of the wind up" in s. 57(4) is that it refers to the sums that are ascertained immediately before the effective wind-up date of the plan.

[139] In the context of s. 57(4), the grammatical and ordinary sense of the term "accrued" is that the amount of the obligation is "fully constituted" and "ascertained" although it may not yet be payable. The amount of the wind-up deficiency is not fully constituted or ascertained (or even ascertainable) before or even on the date fixed for wind up and therefore cannot fall under s. 57(4).

doute que l'obligation du promoteur de combler un déficit de liquidation échappe à la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR*. À mon avis, le déficit n'est pas « accumulé » [« *accrued* », en anglais] et n'est pas survenu pendant la période à laquelle renvoie l'expression « à la date de la liquidation ».

- a) *Le sens ordinaire et grammatical des termes « accumulées » [« *accrued* », en anglais] et « à la date de la liquidation »*

[137] La Cour d'appel ne tient pas suffisamment compte du sens ordinaire et grammatical du libellé des dispositions en cause. Elle conclut que [TRADUCTION] « la fiducie réputée du par. 57(4) vise toutes les cotisations que l'employeur est tenu de verser suivant l'art. 75 » (par. 101 (je souligne)). Or, il ressort du libellé explicite de cette dernière disposition qu'il s'agit d'une conclusion erronée. L'alinéa 75(1)a établit l'obligation de l'employeur à l'égard des paiements qui « sont dus [. . .] et qui n'ont pas été versés ». Ces paiements *ne* font donc *pas* l'objet de la fiducie réputée du par. 57(4), car celle-ci ne vise que les cotisations qui sont « accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». Les cotisations « dues » sont réputées détenues en fiducie suivant le par. 57(3), et non le par. 57(4) comme le conclut la Cour d'appel. Cette dernière estime en effet à tort que les cotisations qui « sont dues » peuvent être réputées détenues en fiducie comme celles qui « ne sont pas encore dues ».

[138] À mon avis, suivant son sens ordinaire et grammatical le plus plausible, l'expression « accumulées à la date de la liquidation » employée au par. 57(4) renvoie aux sommes déterminées immédiatement avant la date de prise d'effet de la liquidation du régime.

[139] Dans le contexte du par. 57(4), le sens ordinaire et grammatical d'« accumulées » veut que l'obligation soit « entièrement constituée » et que son montant soit « déterminé », même si elle peut ne pas être encore payable. Le déficit de liquidation n'est pas entièrement constitué ni son montant déterminé (ou déterminable) avant la date prévue pour la liquidation, ou le jour même, et ne peut donc pas être visé au par. 57(4).

[140] Of course, the meaning of the word “accrued” may vary with context. In general, when the term “accrued” is used in relation to legal rights, its common meaning is that the right has become fully constituted even though the monetary implications of its enforcement are not yet known or knowable. Thus, we speak of the “accrual” of a cause of action in tort when all of the elements of the cause of action come into existence, even though the extent of the damage may well not be known or knowable at that time: see, e.g., *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53. However, when the term is used in relation to a sum of money, it will generally refer to an amount that is at the present time either quantified or exactly quantifiable but which may or may not be due.

[141] In some contexts, a liability is said to accrue when it becomes due. An accrued liability is said to be “properly chargeable” or “owing on a given day” or “completely constituted”: see, e.g., *Black’s Law Dictionary* (9th ed. 2009), at p. 997, “accrued liability”; D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (4th ed. 2011), at p. 13, “accrued liability”; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306, at p. 312.

[142] In other contexts, an amount which has accrued may not yet be due. For example, we speak of “accrued interest” meaning a precise, quantified amount of interest that has been earned but may not yet be payable. The term “accrual” is used in the same way in “accrual accounting”. In accrual method accounting, “transactions that give rise to revenue or costs are recognized in the accounts when they are earned and incurred respectively”: B. J. Arnold, *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), at p. 44. Revenue is earned when the recipient “substantially completes performance of everything he or she is required to do as long as the amount due is ascertainable and there is no uncertainty about its collection”: P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7th ed. 2010), at s. 6.5(b); see

[140] Certes, le sens du terme « accumulées » [et plus encore celui de son équivalent anglais « *accrued* »] peut varier selon le contexte. En général, lorsque ce terme est employé de pair avec des droits légaux, son sens courant veut que le droit soit entièrement constitué, même si les répercussions financières de son exécution ne sont pas encore connues et ne peuvent l’être. Ainsi, en responsabilité délictuelle, on parle d’accumulation (au sens d’acquisition ou de naissance) de la cause d’action lorsque tous ses éléments sont réunis, même lorsque l’étendue du préjudice n’est pas encore connue ou ne peut l’être (voir, p. ex., *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53). Toutefois, lorsque le terme qualifie une somme, il renvoie généralement à un élément dont la valeur est actuellement mesurée ou mesurable, mais qui peut ou non être dû.

[141] Dans certains contextes, il y a accumulation [en anglais, « *accrual* »] lorsque l’obligation vient à échéance. On dit du passif accumulé qu’il est [TRADUCTION] « dûment imputable » ou « exigible à une date prévue », ou encore, « entièrement constitué » (voir, p. ex., la définition d’« *accrued liability* » [passif accumulé] dans le *Black’s Law Dictionary* (9^e éd. 2009), p. 997; D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (4^e éd. 2011), p. 13; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306, p. 312).

[142] Dans d’autres cas, la somme qui s’est accumulée [en anglais, « *accrued* »] peut ne pas être encore exigible. Par exemple, on parle d’« intérêts accumulés » [« *accrued interest* »] au sens du montant précis des intérêts qui sont courus, mais qui ne sont pas encore exigibles. En anglais, *accrual* est utilisé dans le même sens dans l’expression « *accrual accounting* » (en français, « comptabilité d’exercice »). Suivant cette méthode, les [TRADUCTION] « opérations qui génèrent des revenus ou occasionnent des dépenses sont comptabilisées lorsque les revenus sont gagnés ou que les dépenses sont engagées » (B. J. Arnold, *Timing and Income Taxation : The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), p. 44). Le revenu est gagné lorsque le bénéficiaire [TRADUCTION] « a essentiellement accompli tout ce qu’il devait accomplir, à condition que la somme

also Canadian Institute of Chartered Accountants, *CICA Handbook — Accounting*, Part II, s. 1000, at paras. 41-44. In this context, the amount must be ascertained at the time of accrual.

[143] The *Hydro-Electric Power Commission* case offers a helpful definition of the word “accrued” in this sense. On a sale of shares, the vendor undertook to provide on completion “a sum estimated by him to be equal to sinking fund payments [on the bonds and debentures] which shall have accrued but shall not be due at the time for completion”: p. 344 (emphasis added). The bonds and debentures required the company to pay on July 1 of each year a fixed sum for each electrical horsepower sold and paid for during the preceding calendar year. A dispute arose as to what amounts were payable in this respect on completion. Duff J. held that in this context accrued meant “completely constituted”, referring to this as a “well recognized usage”: p. 312. He went on:

Where . . . a lump sum is made payable on a specified date and where, having regard to the purposes of the payment or to the terms of the instrument, this sum must be considered to be made up of an accumulation of sums in respect of which the right to receive payment is completely constituted before the date fixed for payment, then it is quite within the settled usage of lawyers to describe each of such accumulated parts as a sum accrued or accrued due before the date of payment. [p. 316]

Thus, at every point at which a liability to pay a fixed sum arose under the terms of the contract, that liability accrued. It was fully constituted even though not yet due because the obligation to make the payment was in the future. In reaching this conclusion, Duff J. noted that the bonds and debentures used the word “accrued” in contrast to

due puisse être déterminée et que sa perception ne fasse l’objet d’aucune incertitude » (P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7^e éd. 2010), al. 6.5b); voir également le manuel de l’Institut canadien des comptables agréés, *Manuel de l’ICCA — Comptabilité*, partie II, ch. 1000, par. 41-44). La somme en cause doit alors être déterminée au moment où le droit de la toucher est acquis [« *accrued* »].

[143] Dans l’arrêt *Hydro-Electric Power Commission*, la Cour, qui se prononçait uniquement sur le terme anglais « *accrued* », opine opportunément que ce terme se définit ainsi. Lors de la vente d’actions, le vendeur s’était engagé à remettre, une fois l’opération conclue, [TRADUCTION] « une somme équivalant selon lui aux sommes versées au fonds d’amortissement [des obligations et des débetures] qui sont alors accumulées [*accrued*], mais qui ne sont pas exigibles » (p. 344 (je souligne)). Suivant les conditions des obligations et des débetures, la société était tenue de payer, le 1^{er} juillet de chaque année, un montant déterminé pour chacun des chevaux-vapeur électriques vendus et payés au cours de l’année civile précédente. Le litige portait sur le montant des sommes payables à ce titre une fois la vente conclue. Le juge Duff statue que, dans ce contexte, et selon un [TRADUCTION] « usage largement reconnu », le mot « *accrued* » renvoie au droit ou à l’obligation « entièrement constitué » (p. 312). Il ajoute :

[TRADUCTION] Lorsqu’une somme forfaitaire doit être versée à une date déterminée et que, vu l’objet du paiement ou les clauses du contrat, la somme en question doit être considérée comme résultant de l’accumulation de sommes pour lesquelles le droit au paiement est entièrement constitué avant la date de paiement convenue, il est tout à fait conforme à l’usage des avocats qui consiste à voir dans chacun de ces éléments accumulés une somme « *accrued* » ou devenue exigible avant la date du paiement. [p. 316]

Par conséquent, chaque fois que naissait, suivant le contrat, l’obligation de verser une somme précise, le droit à l’exécution de cette obligation était acquis (ou « *accrued* »). Le droit était entièrement constitué, même s’il n’y avait pas encore exigibilité, car l’obligation d’effectuer le versement naissait ultérieurement. Pour arriver à cette conclusion, le

“due” and that this strengthened the interpretation of “accrued” as an obligation fully constituted but not yet payable. Similarly in s. 57(4), the word “accrued” is used in contrast to the word “due”.

[144] Given my understanding of the ordinary meaning of the word “accrued”, I must respectfully disagree with my colleague, Justice Deschamps’ position that the wind-up deficiency can be said to have “accrued” to the date of wind up. In her view, “[s]ince the employees cease to accumulate entitlements when the plan is wound up, the entitlements that are used to calculate the contributions have all been accumulated before the wind-up date” (para. 34) and “no new liabilities accrued at the time of or after the wind up” (para. 36). My colleague maintains that “[t]he fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes” (para. 37, referring to *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.)).

[145] I cannot agree that no new liability accrues on or after the wind up. As discussed in more detail earlier, the wind-up deficiency in s. 75(1)(b) is made up of the difference between the plan’s assets and liabilities calculated as of the date of wind up. On wind up, the *PBA* accords statutory entitlements and protections to employees that would not otherwise be available: Kaplan, at p. 532. Wind up therefore gives rise to new liabilities. In particular, on wind up, and only on wind up, plan beneficiaries are entitled, under s. 74, to make elections regarding the payment of their benefits. The plan’s liabilities cannot be determined until those elections are made. Contrary to what my colleague Justice Deschamps suggests, the extent of the wind-up deficiency depends on employee rights that arise only upon wind up and with respect to which employees make elections only after wind up.

juge Duff fait remarquer que le terme « *accrued* » (par opposition à « *due* ») est employé dans les obligations et les débetures, ce qui confirme l’interprétation selon laquelle « *accrued* » renvoie à une obligation entièrement constituée, mais dont l’exécution n’est pas encore exigible. De même, au par. 57(4), le terme « accumulées » [« *accrued* »] est utilisé par opposition à « dues ».

[144] Selon ce que j’estime être le sens ordinaire du mot « accumulé » (en anglais, « *accrued* ») et sauf le respect que je porte à la juge Deschamps, je ne crois pas que l’on puisse considérer que le déficit de liquidation était « accumulé » à la date de la liquidation. De l’avis de ma collègue, « [p]uisque les employés cessent d’accumuler des droits lorsque le régime est liquidé, les droits qui servent au calcul des cotisations ont tous été accumulés avant la date de la liquidation » (par. 34) et « aucun passif ne s’accumule pendant ni après la liquidation » (par. 36). Pour elle, « [l]e fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable » (par. 37, citant *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.)).

[145] Je ne saurais convenir qu’aucune obligation ne s’accumule pendant ou après la liquidation. Comme je le précise précédemment, le déficit de liquidation s’entend à l’al. 75(1)(b) de la différence entre l’actif du régime et son passif calculé à la date de la liquidation. En cas de liquidation, la *LRR* confère aux employés des droits et des garanties dont ils ne bénéficieraient pas en d’autres circonstances (Kaplan, p. 532). La liquidation impose donc des obligations nouvelles à l’employeur. Plus particulièrement, en cas de liquidation, et seulement dans ce cas, l’art. 74 permet aux bénéficiaires de faire des choix quant au paiement de leurs prestations. Le passif du régime ne peut être établi avant ces choix. Contrairement à ce que laisse entendre ma collègue la juge Deschamps, le montant du déficit de liquidation dépend de droits qui ne prennent naissance qu’à la liquidation et à l’égard desquels les employés ne font des choix qu’après la liquidation.

[146] Moreover, the wind-up deficiency will vary after wind up because the amount of money necessary to provide for the payment of the plan sponsor's liabilities will vary with the market. Section 31 of the *PBA* Regulations allows s. 75 payments to be spaced out over the course of five years. As we have seen, the amount of the wind-up deficiency will fluctuate over this period (I set out earlier how this amount in fact fluctuated markedly in the case of the salaried plan in issue here). Thus, while estimates are periodically made and reported after the wind up to determine how much the employer needs to pay, the precise amount of the wind-up deficiency is not ascertained or ascertainable on the date of the wind up.

[147] I turn next to the ordinary and grammatical sense of the words "to the date of the wind up" in s. 57(4). In my view, these words indicate that only those contributions that accrue before the date of wind up, and not those amounts the liability for which arises only on the day of wind up — that is, the wind-up deficiency — are included.

[148] Where the legislature intends to include the date of wind up, it has used suitable language to effect that purpose. For example, the English version of a provision amending the *PBA* in 2010 (c. 24, s. 21(2)), s. 68(2)(c), indicates which trade unions are entitled to notice of the wind up:

68. . . .

(2) If the employer or the administrator, as the case may be, intends to wind up the pension plan, the administrator shall give written notice of the intended wind up to,

. . . .

(c) each trade union that represents members of the pension plan or that, on the date of the wind up, represented the members, former members or retired members of the pension plan;

[146] En outre, le déficit de liquidation diffère après la liquidation puisque la somme à verser pour acquitter les obligations du promoteur du régime dépend du marché. L'article 31 du règlement de la *LRR* permet de répartir sur cinq ans les versements exigés à l'art. 75. Rappelons que le montant du déficit de liquidation fluctuera au cours de cette période (j'ai déjà fait état de la manière dont il a considérablement varié dans le cas du régime des salariés visé en l'espèce). C'est pourquoi, malgré les estimations effectuées périodiquement après la liquidation pour déterminer le montant que l'employeur doit verser, le montant du déficit de liquidation n'est ni déterminé ni déterminable à la date de la liquidation.

[147] J'examine maintenant le sens ordinaire et grammatical des mots « à la date de la liquidation » (en anglais, « *to the date of the wind up* ») employés au par. 57(4). À mon avis, cette expression fait en sorte que seules sont visées les cotisations accumulées avant la date de la liquidation, et non les sommes qui font l'objet d'une obligation qui ne prend naissance que le jour de la liquidation (en anglais, « *on the date of the wind up* ») et qui correspondent au déficit de liquidation.

[148] Si l'intention du législateur avait été d'englober la date de la liquidation, il aurait employé le libellé voulu. Par exemple, l'al. 68(2)c) de la *LRR*, modifié en 2010 (ch. 24, par. 21(2)), précise dans sa version anglaise quels syndicats doivent recevoir avis de la liquidation :

68. . . .

(2) *If the employer or the administrator, as the case may be, intends to wind up the pension plan, the administrator shall give written notice of the intended wind up to,*

. . . .

(c) *each trade union that represents members of the pension plan or that, on the date of the wind up [à la date de la liquidation], represented the members, former members or retired members of the pension plan;*

In contrast to the phrase “to the date of wind up”, “on the date of wind up” clearly includes the date of wind up. (The French version does not indicate a different intention.) Similarly, s. 70(6), which formed part of the *PBA* until 2012 (rep. S.O. 2010, c. 9, s. 52(5)), read as follows:

70. . . .

(6) On the partial wind up of a pension plan, members, former members and other persons entitled to benefits under the pension plan shall have rights and benefits that are not less than the rights and benefits they would have on a full wind up of the pension plan on the effective date of the partial wind up.

The words “on the effective date of the partial wind up” indicate that the members are entitled to those benefits from the date of the partial wind up, in the sense that members can claim their benefits beginning on the date of the wind up itself. This is how the legislature expresses itself when it wants to speak of a period of time including a specific date. By comparison, “to the date of the wind up” is devoid of language that would include the actual date of wind up. This conclusion is further supported by the structure of the *PBA* and its legislative history and evolution, to which I will turn shortly.

[149] To sum up with respect to the ordinary and grammatical meaning of the phrase “accrued to the date of the wind up”, the most plausible ordinary and grammatical meaning is that such amounts are fully constituted and precisely ascertained immediately before the date fixed as the date of wind up. Thus, according to the ordinary and grammatical meaning of the words, the wind-up deficiency obligation set out in s. 75(1)(b) has not “accrued to the date of the wind up” as required by s. 57(4). Moreover, the liability for the wind-up deficiency arises where a pension plan is wound up (s. 75(1)(b)) and so it cannot be a liability that “accrued to the date of the wind up” (s. 57(4)).

Contrairement à la formule « *to the date of wind up* », l’expression « *on the date of wind up* » englobe clairement la date de la liquidation. (La version française ne se prête pas à une autre interprétation.) De même, le par. 70(6), qui figurait dans la *LRR* jusqu’en 2012 (abr. L.O. 2010, ch. 9, par. 52(5)), énonce ce qui suit :

70. . . .

(6) À la liquidation partielle d’un régime de retraite, les participants, les anciens participants et les autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu du régime de retraite ont des droits et prestations qui ne sont pas inférieurs aux droits et prestations qu’ils auraient à la liquidation totale du régime de retraite à la date de prise d’effet de la liquidation partielle [on the effective date of the partial wind up].

Il appert de l’expression anglaise « *on the effective date of the partial wind up* » que les participants ont droit aux prestations à compter de la date de la liquidation partielle, c’est-à-dire qu’ils peuvent les réclamer à compter de la liquidation elle-même. Le législateur s’exprime ainsi lorsqu’il veut qu’une période englobe une date précise. À l’opposé, lorsqu’il dit en anglais « *to the date of the wind up* » (en français, « à la date de la liquidation »), il n’entend pas englober la date où survient la liquidation. Cette conclusion prend en outre appui sur l’architecture de la *LRR*, ainsi que sur son évolution et son historique. J’y reviendrai brièvement.

[149] Bref, le sens ordinaire et grammatical le plus plausible d’« accumulées à la date [*to the date*] de la liquidation » veut que soient visées les sommes entièrement constituées et déterminées immédiatement avant la date prévue de liquidation. Ainsi, l’obligation liée au déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)(b) n’est donc pas « accumul[é] à la date [*to the date*] de la liquidation » comme l’exige le par. 57(4). De plus, comme cette obligation naît lorsque le régime de retraite est liquidé (al. 75(1)(b)), son objet ne peut donc pas être « accumul[é] à la date de la liquidation » (par. 57(4)).

(b) *The Scheme of the Act*

[150] As discussed earlier, s. 57 establishes deemed trusts over funds which must be contributed to a pension plan, including the one in s. 57(4), which is at issue here. It is helpful to consider these deemed trusts in the context of the obligations to pay funds which give rise to them. Specifically, the relationship between the deemed trust provisions in s. 57(3) and (4), on one hand, and s. 75(1), which sets out liabilities on wind up on the other. According to my colleague Justice Deschamps, s. 75(1) “elegantly parallels the wind-up deemed trust provision” (para. 42) such that the deemed trusts must include the wind-up deficiency. I disagree. In my view, the deemed trusts parallel only s. 75(1)(a), which does not relate to the wind-up deficiency. The correspondence between the deemed trusts and s. 75(1)(a), and the absence of any such correspondence with s. 75(1)(b), makes it clear that the wind-up deficiency is not covered by the deemed trust provisions.

[151] I would recall here the difference between the deemed trusts created by s. 57(3) and (4). While a plan is ongoing, there may be payments which the employer is required to, but has failed to make. The s. 57(3) trust applies to these payments because they are “due and not paid”. When a plan is wound up, however, there will be payments that are outstanding in the sense that they are fully constituted, but not yet due. This occurs with respect to the so-called stub period referred to earlier. During this stub period, regular and special liabilities will accrue on a daily basis, as provided for in s. 58(1), but may not be due at the time of wind up. While s. 57(3) cannot apply to these payments because they are not yet due, the deemed trust under s. 57(4) applies to these payments because liability for them has “accrued to the date of the wind up” and they are “not yet due”.

[152] The important point is how these two deemed trust provisions relate to the wind-up liabilities as described in ss. 75(1)(a) and 75(1)(b).

b) *Le régime de la Loi*

[150] Je le répète, l’art. 57 dispose que les sommes dues à un régime de retraite sont réputées détenues en fiducie. La disposition applicable en l’espèce est le par. 57(4). Il est utile de se pencher sur ces fiducies réputées en liaison avec les obligations de versement qui les font naître. Plus précisément, il s’agit de considérer la relation entre, d’une part, les fiducies dont l’existence est réputée aux par. 57(3) et (4) et, d’autre part, le par. 75(1), qui prescrit certains versements à la liquidation. Selon ma collègue la juge Deschamps, le libellé du par. 75(1) « fait élégamment écho à celui qui crée la fiducie réputée à la liquidation » (par. 42), de sorte que la fiducie réputée doit englober le déficit de liquidation. Je ne suis pas d’accord. À mon avis, la fiducie réputée ne fait écho qu’à l’al. 75(1)a), lequel ne porte pas sur le déficit de liquidation. Il ressort de la correspondance existant entre les fiducies créées et l’al. 75(1)a), et de l’absence d’une telle correspondance avec l’al. 75(1)b) que le déficit de liquidation ne fait pas l’objet d’une fiducie réputée.

[151] Je rappelle la différence entre les fiducies réputées des par. 57(3) et (4). Pendant la durée du régime, l’employeur peut omettre d’effectuer les versements auxquels il est tenu. La fiducie créée au par. 57(3) vise ces versements, car il s’agit de sommes « dues et impayées ». Cependant, lorsque le régime est liquidé, des versements demeurent en suspens en ce sens que le droit y afférent est entièrement constitué, mais que les sommes en cause ne sont pas encore dues. La situation se présente pendant la période tampon mentionnée précédemment où les paiements normaux et spéciaux s’accumulent chaque jour conformément au par. 58(1), mais peuvent ne pas être dus au moment de la liquidation. Bien que le par. 57(3) ne puisse s’appliquer à ces paiements parce qu’ils ne sont pas encore dus, la fiducie créée au par. 57(4) les englobe, car l’obligation s’y rapportant est « accumulé[e] à la date de la liquidation », mais les sommes en question ne sont « pas encore dues ».

[152] L’élément important réside dans le rapport entre ces deux dispositions créant une fiducie et les versements exigés aux al. 75(1)a) et 75(1)b) en cas

The two paragraphs refer to sums of money that are different in kind: while s. 75(1)(a) refers to liabilities that accrue before wind up and that are created elsewhere in the Act, s. 75(1)(b) creates a completely new liability that comes into existence only once the plan is wound up. There is no dispute, as I understand it, that these two paragraphs refer to different liabilities and that it is the liability described in s. 75(1)(b) that is the wind-up deficiency in issue here. The parties do not dispute that s. 75(1)(a) does *not* include wind-up deficiency payments.

[153] It is striking how closely the text of s. 75(1)(a) — which does not relate to the wind-up deficiency — tracks the language of the deemed trust provisions in s. 57(3) and (4). As noted, s. 57(3) deals with “employer contributions due and not paid”, while s. 57(4) deals with “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due”. Section 75(1)(a) includes both of these types of employer contributions. It refers to “payments that . . . are due . . . and that have not been paid” (i.e. subject to the deemed trust under s. 57(3)) or that have “accrued and that have not been paid” (i.e. subject to the deemed trust under s. 57(4) to the extent that these payments accrued to the date of wind up). This very close tracking of the language between s. 57(3) and (4) on the one hand and s. 75(1)(a) on the other, and the absence of any correspondence between the language of these deemed trust provisions with s. 75(1)(b), suggests that the s. 57(3) and (4) deemed trusts refer to the liability described in s. 75(1)(a) and not to the wind-up deficiency created by s. 75(1)(b). It is difficult to understand why, if the intention had been for s. 57(4) to capture the wind-up deficiency liability under s. 75(1)(b), the legislature would have so closely tracked the language of s. 75(1)(a) alone in creating the deemed trusts. Thus, in my respectful view, the elegant parallel to which my colleague, Justice Deschamps refers exists only between the deemed trust and s. 75(1)(a), and not between the deemed trust and the wind-up deficiency.

de liquidation. Ces deux alinéas visent des sommes de nature différente. L’alinéa 75(1)a renvoie au passif accumulé avant la liquidation et qui résulte de l’application d’autres dispositions de la Loi, alors que l’al. 75(1)b crée un passif entièrement nouveau qui naît seulement une fois le régime liquidé. Nul ne conteste, pour autant que je sache, que les deux alinéas renvoient à des passifs différents et que le déficit de liquidation visé en l’espèce correspond à l’obligation prévue à l’al. 75(1)b. Les parties ne contestent pas que l’al. 75(1)a *ne vise pas* les paiements visant à combler le déficit de liquidation.

[153] Il est frappant de constater à quel point le libellé de l’al. 75(1)a — qui ne porte pas sur le déficit de liquidation — s’apparente à celui des par. 57(3) et (4), qui créent des fiducies. Le paragraphe 57(3) vise les « cotisations de l’employeur qui sont dues et impayées », alors que le par. 57(4) a pour objet les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». Les deux types de cotisations de l’employeur entrent dans le champ d’application de l’al. 75(1)a, lequel renvoie aux « paiements qui [. . .] sont dus [. . .] et qui n’ont pas été versés » (qui sont donc réputés détenus en fiducie suivant le par. 57(3)) ou qui sont « accumulés, et qui n’ont pas été versés » (qui sont donc réputés détenus en fiducie suivant le par. 57(4), dans la mesure où ils sont accumulés à la date de la liquidation). La grande ressemblance du libellé des par. 57(3) et (4), d’une part, et du texte de l’al. 75(1)a, d’autre part, et l’absence de toute correspondance entre le libellé de ces dispositions créant une fiducie et le texte de l’al. 75(1)b donnent à penser que l’objet des fiducies dont l’existence est réputée aux par. 57(3) et (4) s’entend de l’obligation faite à l’al. 75(1)a, et non du déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b. On comprend difficilement que le législateur, s’il a voulu que l’obligation de combler le déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b bénéficie de l’application du par. 57(4), ait repris le seul libellé de l’al. 75(1)a pour créer les fiducies. En toute déférence, si comme le dit ma collègue la juge Deschamps, des libellés se font élégamment écho, ce sont ceux de la fiducie réputée et de l’al. 75(1)a, et non ceux de la fiducie réputée et du déficit de liquidation.

[154] I conclude that the scheme of the *PBA* reinforces my conclusion that the ordinary grammatical sense of the words in s. 57(4) does not extend to the wind-up deficiency provided for in s. 75(1)(b).

(c) *Legislative History and Evolution*

[155] Legislative history and evolution may form an important part of the overall context within which a provision should be interpreted. Legislative evolution refers to the various formulations of the provision while legislative history refers to evidence about the provision's conception, preparation and enactment: see, e.g., *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 43.

[156] Both the legislative evolution and history of the *PBA* show that it was never the legislature's intention to include the wind-up deficiency in the deemed trust. The evolution and history of the *PBA* are rather intricate and sometimes difficult to follow so I will review them briefly here before delving into a more detailed analysis.

[157] The deemed trust was first introduced into the *PBA* in 1973. At that time, it covered employee contributions held by the employer and employer contributions that were due but not paid. In 1980, the *PBA* was amended so that the deemed trust was expanded to include employer contributions whether they were due or not. Also, new provisions were added allowing for employee elections and requiring additional payments by the employer where a plan was wound up. The 1980 amendments gave rise to confusion on two fronts: first, it was unclear whether the payments that were required on wind up were subject to the deemed trust; second, it was unclear whether a lien over some employer contributions covered the same amount as the deemed trust. In 1983, both these points were clarified. The sections were reworded and rearranged to make it clear that the wind-up deficiency was distinct from the amounts covered by the deemed trust, and that the lien and the

[154] L'architecture de la *LRR* me conforte dans l'opinion que le sens ordinaire et grammatical des termes qui y sont employés n'emporte pas l'application du par. 57(4) au déficit de liquidation visé à l'al. 75(1)(b).

c) *L'évolution et l'historique législatifs*

[155] L'évolution et l'historique législatifs peuvent constituer un élément important du contexte global dans lequel une disposition législative doit être interprétée. L'évolution législative s'entend des diverses formulations successives du texte de loi, alors que l'historique législatif s'entend des éléments touchant à sa conception, à son élaboration et à son adoption (voir, p. ex., *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 43).

[156] Il appert tant de l'évolution de la *LRR* que de son historique que le législateur n'a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l'objet de la fiducie réputée. L'évolution et l'historique de la *LRR* étant plutôt complexes et parfois difficiles à suivre, je les examine brièvement avant de me livrer à une analyse plus approfondie.

[157] La fiducie réputée a fait son apparition dans la *LRR* en 1973. À cette époque, elle visait les cotisations des salariés que détenait l'employeur et les cotisations de l'employeur qui étaient dues, mais impayées. En 1980, la *LRR* a été modifiée de sorte que la fiducie réputée englobe toutes les cotisations de l'employeur, qu'elles soient dues ou non. En outre, de nouvelles dispositions permettaient aux salariés de faire des choix et exigeaient des versements supplémentaires de l'employeur lorsque le régime était liquidé. La réforme de 1980 a créé de l'incertitude sous deux rapports. Premièrement, on se demandait si les versements requis à la liquidation faisaient l'objet de la fiducie réputée et, deuxièmement, si certaines cotisations de l'employeur faisaient l'objet d'un privilège à raison du montant visé par la fiducie réputée. En 1983, ces deux points ont été clarifiés. Les articles ont été remaniés et leur libellé reformulé afin de préciser que le déficit de liquidation était distinct des

deemed trust covered the same amount. A statement by the responsible Minister in 1982 confirms that *the deemed trusts were never intended to cover the wind-up deficiency.*

[158] My colleague, Justice Deschamps maintains that this history suggests an evolution in the intention of the legislature from protecting “only the service contributions that were due . . . to all amounts due and accrued upon wind up” (para. 42). I respectfully disagree. In my view, the history and evolution of the *PBA* leading up to and including 1983 show that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in the deemed trust. Moreover, legislative evolution after 1983 confirms that this intention did not change.

- (i) *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113

[159] So far as I can determine, statutory deemed trusts were first introduced into the *PBA* by *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113, s. 6. Those amendments created deemed trusts over two amounts: employee pension contributions received by employers (s. 23a(1), similar to the deemed trust in the current s. 57(1)) and employer contributions that had fallen due under the plan (s. 23a(3), similar to the current s. 57(3) deemed trust for employer contributions “due and not paid”). The full text of these provisions and those referred to below, up to the current version of the 1990 Act, are found in the Appendix.

- (ii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80

[160] Ontario undertook significant pension reform leading to *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80; see Kaplan, at pp. 54-56. I will concentrate on the deemed trust provisions and how they related to the liabilities on

sommes réputées détenues en fiducie, et que le privilège et la fiducie réputée portaient sur un même montant. En 1982, le ministre responsable a confirmé que *la fiducie réputée n’a jamais été censée s’appliquer au déficit de liquidation.*

[158] Pour ma collègue la juge Deschamps, cet historique reflèterait l’évolution de l’intention du législateur que la protection couvre d’abord « uniquement les cotisations dues [puis s’étende à tous] les montants dus ou accumulés à la liquidation » (par. 42). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. À mon avis, l’historique et l’évolution de la *LRR* jusqu’en 1983 inclusivement montrent que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet de la fiducie réputée. Qui plus est, il appert de l’évolution de la *LLR* postérieure à 1983 que cette intention demeure inchangée.

- (i) *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113

[159] Aussi loin que je puisse remonter, la fiducie réputée a vu le jour dans la *LRR* par suite de l’adoption de la *Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113, art. 6. L’existence d’une fiducie a été réputée à l’égard, d’une part, des cotisations des salariés au régime de retraite touchées par les employeurs (par. 23a(1), ce qui s’apparente à la fiducie prévue au par. 57(1) actuel) et, d’autre part, des cotisations de l’employeur devenues exigibles aux termes du régime (par. 23a(3), ce qui s’apparente aux cotisations de l’employeur « qui sont dues et impayées » et qui sont réputées détenues en fiducie en application du par. 57(3) actuel). Le texte intégral de ces dispositions et de celles mentionnées ci-après, jusqu’à la version actuelle datant de 1990, figure en annexe.

- (ii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80

[160] L’Ontario a entrepris une réforme majeure des régimes de retraite qui a débouché sur l’adoption de la *Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80 (voir Kaplan, p. 54-56). Je m’attacherai aux dispositions sur la fiducie réputée et à

wind up and, for ease of reference, I will refer to the sections as they were renumbered in the 1980 consolidation: R.S.O. 1980, c. 373. The 1980 legislation expanded the deemed trust relating to employer contributions. Although far from clear, the new provisions appear to have created a deemed trust and lien over the employer contributions whether otherwise payable or not and calculated as if the plan had been wound up on the relevant date.

[161] It was unclear after the reforms of 1980 whether the deemed trust applied to all employer contributions that arose on wind up. According to s. 23(4), on any given date, the trust extended to an amount to be determined “as if the plan had been wound up on that date”. However, the provisions of the 1980 version of the Act did not explicitly state what such a calculation would include. Under s. 21(2) of the 1980 statute, the employer was obligated to pay on wind up “all amounts that would otherwise have been required to be paid to meet the tests for solvency . . . , up to the date of such termination or winding up”. Under s. 32, however, the employer had to make a payment on wind up that was to be “[i]n addition” to that due under s. 21(2). Whether the legislature intended that the trust should cover this latter payment was left unclear.

[162] It was also unclear whether the lien applied to a different amount than was subject to the deemed trust. According to s. 23(3), “the members have a lien upon the assets of the employer in such amount that in the ordinary course of business would be entered into the books of account whether so entered or not”. This comes in the middle of two portions of the provision which explicitly refer to the deemed trust, but it is not clear whether the legislature intended to refer to the same amount throughout the provision.

leur interaction avec le passif issu de la liquidation. Pour faciliter la consultation, je renvoie aux dispositions selon leur nouvelle numérotation datant de la refonte de 1980 (R.S.O. 1980, ch. 373). La loi de 1980 a accru la portée de la fiducie réputée quant aux cotisations de l’employeur. Même si elles ne sont pas du tout claires, les nouvelles dispositions semblent faire en sorte que les cotisations de l’employeur, qu’elles soient exigibles ou non, dont le montant est établi comme si le régime avait été liquidé à la date considérée, fassent l’objet d’une fiducie réputée et d’un privilège.

[161] Après la réforme de 1980, l’incertitude persistait quant à savoir si la fiducie réputée visait toutes les cotisations exigibles de l’employeur une fois le régime liquidé. Suivant le par. 23(4), était détenu en fiducie, à une date donnée, un montant devant être déterminé [TRADUCTION] « comme si le régime avait été liquidé à cette date ». Or, les dispositions de 1980 ne précisaient pas expressément les éléments à inclure dans ce calcul. Aux termes du par. 21(2) de la loi de 1980, à la liquidation, l’employeur était tenu de verser « les sommes dont le versement aurait été par ailleurs requis pour satisfaire aux critères de solvabilité [. . .] jusqu’à la date de la cessation ou de la liquidation du régime ». L’article 32 disposait cependant que, à la liquidation, l’employeur effectuait un versement « [e]n plus » de celui exigé au par. 21(2). Restait à savoir si l’intention du législateur était que ce dernier paiement soit détenu en fiducie.

[162] Il n’était pas clair non plus que l’objet du privilège était le même que celui de la fiducie réputée. Suivant le par. 23(3), [TRADUCTION] « les participants ont un privilège sur l’actif de l’employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans les livres de comptes, qu’il y soit consigné ou non ». Ce passage figure entre deux parties de la disposition qui renvoient expressément à la fiducie réputée, mais l’intention du législateur demeure incertaine quant à savoir si c’est le même montant qui est visé chaque fois.

(iii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, c. 2

[163] The 1983 amendments substantially clarified the scope of the deemed trust and lien for employer contributions. They make clear that neither the deemed trust nor the lien applied to the wind-up deficiency; the responsible Minister confirmed that this was the intention of the amendments.

[164] The new provision was amended by s. 3 of the 1983 amendments and is found in s. 23(4) which provided:

23. . . .

(4) An employer who is required by a pension plan to contribute to the pension plan shall be deemed to hold in trust for the members of the pension plan an amount of money equal to the total of,

- (a) all moneys that the employer is required to pay into the pension plan to meet,
 - (i) the current service cost, and
 - (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that are due under the pension plan or the regulations and have not been paid into the pension plan; and

- (b) where the pension plan is terminated or wound up, any other money that the employer is liable to pay under clause 21 (2) (a).

Section 21(2)(a) provides that on wind up, the employers must pay an amount equal to *the current service cost and the special payments* that “have accrued to and including the date of the termination winding up but, under the terms of the pension plan or the regulations, are not due on that date”; the provision adds that these amounts shall be deemed to accrue on a daily basis. These provisions make it clear that the s. 23(4) deemed trust applies only to the special payments and current service costs that have accrued, on a daily basis, up to and including

(iii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2

[163] Les modifications de 1983 ont considérablement précisé la portée de la fiducie réputée et du privilège et elles ont circonscrit les cotisations de l’employeur qui en faisaient l’objet. Il en ressort que ni la fiducie réputée ni le privilège n’ont pour objet le déficit de liquidation; le ministre responsable a confirmé que telle était l’intention du législateur en apportant les modifications.

[164] La nouvelle disposition a été modifiée par l’art. 3 de la loi de 1983 pour devenir le par. 23(4), lequel disposait dès lors ce qui suit :

[TRADUCTION]

23. . . .

(4) L’employeur qui, dans le cadre d’un régime de retraite, est tenu de cotiser à ce régime est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants du régime une somme égale au total

- (a) de toutes les sommes que l’employeur est tenu de verser au régime pour acquitter
 - (i) le coût du service courant et
 - (ii) les paiements spéciaux prescrits par règlement,

qui sont dus aux termes du régime ou du règlement, et qui n’ont pas été versés;

- (b) lors de la cessation ou de la liquidation du régime, toute autre somme que l’employeur est tenu de payer en vertu de l’alinéa 21 (2) a).

Suivant l’alinéa 21(2)a), l’employeur est tenu, lors de la liquidation, de verser un montant égal au *coût du service courant et aux paiements spéciaux* qui [TRADUCTION] « sont accumulés à la date de la cessation ou de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui, suivant les conditions du régime et le libellé du règlement, ne sont pas encore dus ». La disposition prévoit en outre que ces postes sont réputés s’accumuler sur une base quotidienne. Il est donc clair, suivant le par. 23(4), que seuls sont détenus en fiducie les paiements spéciaux et le coût

the date of wind up. The deemed trust clearly does not extend to the wind-up deficiency.

[165] The provision referring to the additional payments required on wind up also makes clear that those payments are not within the scope of the deemed trust. These additional liabilities were described by s. 32, a provision very similar to s. 75(1)(b). These amounts are first, the amount guaranteed by the Guarantee Fund and, second, the value of pension benefits vested under the plan that exceed the value of the assets of the plan. Section 32(2) specifies that these amounts *are* “in addition to the amounts that the employer is liable to pay under subsection 21 (2)” (which are the payments comparable to the current s. 75(1)(a) payments) and that *only the latter* fall within the deemed trust. The inevitable conclusion is that, in 1983, the wind-up deficiency was not included in the scope of the deemed trust.

[166] The 1983 amendments also clarified the scope of the lien. They indicated that the scope of the lien was identical to the scope of the deemed trust. Section 23(5) specified that the lien extended only to the amounts that were deemed to be held in trust under s. 23(4) (i.e. the *current service costs and special payments that had accrued to and including the date of the wind up but are not yet due*).

[167] This makes two things clear: that the lien covers the same amounts as the deemed trust, and that neither covers the wind-up deficiency.

[168] A brief, but significant piece of legislative history seems to me to dispel any possible doubt. In speaking at first reading of the 1983 amendments, the Minister responsible, the Honourable Robert Elgie said this:

The first group of today’s amendments makes up the housekeeping changes needed for us to do what we set out to do in late 1980; that is, to guarantee pension benefits following the windup of a defined pension

du service courant qui sont accumulés, sur une base quotidienne, jusqu’à la date de la liquidation, celle-ci comprise. Le déficit de liquidation ne fait manifestement pas l’objet de la fiducie réputée.

[165] La disposition relative au versement supplémentaire exigé à la liquidation établit aussi clairement que ce versement n’est pas réputé détenu en fiducie. Le montant de ce versement supplémentaire est précisé à l’art. 32, dont le libellé est très semblable à celui de l’al. 75(1)b). Il s’agit premièrement de la somme garantie par le Fonds de garantie et, deuxièmement, de l’excédent des prestations de retraite acquises en vertu du régime sur l’actif du régime. Le paragraphe 32(2) dispose que le versement exigé de l’employeur *s’ajoute* à celui exigé au par. 21(2) (lequel s’apparente à celui que vise l’actuel al. 75(1)a) et donc que *seul ce dernier* est réputé détenu en fiducie. Force est de conclure que, en 1983, le déficit de liquidation échappait à la fiducie réputée.

[166] Les modifications de 1983 ont également clarifié la portée du privilège en précisant qu’elle était identique à celle de la fiducie réputée. Le paragraphe 23(5) précisait que le privilège ne valait que pour les sommes réputées détenues en fiducie suivant le par. 23(4) (à savoir le *coût du service courant et les paiements spéciaux accumulés à la date de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui ne sont pas encore dus*).

[167] Deux choses sont donc claires. L’objet du privilège et de la fiducie réputée est le même et il exclut le déficit de liquidation.

[168] L’historique législatif renferme un passage bref mais important qui me paraît dissiper tout doute éventuel à cet égard. Lors de la première lecture du projet de modification de 1983, le ministre responsable, l’honorable Robert Elgie, a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] La première série de modifications examinée aujourd’hui apporte les changements administratifs nécessaires pour atteindre l’objectif que nous avons fixé vers la fin de 1980,

benefit plan. These amendments will clarify the ways in which we can attain that goal.

In Bill 214 [i.e. the 1980 amendments] the employees were given a lien on the employer's assets for employee contributions to a pension plan collected by the employer, as well as accrued employer contributions. . . .

Unfortunately, this protection has resulted in different legal interpretations on the extent of the lien. An argument has been advanced that the amount of the lien includes an employer's potential future liability on the windup of a pension plan. This was never intended and is not necessary to provide the required protection. The amendment to section 23 clarifies the intent of Bill 214. [Emphasis added.]

(Ontario (Hansard), No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568)

The 1983 amendments made the scope of the lien correspond precisely to the scope of the deemed trust over the employer's accrued contributions. It is thus clear from this statement that it was never the legislative intention that either should apply to "an employer's potential future liability" on wind up (i.e. the wind-up deficiency). In 1983, there is therefore, in my view, virtually irrefutable evidence of legislative intent to do exactly the opposite of what the Court of Appeal held in this case had been done.

[169] Subsequent legislative evolution shows no change in this legislative intent. In fact, subsequent amendments demonstrate a clear legislative intent to exclude from the deemed trust employer liabilities that arise only upon wind up of the plan.

(iv) *Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35*

[170] Amendments to the *PBA* in 1987 resulted in it being substantially in its current form. With those amendments, the extent of the deemed trusts was further clarified. The provision in the 1983

à savoir garantir les prestations de retraite après la liquidation d'un régime de retraite à prestations déterminées. Ces modifications préciseront les moyens grâce auxquels cet objectif pourra être atteint.

Dans le projet de loi 214 [la réforme de 1980], les employés bénéficiaient d'un privilège sur l'actif de l'employeur à l'égard des cotisations versées au régime de retraite et perçues par l'employeur, ainsi que des cotisations de l'employeur accumulées. . . .

Malheureusement, la portée du privilège fait l'objet de différentes interprétations juridiques. On a fait valoir que le montant protégé grâce au privilège comprenait toute somme éventuelle due par l'employeur à la liquidation du régime, ce qui n'a jamais été voulu par le législateur et n'était pas nécessaire pour assurer la protection souhaitée. La modification apportée à l'article 23 précise l'intention qui sous-tend le projet de loi 214. [Je souligne.]

(Ontario (Hansard), n° 99, 2^e sess., 32^e lég., 7 juillet 1982, p. 3568)

Les modifications de 1983 ont fait en sorte que la portée du privilège corresponde exactement à celle de la fiducie réputée en ce qui a trait aux cotisations accumulées de l'employeur. Il ressort donc de l'extrait qui précède que le législateur n'a jamais voulu que la fiducie réputée ou le privilège s'appliquent à « toute somme éventuelle due par l'employeur » lors de la liquidation (à savoir, le déficit de liquidation). À mon sens, il est donc pour ainsi dire établi que, en 1983, le législateur entendait accomplir précisément le contraire de ce qui, selon la Cour d'appel, aurait résulté de ces modifications.

[169] L'évolution législative ultérieure montre que l'intention du législateur n'a pas changé. En fait, les modifications subséquentes révèlent clairement son intention d'exclure de la fiducie réputée les obligations de l'employeur qui naissent seulement lors de la liquidation du régime.

(iv) *Loi de 1987 sur les régimes de retraite, L.O. 1987, ch. 35*

[170] Les modifications apportées à la *LRR* en 1987 l'ont essentiellement fait évoluer jusqu'à sa version actuelle. Elles ont précisé davantage la portée des fiducies réputées. Dans la Loi de 1983,

version of the Act combined within a single subsection a deemed trust for employer contributions that were due and not paid (s. 23(4)(a)) and employer contributions that had accrued to and including the date of wind up but which were not yet due (s. 23(4)(b), referring to s. 21(2)(a)). In the 1987 amendments, these two trusts were each given their own subsection and their scope was further clarified. Moreover, after the 1987 revision, one no longer had to refer to a separate provision (formerly s. 21(2)(a)) to determine the scope of the trust covering payments that were accrued but not yet due. Thus, while the substance of the provisions did not change in 1987, their form was simplified.

[171] The new s. 58(3) (which is exactly the same as the current s. 57(3)) replaced the former s. 23(4)(a). This created a trust for employer contributions due and not paid. Section 58(4) (which is exactly the same as s. 57(4) as it stood at the time) replaced the former s. 23(4)(b) and part of s. 21(2)(a) and created a trust that arises on wind up and covers “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due”.

[172] The 1987 amendment also shows that the legislature adverted to the difference between “to the date of the wind up” and “to and including” the date of wind up and chose the former. This is reflected in a small but significant change in the wording of the relevant provisions. The former provision, s. 23(4)(b), by referring to s. 21(2)(a) captured current service costs and special payments that “have accrued to and including the date of the termination or winding up.” The new version in s. 58(4) deletes the words “and including”, putting the section in its present form. This deletion, to my way of thinking, reinforces the legislative intent to *exclude* from the deemed trust liabilities that arise only *on* the date of wind up. Respectfully, the legislative record does not support Deschamps J.’s view that there was a legislative evolution towards a more expanded deemed trust. Quite the opposite.

un même paragraphe créait une fiducie réputée pour les cotisations de l’employeur qui étaient dues mais impayées (al. 23(4)a)) et une autre pour les cotisations de l’employeur qui étaient accumulées jusqu’à la date de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui n’étaient pas encore dues (al. 23(4)b), qui renvoyait à l’al. 21(2)a)). Dès 1987, les deux fiducies ont fait l’objet de paragraphes distincts et leur portée a été davantage circonscrite. En outre, après la réforme de 1987, il n’était plus nécessaire de renvoyer à une autre disposition (l’ancien al. 21(2)a)) pour déterminer la portée de la fiducie créée pour les paiements accumulés, mais non encore dus. Par conséquent, si le fond des dispositions n’a pas été modifié en 1987, leur forme a été simplifiée.

[171] Le nouveau par. 58(3) (identique au par. 57(3) actuel) a remplacé l’ancien al. 23(4)a), lequel créait une fiducie pour les cotisations de l’employeur dues mais impayées. Le paragraphe 58(4) (identique au par. 57(4) actuel) a remplacé l’ancien al. 23(4)b) et, en partie, l’al. 21(2)a), et dispose que, dès la liquidation, les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » sont détenues en fiducie.

[172] La modification de 1987 montre également que le législateur était conscient de la différence entre « à la date de la liquidation » et « à la date [de la liquidation], celle-ci comprise » et qu’il a choisi la première formule. C’est ce qui appert d’un changement léger, mais important, apporté au libellé des dispositions en cause. L’ancienne disposition, l’al. 23(4)b), par son renvoi à l’al. 21(2)a), englobait le coût du service courant et les paiements spéciaux [TRADUCTION] « accumulés à la date de cessation ou de liquidation, celle-ci comprise ». Dans la nouvelle disposition, le par. 58(4), les mots « celle-ci comprise » sont supprimés pour donner le libellé actuel. À mon sens, cette suppression appuie l’intention du législateur d’*exclure* du champ d’application de la fiducie réputée les obligations qui naissent seulement à la date même de la liquidation. En toute déférence, l’historique législatif n’étaye pas le point de vue de ma collègue la juge Deschamps selon lequel il y aurait eu, au fil de l’évolution législative, accroissement de la portée de la fiducie réputée. C’est plutôt le contraire.

[173] To sum up, I draw the following conclusions from this review of the legislative evolution and history. The legislation differentiates between two types of employer liability relevant to this case. The first is the contributions required to cover current service costs and any other payments that are either due or have accrued on a daily basis up to the relevant time. These are the payments referred to in the current s. 75(1)(a), that is, payments due or accrued but not paid. The second relates to additional contributions required when a plan is wound up which I have referred to as the wind-up deficiency. These payments are addressed in s. 75(1)(b). The legislative history and evolution show that the deemed trusts under s. 57(3) and (4) were intended to apply only to the former amounts and that it was never the intention that there should be a deemed trust or a lien with respect to an employer's potential future liabilities that arise once the plan is wound up.

(d) *The Purpose of the Legislation*

[174] Excluding the wind-up deficiency from the deemed trust is consistent with the broader purposes of the legislation. Pension legislation aims at important protective purposes. These protective purposes, however, are not pursued at all costs and are clearly intended to be balanced with other important interests within the context of a carefully calibrated scheme: *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, at paras. 13-14.

[175] In this instance, the legislature has created trusts over contributions that were due or accrued to the date of the wind up in order to protect, to some degree, the rights of pension plan beneficiaries and employees from the claims of the employer's other creditors. However, there is also good reason to think that the legislature had in mind other competing objectives in not extending the deemed trust to the wind-up deficiency.

[173] En résumé, voici ce que je conclus de l'évolution et de l'historique législatifs. La loi établit une distinction entre deux types d'obligation de l'employeur qui sont pertinents en l'espèce. Il y a d'une part les cotisations requises pour acquitter le coût du service courant et d'autres paiements qui sont dus ou qui sont accumulés sur une base quotidienne jusqu'à la date considérée. Il s'agit des paiements prévus à l'actuel al. 75(1)a), à savoir les paiements qui sont dus ou accumulés, mais qui n'ont pas été versés. Et d'autre part, il y a les cotisations supplémentaires exigées lorsque le régime est liquidé (ou, comme j'y renvoie précédemment, le déficit de liquidation). Ces paiements font l'objet de l'al. 75(1)b). Il appert de l'évolution et de l'historique législatifs que les fiducies réputées des par. 57(3) et (4) devaient seulement englober les cotisations du premier type et que le législateur n'a jamais voulu que les obligations ultérieures de l'employeur qui naissent une fois le régime liquidé fassent l'objet d'une fiducie réputée ou d'un privilège.

d) *L'objet de la loi*

[174] L'exclusion du déficit de liquidation de la fiducie réputée est conforme aux objectifs généraux de la loi. Les dispositions sur les régimes de retraite ont une importante vocation de protection. Or, le législateur n'entend pas atteindre son objectif de protection à n'importe quel prix, son intention étant clairement de le mettre en balance avec d'autres intérêts importants dans le cadre d'un régime soigneusement conçu (*Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 13-14).

[175] Dans le cas qui nous intéresse, le législateur a créé des fiducies à l'égard des cotisations qui sont dues ou accumulées à la date de la liquidation afin de protéger, dans une certaine mesure, les droits des bénéficiaires d'un régime de retraite et ceux des employés contre les réclamations des autres créanciers de l'employeur. Or, il y a de bonnes raisons de penser que c'est en raison d'autres objectifs concurrents que le législateur s'est abstenu d'accroître la portée de la fiducie réputée et d'y inclure le déficit de liquidation.

[176] First, if there were to be a deemed trust over all employer liabilities that arise when a plan is wound up, much simpler and clearer words could readily be found to achieve that objective.

[177] Second, extending the deemed trust protections to the wind-up deficiency might well be viewed as counter-productive in the greater scheme of things. A deemed trust of that nature might give rise to considerable uncertainty on the part of other creditors and potential lenders. This uncertainty might not only complicate creditors' rights, but it might also affect the availability of funds from lenders. The wind-up liability is potentially large and, while the business is ongoing, the extent of the liability is unknown and unknowable for up to five years. Its amount may, as the facts of this case disclose, fluctuate dramatically during this time. A liability of this nature could make it very difficult to assess the creditworthiness of a borrower and make an appropriate apportionment of payment among creditors extremely difficult.

[178] While I agree that the protection of pension plans is an important objective, it is not for this Court to decide the extent to which that objective will be pursued and at what cost to other interests. In her conclusion, Justice Deschamps notes that although the protection of pension plans is a worthy objective, courts should not use the law of equity to re-arrange the priorities that Parliament has established under the *CCAA*. This is a matter of policy where courts must defer to legislatures (reasons of Justice Deschamps, at para. 82). In my view, my colleague's comments on this point are equally applicable to the policy decisions reflected in the text of the *PBA*. The decision as to the level of protection that should be provided to pension beneficiaries is one to be left to the Ontario legislature. Faced with the language in the *PBA*, I would be slow to infer that the broader protective purpose, with all its potential disadvantages, was intended.

[176] Premièrement, si le législateur avait voulu créer une fiducie applicable à la totalité des obligations de l'employeur qui découlent de la liquidation d'un régime, il lui aurait été aisé de s'exprimer beaucoup plus simplement et clairement.

[177] Deuxièmement, si on considère la situation avec un certain recul, il pourrait fort bien être néfaste de protéger le déficit de liquidation au moyen de la fiducie réputée. Il pourrait en effet en résulter une grande incertitude pour les autres créanciers et prêteurs éventuels, une incertitude qui pourrait non seulement compliquer l'exercice des droits des créanciers, mais aussi compromettre l'accès d'une entreprise en difficulté aux fonds des prêteurs. L'ampleur des obligations à la liquidation peut être considérable et, lorsque l'entreprise demeure en exploitation, on ne peut savoir quelle sera cette ampleur sur une période de cinq ans. Le quantum de ces obligations peut, comme le montrent les faits de la présente espèce, fluctuer radicalement pendant cet intervalle. De telles obligations peuvent rendre très difficile l'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur et plus difficile encore la juste répartition des paiements entre les créanciers.

[178] Je conviens certes que la protection des régimes de retraite constitue un objectif important, mais il n'appartient pas à la Cour de décider de la mesure dans laquelle cet objectif sera poursuivi ou d'autres intérêts en souffriront. Dans sa conclusion, la juge Deschamps souligne que même si la protection des régimes de retraite constitue un objectif valable, les tribunaux ne doivent pas recourir à l'équité pour modifier les priorités du législateur qui sous-tendent la *LACC*. Il s'agit d'une question de politique générale, et les tribunaux doivent déférer à la décision du législateur (motifs de la juge Deschamps, par. 82). À mon avis, les propos de ma collègue sur ce point valent également pour les décisions de politique générale qui sous-tendent le texte de la *LRR*. Il appartient à l'Assemblée législative de l'Ontario de décider du degré de protection qu'il convient d'accorder aux bénéficiaires d'un régime de retraite. Au vu du

In short, the interpretation I would adopt is consistent with a balanced approach to protection of benefits which the legislature intended.

[179] For these reasons, I am of the respectful view that the Court of Appeal erred in finding that the s. 57(4) deemed trust applied to the wind-up deficiency.

B. *Second Issue: Did the Court of Appeal Err in Finding That Indalex Breached the Fiduciary Duties it Owed to the Pension Beneficiaries as the Plans' Administrator and in Imposing a Constructive Trust as a Remedy?*

(1) Introduction

[180] The Court of Appeal found that during the CCAA proceedings Indalex breached its fiduciary obligations as administrator of the pension plans: para. 116. As a remedy, it imposed a remedial constructive trust over the reserve fund, effectively giving the plan beneficiaries recovery of 100 cents on the dollar in priority to all other creditors, including creditors entitled to the super priority ordered by the CCAA court.

[181] The breaches identified by the Court of Appeal fall into three categories. First, Indalex breached the prohibition against a fiduciary being in a position of conflict of interest because its interests in dealing with its insolvency conflicted with its duties as plan administrator to act in the best interests of the plans' members and beneficiaries: para. 142. According to the Court of Appeal, the simple fact that Indalex found itself in this position of conflict of interest was, of itself, a breach of its fiduciary duty as plan administrator. Second, Indalex breached its fiduciary duty by applying, without notice to the plans' beneficiaries, for CCAA protection: para. 139. Third, Indalex

libellé de la *LRR*, j'hésite à inférer que le législateur a voulu conférer une vaste protection avec tous les inconvénients que cela pouvait comporter. En somme, l'interprétation que je préconise s'accorde avec l'approche équilibrée du législateur dans la protection du droit à des prestations.

[179] C'est pourquoi j'estime que la Cour d'appel a tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) vise le déficit de liquidation.

B. *Deuxième question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure qu'Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires en tant qu'administrateur des régimes de retraite et d'imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation?*

(1) Introduction

[180] La Cour d'appel conclut que, dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires d'administrateur des régimes de retraite (par. 116). En guise de réparation, elle impose une fiducie par interprétation à l'égard du fonds de réserve et permet ainsi aux bénéficiaires des régimes de retraite de recouvrer l'intégralité de leur créance de préférence à tous les autres créanciers, notamment ceux auxquels le tribunal a accordé une superpriorité sous le régime de la *LACC*.

[181] Les manquements relevés par la Cour d'appel sont de trois ordres. D'abord, Indalex n'a pas respecté l'interdiction faite au fiduciaire de se trouver en conflit d'intérêts car, dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*, ses intérêts d'entreprise insolvable s'opposaient à son obligation d'administrateur d'agir au mieux des intérêts des participants et des bénéficiaires des régimes (par. 142). Selon la Cour d'appel, ce conflit d'intérêts constituait à lui seul un manquement d'Indalex à ses obligations fiduciaires d'administrateur des régimes. Deuxièmement, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires en demandant, sans en informer au préalable les

breached its fiduciary duty by seeking and/or obtaining various relief in the CCAA proceedings including the “super priority” in favour of the DIP lenders, approval of the sale of the business knowing that no payment would be made to the underfunded plans over the statutory deemed trusts and seeking to be put into bankruptcy with the intention of defeating the deemed trust claims: para. 139. As a remedy for these breaches of fiduciary duty the court imposed a constructive trust.

[182] In my view, the Court of Appeal took much too expansive a view of the fiduciary duties owed by Indalex as plan administrator and found breaches where there were none. As I see it, the only breach of fiduciary duty committed by Indalex occurred when, upon insolvency, Indalex’s corporate interests were in obvious conflict with its fiduciary duty as plan administrator to ensure that all contributions were made to the plans when due. The breach was not in failing to avoid this conflict — the conflict itself was unavoidable. Its breach was in failing to address the conflict to ensure that the plan beneficiaries had the opportunity to have representation in the CCAA proceedings as if there were independent plan administrators. I also conclude that a remedial constructive trust is not available as a remedy for this breach.

[183] This part of the appeals requires us to answer two questions which I will address in turn:

- (i) What fiduciary duties did Indalex have in its role as plan administrator and did it breach them?
- (ii) If so, was imposition of a constructive trust an appropriate remedy?

bénéficiaires des régimes, la protection offerte par la LACC (par. 139). Troisièmement, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires en sollicitant puis en obtenant diverses mesures dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC, dont la « super-priorité » de la créance des prêteurs DE, l’approbation de la vente de l’entreprise alors qu’elle savait que nul versement ne serait fait aux régimes sous-capitalisés en sus des sommes protégées par les fiducies réputées d’origine législative, et en demandant sa mise en faillite dans l’intention de faire échec aux prétentions relatives à la fiducie réputée (par. 139). En guise de réparation de ces manquements à l’obligation fiduciaire, la cour a imposé une fiducie par interprétation.

[182] À mon sens, la Cour d’appel confère une portée excessive aux obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes et elle relève des manquements qui n’en sont pas. Indalex a seulement manqué à son obligation fiduciaire lorsque, une fois devenue insolvable, ses intérêts sont clairement entrés en conflit avec son obligation fiduciaire d’administrateur d’assurer le versement aux régimes de toutes les cotisations devenues exigibles. Son manquement réside dans l’omission non pas d’éviter ce conflit, qui était en soi inévitable, mais de pallier le problème en veillant à ce que les bénéficiaires des régimes puissent être représentés dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant. Je conclus également que la fiducie par interprétation ne saurait être accordée à titre de réparation pour ce manquement.

[183] Ce volet des pourvois commande de répondre à deux questions que j’examine successivement :

- (i) Quelles étaient les obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes de retraite, et y a-t-il eu manquement à ces obligations?
- (ii) Dans l’affirmative, l’imposition d’une fiducie par interprétation constituait-elle une réparation appropriée?

(2) What Fiduciary Duties Did Indalex Have in its Role as Plan Administrator and Did it Breach Those Duties?

(a) *Legal Principles*

[184] The appellants do not dispute that Indalex, in its role of administrator of the plans, had fiduciary duties to the members of the plan and that when it is acting in that role it can only act in the interests of the plans' beneficiaries. It is not necessary for present purposes to decide whether a pension plan administrator is a *per se* or *ad hoc* fiduciary, although it must surely be rare that a pension plan administrator would not have fiduciary duties in carrying out that role: *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, at para. 41, aff'g 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1, at para. 55.

[185] However, the conclusion that Indalex as plan administrator had fiduciary duties to the plan beneficiaries is the beginning, not the end of the inquiry. This is because fiduciary duties do not exist at large, but arise from and relate to the specific legal interests at stake: *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at para. 31. As La Forest J. put it in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574:

The obligation imposed [on a fiduciary] may vary in its specific substance depending on the relationship [N]ot every legal claim arising out of a relationship with fiduciary incidents will give rise to a claim for breach of fiduciary duty. . . .

It is only in relation to breaches of the specific obligations imposed because the relationship is one characterized as fiduciary that a claim for breach of fiduciary duty can be founded. . . . [Emphasis added; pp. 646-47.]

[186] The nature and scope of the fiduciary duty must, therefore, be assessed in the legal framework governing the relationship out of which the

(2) Quelles étaient les obligations fiduciaires d'Indalex en tant qu'administrateur des régimes de retraite, et y a-t-il eu manquement à ces obligations?

a) *Principes juridiques*

[184] Les appelants ne contestent pas que, en tant qu'administrateur des régimes de retraite, Indalex avait des obligations fiduciaires envers les participants et que, à ce titre, elle ne pouvait agir que dans l'intérêt des bénéficiaires des régimes. Point n'est besoin, aux fins du pourvoi, de déterminer si l'administrateur d'un régime de retraite est fiduciaire en soi ou *ad hoc*, bien qu'il soit assurément rare qu'un tel administrateur n'ait pas d'obligations fiduciaires dans l'exercice de cette fonction (*Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, par. 41, conf. 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1, par. 55).

[185] Or, la conclusion portant que, à titre d'administrateur des régimes, Indalex avait des obligations fiduciaires envers les bénéficiaires marque le début de l'examen, et non sa fin, car les obligations fiduciaires n'existent pas en général, mais découlent des intérêts juridiques qui sont précisément en jeu et s'y rattachent (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 31). Comme l'affirme le juge La Forest dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574 :

La nature particulière de cette obligation [du fiduciaire] peut varier selon les rapports concernés [. . .] [C]e ne sont pas tous les droits découlant de rapports présentant des caractéristiques fiduciaires qui justifient une demande pour manquement à une obligation fiduciaire. . .

La prétention qu'il y a manquement à une obligation fiduciaire ne peut se fonder que sur le manquement aux obligations particulières qui découlent des rapports dits fiduciaires. . . [Je souligne; p. 646-647.]

[186] Il convient donc d'apprécier la nature et la portée de l'obligation fiduciaire dans le cadre juridique applicable à la relation dont est issue cette

fiduciary duty arises: see, e.g., *Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175, at para. 141; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at paras. 36-37; *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403, at para. 41. So, for example, as a general rule, a fiduciary has a duty of loyalty including the duty to avoid conflicts of interest: see, e.g., *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, at para. 35; *Lac Minerals*, at pp. 646-47. However, this general rule may have to be modified in light of the legal framework within which a particular fiduciary duty must be exercised. In my respectful view, this is such a case.

(b) *The Legal Framework of Indalex's Dual Role as a Plan Administrator and Employer*

[187] In order to define the nature and scope of Indalex's role and fiduciary obligations as a plan administrator, we must examine the legal framework within which the administrator functions. This framework is established primarily by the plan documents and the relevant provisions of the *PBA*. It is to these sources, first and foremost, that we look in order to shape the specific fiduciary duties owed in this context.

[188] Turning first to the plan documents, I take the salaried plan as an example. Under it, the company is appointed the plan administrator: art. 13.01. The term "Company" is defined to mean Indalex Limited and any reference in the plan to actions taken or discretion to be exercised by the Company means Indalex acting through the board of directors or any person authorized by the board for the purposes of the plan: art. 2.09. Article 13.01 provides that the "Management Committee of the Board of Directors of the Company will appoint a Pension and Benefits Committee to act on behalf of the Company in its capacity as administrator of the Plan. The Pension and Benefits Committee will decide conclusively all matters relating to the operation, interpretation and application of the Plan".

obligation (voir, p. ex., *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175, par. 141; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 36-37; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403, par. 41). À titre d'exemple, la règle générale veut que le fiduciaire ait un devoir de loyauté doublé d'une obligation d'éviter tout conflit d'intérêts (voir, p. ex., *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, par. 35; *Lac Minerals*, p. 646-647). Toutefois, il peut se révéler nécessaire d'adapter cette règle générale au cadre juridique dans lequel doit être exercée une obligation fiduciaire en particulier. Tel est, à mon humble avis, le cas en l'espèce.

b) *Le cadre juridique de la double fonction d'Indalex à titre d'administrateur de régime et d'employeur*

[187] Pour déterminer la nature et la portée de la fonction et des obligations fiduciaires d'Indalex en tant qu'administrateur des régimes, nous devons considérer le cadre juridique dans lequel évolue l'administrateur. Ce cadre juridique découle principalement des documents constitutifs des régimes de retraite et des dispositions pertinentes de la *LRR*, des sources qui doivent être examinées avant toutes autres pour déterminer les obligations fiduciaires spécifiques qui incombent à l'administrateur dans ce contexte.

[188] En ce qui concerne d'abord les documents constitutifs des régimes de retraite, considérons ceux relatifs au régime des salariés. Ils confient à la société l'administration du régime (art. 13.01). Le terme « société » s'entend d'Indalex Limited, et toute mention par le régime d'une mesure prise ou d'un pouvoir discrétionnaire exercé par la société suppose qu'Indalex agit par l'entremise du conseil d'administration ou d'une personne autorisée par celui-ci aux fins du régime (art. 2.09). Suivant l'art. 13.01, le [TRADUCTION] « comité de gestion du conseil d'administration de la société nomme un comité de retraite et de prestations pour agir au nom de la société dans l'exercice de sa fonction d'administrateur du régime. Le comité de retraite et de prestations se prononce de manière définitive

Thus, the Pension and Benefits Committee is to act on behalf of the company and by virtue of art. 2.09 its acts are considered those of the company. Article 13.02 sets out the duties of the Pension and Benefits Committee which include the “performance of all administrative functions not performed by the Funding Agent, the Actuary or any group annuity contract issuer”: art. 13.02(1).

[189] The plan administrator also has statutory powers and duties by virtue of the *PBA*. Section 22 lists the general duties of plan administrators, three of which are particularly relevant to these appeals:

22. (1) [Care, diligence and skill] The administrator of a pension plan shall exercise the care, diligence and skill in the administration and investment of the pension fund that a person of ordinary prudence would exercise in dealing with the property of another person.

(2) [Special knowledge and skill] The administrator of a pension plan shall use in the administration of the pension plan and in the administration and investment of the pension fund all relevant knowledge and skill that the administrator possesses or, by reason of the administrator’s profession, business or calling, ought to possess.

(4) [Conflict of interest] An administrator or, if the administrator is a pension committee or a board of trustees, a member of the committee or board that is the administrator of a pension plan shall not knowingly permit the administrator’s interest to conflict with the administrator’s duties and powers in respect of the pension fund.

[190] Not surprisingly, the powers and duties conferred on the administrator by the legislation are administrative in nature. For the most part they pertain to the internal management of the pension fund and to the relationship among the pension administrator, the beneficiaries, and the Superintendent of Financial Services (“Superintendent”). The list includes: applying

sur toute question relative au fonctionnement, à l’interprétation et à l’application du régime ». Le comité de retraite et de prestations a donc pour mandat d’agir pour le compte de la société et, suivant l’art. 2.09, ses actes sont assimilés à ceux de la société. L’article 13.02 énonce les fonctions du comité, dont l’exercice de toute fonction administrative qui ne relève pas du gestionnaire de la caisse, de l’actuaire ou de l’émetteur de tout contrat de rente collective (par. 13.02(1)).

[189] La *LRR* attribue également pouvoirs et obligations à l’administrateur d’un régime. L’article 22 énumère les obligations générales faites à l’administrateur, dont trois importent particulièrement dans les présents pourvois :

22. (1) [Soin, diligence et compétence] L’administrateur d’un régime de retraite apporte à l’administration et au placement des fonds de la caisse de retraite le soin, la diligence et la compétence qu’une personne d’une prudence normale exercerait relativement à la gestion des biens d’autrui.

(2) [Connaissances et compétences particulières] L’administrateur d’un régime de retraite apporte à l’administration du régime de retraite et à l’administration et au placement des fonds de la caisse de retraite toutes les connaissances et compétences pertinentes que l’administrateur possède ou devrait posséder en raison de sa profession, de ses affaires ou de sa vocation.

(4) [Conflit d’intérêts] L’administrateur, ou si l’administrateur est un comité de retraite ou un conseil de fiduciaires, un membre du comité ou du conseil qui est l’administrateur du régime de retraite ne permet pas sciemment que son intérêt entre en conflit avec ses attributions à l’égard du régime de retraite.

[190] Il n’est pas étonnant que les pouvoirs et les obligations légaux de l’administrateur soient de nature administrative. La plupart ont trait à la gestion interne de la caisse de retraite et à la relation entre l’administrateur du régime de retraite, les bénéficiaires et le surintendant des services financiers (le « surintendant »). Mentionnons la demande au surintendant d’enregistrer le régime ou de le

to the Superintendent for registration of the plan and any amendments to it as well as filing annual information returns: ss. 9, 12 and 20 of the *PBA*; providing beneficiaries and eligible potential beneficiaries with information and documents: s. 10(1)12 and 25; ensuring that the plan is administered in accordance with the *PBA* and its regulations and plan documents: s. 19; notifying beneficiaries of proposed amendments to the plan that would reduce benefits: s. 26; paying commuted value for pensions: s. 42; and filing wind-up reports if the plan is terminated: s. 70.

[191] Of special relevance for this case are two additional provisions. Under s. 56, the administrator has a duty to ensure that pension payments are made when due and to notify the Superintendent if they are not and, under s. 59, the administrator has the authority to commence court proceedings when pension payments are not made.

[192] The fiduciary duties that employer-administrators owe to plan beneficiaries relate to the statutory and other tasks described above; these are the “specific legal interests” with respect to which the employer-administrator’s fiduciary duties attach.

[193] Another important aspect of the legal context for Indalex’s fiduciary duties as a plan administrator is that it was acting in the dual role of an employer-administrator. This dual role is expressly permitted under s. 8(1)(a) of the *PBA*, but this provision creates a situation where a single entity potentially owes two sets of fiduciary duties (one to the corporation and the other to the plan members).

[194] This was the case for Indalex. As an employer-administrator, Indalex acted through its board of directors and so it was that body which owed fiduciary duties to the plan members. The board of directors also owed a fiduciary duty to the company to act in its best interests: *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1)(a); *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*,

modifier, et le dépôt de la déclaration annuelle (art. 9, 12 et 20 de la *LRR*), la transmission aux bénéficiaires et aux bénéficiaires éventuels admissibles de renseignements et de documents (par. 10(1)12 et art. 25), l’observation de la *LRR* et de son règlement d’application, ainsi que des documents constitutifs du régime (art. 19), l’envoi aux bénéficiaires d’un avis relatif à une modification projetée qui réduirait les prestations (art. 26), le paiement de la valeur de rachat d’une pension différée (art. 42) et le dépôt d’un rapport de liquidation advenant la cessation du régime (art. 70).

[191] Deux autres dispositions importent particulièrement en l’espèce. L’article 56 dispose que l’administrateur a l’obligation de veiller à ce que les cotisations soient versées à la date d’exigibilité et d’en informer le surintendant lorsqu’elles ne l’ont pas été; l’art. 59 habilite l’administrateur à engager une instance judiciaire en cas de défaut de paiement.

[192] Les obligations fiduciaires de l’employeur-administrateur envers les bénéficiaires d’un régime ont trait aux attributions légales et autres susmentionnées; il s’agit des « intérêts juridiques particuliers » auxquels se rattachent les obligations fiduciaires de l’employeur-administrateur.

[193] Un autre aspect important du contexte juridique dans lequel s’inscrivent les obligations fiduciaires d’Indalex à titre d’administrateur des régimes tient à sa double fonction d’employeur et d’administrateur. L’alinéa 8(1)a) de la *LRR* autorise expressément ce double rôle, mais il crée une situation où une même entité peut devoir s’acquitter de deux ensembles distincts d’obligations fiduciaires (les unes envers la société, les autres envers les participants du régime de retraite).

[194] Telle était la situation d’Indalex. À titre d’employeur-administrateur, Indalex agissait par l’entremise de son conseil d’administration, de sorte que ce dernier avait des obligations fiduciaires envers les participants des régimes. Le conseil d’administration avait également l’obligation fiduciaire d’agir au mieux des intérêts de la société (*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C.

2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, at para. 36. In deciding what is in the best interests of the corporation, a board may look to the interests of shareholders, employees, creditors and others. But where those interests are not aligned or may conflict, it is for the directors, acting lawfully and through the exercise of business judgment, to decide what is in the overall best interests of the corporation. Thus, the board of Indalex, as an employer-administrator, could not always act exclusively in the interests of the plan beneficiaries; it also owed duties to Indalex as a corporation.

(c) *Breaches of Fiduciary Duty*

[195] Against the background of these legal principles, I turn to consider the Court of Appeal's findings in relation to Indalex's breach of its fiduciary duties as administrator of the plans. As noted, they fall into three categories: being in a conflict of interest position; taking steps to reduce pension obligations in the CCAA proceedings; and seeking bankruptcy status.

(i) Conflict of Interest

[196] The questions here are first what constitutes a conflict of interest or duty between Indalex as business decision-maker and Indalex as plan administrator and what must be done when a conflict arises?

[197] The Court of Appeal in effect concluded that a conflict of interest arises whenever Indalex makes business decisions that have "the potential to affect the Plans beneficiaries' rights" (para. 132) and that whenever such a conflict of interest arose, the employer-administrator was immediately in breach of its fiduciary duties to the plan members. Respectfully, this position puts the matter far too broadly. It cannot be the case that a conflict

1985, ch. C-44, al. 122(1)a); *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, par. 36). Pour déterminer ce qui est au mieux des intérêts de l'entreprise, le conseil d'administration peut considérer les intérêts des actionnaires, des employés, des créanciers et d'autres personnes. Or, lorsque ces intérêts ne sont pas concordants ou peuvent entrer en conflit, il appartient aux administrateurs, dans le respect de la loi et dans l'exercice de son appréciation commerciale, de déterminer ce qui sert au mieux les intérêts de la société. Par conséquent, le conseil d'administration d'Indalex, en tant qu'employeur-administrateur, ne pouvait pas toujours agir dans le seul intérêt des bénéficiaires des régimes, mais devait aussi s'acquitter de ses obligations envers la société Indalex.

c) *Manquements à l'obligation fiduciaire*

[195] Au vu de ces principes juridiques, j'examine les conclusions de la Cour d'appel concernant les manquements d'Indalex à ses obligations fiduciaires à titre d'administrateur des régimes. Je le répète, ces manquements sont de trois ordres : l'existence du conflit d'intérêts, les mesures prises dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC pour réduire ses obligations vis-à-vis des régimes de retraite et la demande présentée en vue de faire faillite.

(i) Conflit d'intérêts

[196] Il faut d'abord se demander en quoi consiste, dans le cas d'Indalex, un conflit d'intérêts ou d'obligations entre sa fonction de décideur commercial et celle d'administrateur de régime, et quelles mesures elle doit alors prendre?

[197] La Cour d'appel conclut en fait qu'il y a un conflit d'intérêts dès qu'Indalex prend une décision de nature commerciale [TRANSLATION] « susceptible d'avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132) et qu'il y a alors un manquement immédiat de l'employeur-administrateur à ses obligations fiduciaires envers les participants des régimes de retraite. En toute déférence, il s'agit d'une interprétation beaucoup

arises simply because the employer, exercising its management powers in the best interests of the corporation, does something that has the potential to affect the plan beneficiaries.

[198] This conclusion flows inevitably from the statutory context. The existence of apparent conflicts that are inherent in the two roles being performed by the same party cannot be a breach of fiduciary duty because those conflicts are specifically authorized by the statute which permits one party to play both roles. As noted earlier, the *PBA* specifically permits employers to act as plan administrators (s. 8(1)(a)). Moreover, the broader business interests of the employer corporation and the interests of pension beneficiaries in getting the promised benefits are almost always at least potentially in conflict. Every important business decision has the potential to put at risk the solvency of the corporation and therefore its ability to live up to its pension obligations. The employer, within the limits set out in the plan documents and the legislation generally, has the authority to amend the plan unilaterally and even to terminate it. These steps may well not serve the best interests of plan beneficiaries.

[199] Similarly, the simple existence of the sort of conflicts of interest identified by the Court of Appeal — those inherent in the employer’s exercise of business judgment — cannot of themselves be a breach of the administrator’s fiduciary duty. Once again, that conclusion is inconsistent with the statutory scheme that expressly permits an employer to act as plan administrator.

[200] How, then, should we identify conflicts of interest in this context?

[201] In *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, Binnie J. referred to the *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), at § 121, to explain when a conflict of interest occurs in the

trop extensive. On ne saurait dire qu’il y a conflit d’intérêts uniquement parce que l’employeur, dans l’exercice de son pouvoir de gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, prend une mesure susceptible d’avoir une incidence sur les bénéficiaires des régimes.

[198] Telle est la conclusion qui découle nécessairement du contexte législatif. L’existence de conflits apparents qui sont inhérents à la double fonction exercée par une même personne ne peut constituer un manquement à l’obligation fiduciaire, car ces conflits sont expressément autorisés par la loi, laquelle permet à une personne d’exercer les deux fonctions. Rappelons que la *LRR* permet expressément à l’employeur d’administrer un régime (al. 8(1)a)). En outre, les intérêts commerciaux de la société-employeur en général et les intérêts des bénéficiaires d’un régime de retraite liés à l’obtention des prestations promises risquent presque toujours d’entrer en conflit. Toute décision commerciale importante est susceptible de nuire à la solvabilité de la société et, partant, à sa capacité de respecter ses obligations à l’égard du régime. Sous réserve des limites prévues par les documents constitutifs du régime de retraite et de la loi en général, l’employeur peut modifier unilatéralement le régime, voire y mettre fin, des mesures qui peuvent fort bien ne pas cadrer avec les intérêts des bénéficiaires du régime.

[199] De même, les conflits d’intérêts relevés par la Cour d’appel — ceux inhérents à l’appréciation commerciale de l’employeur — ne peuvent emporter à eux seuls le manquement à l’obligation fiduciaire de l’administrateur. Là encore, c’est ce qui appert du régime législatif, qui permet expressément à l’employeur d’administrer un régime.

[200] Comment devons-nous donc déterminer s’il y a conflit d’intérêts dans ce contexte?

[201] Dans *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, le juge Binnie renvoie au *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), § 121, pour expliquer à quelles conditions il y a conflit

context of the lawyer-client relationship: para. 31. In my view, the same general principle, adapted to the circumstances, applies with respect to employer-administrators. Thus, a situation of conflict of interest occurs when there is a substantial risk that the employer-administrator's representation of the plan beneficiaries would be materially and adversely affected by the employer-administrator's duties to the corporation. I would recall here, however, that the employer-administrator's obligation to represent the plan beneficiaries extends only to those tasks and duties that I have described above.

[202] In light of the foregoing, I am of the view that the Court of Appeal erred when it found, in effect, that a conflict of interest arose whenever Indalex was making decisions that "had the potential to affect the Plans beneficiaries' rights": para. 132. The Court of Appeal expressed both the potential for conflict of interest or duty and the fiduciary duty of the plan administrator much too broadly.

(ii) Steps in the CCAA Proceedings to Reduce Pension Obligations and Notice of Them

[203] The Court of Appeal found that Indalex breached its fiduciary duty simply by commencing CCAA proceedings knowing that the plans were underfunded and by failing to give the plan beneficiaries notice of the proceedings: para. 139. As I understand the court's reasons, the decision to commence CCAA proceedings was solely the responsibility of the corporation and not part of the administration of the pension plan: para. 131. The difficulty which the Court of Appeal saw arose from the potential of the CCAA proceedings to result in a reduction of the corporation's pension obligations to the prejudice of the beneficiaries: paras. 131-32.

[204] I respectfully disagree. Like Justice Deschamps, I find that seeking an initial order protecting the corporation from actions by its creditors did not, on its own, give rise to any conflict of interest or duty on the part of Indalex (reasons of Justice Deschamps, at para. 72).

d'intérêts dans le cadre de la relation entre l'avocat et son client (par. 31). À mon avis, le même principe général, adapté aux circonstances, vaut pour l'employeur-administrateur. Il y a donc conflit d'intérêts lorsqu'il existe un risque important que les obligations de l'employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d'un régime. Je rappelle cependant que l'obligation de l'employeur-administrateur de représenter les bénéficiaires d'un régime ne s'entend que des attributions et des fonctions énoncées précédemment.

[202] J'estime dès lors que la Cour d'appel a tort de conclure qu'il y avait conflit d'intérêts aussitôt qu'Indalex prenait une décision [TRADUCTION] « susceptible d'avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132). Elle interprète de manière beaucoup trop extensive la notion de conflit éventuel d'intérêts ou d'obligations et celle d'obligation fiduciaire de l'administrateur d'un régime.

(ii) Mesures prises par Indalex dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC afin de réduire ses obligations vis-à-vis des régimes de retraite et avis de ces mesures

[203] Pour la Cour d'appel, Indalex a manqué à son obligation fiduciaire du seul fait qu'elle a engagé une procédure en application de la LACC tout en sachant que les régimes étaient sous-capitalisés, et ce, sans en informer au préalable les bénéficiaires des régimes (par. 139). Si j'interprète bien ses motifs, la décision d'entreprendre cette démarche relevait uniquement de l'administration de la société, et non de l'administration des régimes de retraite (par. 131). La difficulté résidait selon elle dans le risque que la procédure réduise les obligations de la société vis-à-vis des régimes de retraite au détriment des bénéficiaires (par. 131-132).

[204] En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Comme ma collègue la juge Deschamps, j'estime que, à elle-seule, la mesure initiale visant à protéger la société contre ses créanciers ne plaçait pas Indalex en situation de conflit d'intérêts ou d'obligations (motifs de la juge Deschamps, par. 72).

[205] First, it is important to remember that the purpose of CCAA proceedings is not to disadvantage creditors but rather to try to provide a constructive solution for all stakeholders when a company has become insolvent. As my colleague, Deschamps J. observed in *Century Services*, at para. 15:

... the purpose of the CCAA ... is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets.

In the same decision, at para. 59, Deschamps J. also quoted with approval the following passage from the reasons of Doherty J.A. in *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, at para. 57 (dissenting):

The legislation is remedial in the purest sense in that it provides a means whereby the devastating social and economic effects of bankruptcy or creditor initiated termination of ongoing business operations can be avoided while a court-supervised attempt to reorganize the financial affairs of the debtor company is made.

For this reason, I would be very reluctant to find that, simply by virtue of embarking on CCAA proceedings, an employer-administrator breaches its duties to plan members.

[206] Second, the facts of this case do not support the contention that the interests of the plan beneficiaries and the employer were in conflict with respect to the decision to seek CCAA protection. It cannot seriously be suggested that some other course would have protected more fully the rights of the plan beneficiaries. The Court of Appeal did not suggest an alternative to seeking CCAA protection from creditors, nor did any of the parties. Indalex was in serious financial difficulty and its options were limited: either make a proposal to its creditors (under the CCAA or under the BIA), or go bankrupt. Moreover, the plan administrator's duty and authority do not extend to ensuring the solvency of the corporation and an independent administrator could not reasonably expect to be

[205] Premièrement, il importe de rappeler que la procédure de la LACC n'a pas pour objet de défavoriser les créanciers, mais bien de trouver une solution à l'insolvabilité d'une société qui soit constructive pour tous les intéressés. Comme le fait remarquer ma collègue la juge Deschamps dans *Century Services*, au par. 15 :

... la LACC [...] a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif.

Dans le même arrêt (par. 59), elle cite également en l'approuvant l'extrait suivant des motifs du juge Doherty, dissident, dans *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57 :

[TRADUCTION] La loi est réparatrice au sens le plus pur du terme, en ce qu'elle fournit un moyen d'éviter les effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu'économique — de la faillite ou de l'arrêt des activités d'une entreprise, à l'initiati[ve] des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

C'est pourquoi j'incline très peu à conclure que l'employeur-administrateur manque à ses obligations envers les participants des régimes de retraite du seul fait qu'il engage une procédure sur le fondement de la LACC.

[206] Deuxièmement, les faits de la présente affaire n'appuient pas la prétention selon laquelle les intérêts de l'employeur s'opposaient à ceux des bénéficiaires des régimes quant à la décision de se prévaloir ou non de la protection de la LACC. On ne saurait sérieusement soutenir qu'une autre mesure aurait protégé davantage les droits des bénéficiaires des régimes. Ni la Cour d'appel ni les parties n'avancent quelque autre solution qui eût été préférable à la protection contre les créanciers demandée sous le régime de la LACC. Indalex éprouvait de graves difficultés financières et ses options étaient limitées : elle pouvait présenter une proposition à ses créanciers (suivant la LACC ou la LFI) ou faire faillite. Qui plus est, les attributions de l'administrateur des régimes

consulted about the plan sponsor's decision to seek CCAA protection. Finally, the application for CCAA proceedings did not reduce pension obligations other than to temporarily relieve the corporation of making special payments and it was the only step with any prospect of the pension funds obtaining from the insolvent corporation the money that would become due. There was thus no conflict of duty or interest between the administrator and the employer when protective action was taken for the purpose of preserving the *status quo* for the benefit of all stakeholders.

[207] The Court of Appeal also found that it was a breach of fiduciary duty not to give the plan beneficiaries notice of the initial application for CCAA protection. Again, here, I must join Deschamps J. in disagreeing with the Court of Appeal's conclusion. Section 11(1) of the CCAA, as it stood at the time of the proceedings, provided that parties could commence CCAA proceedings without giving notice to interested persons:

11. (1) Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

[208] This provision was renumbered but not substantially changed when the Act was amended in September of 2009 (S.C. 2005, c. 47, s. 128, in force Sept. 18, 2009, SI/2009-68). Although it is not appropriate in every case, CCAA courts have discretion to make initial orders on an *ex parte* basis. This may be an appropriate — even necessary — step in order to prevent “creditors from moving to realize on their claims, essentially a ‘stampede to the assets’ once creditors learn of the debtor’s financial distress”: J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement*

n’englobaient pas le fait d’assurer la solvabilité de la société, et un administrateur indépendant n’aurait pu raisonnablement s’attendre à être consulté relativement à la décision du promoteur des régimes de se prévaloir de la protection de la LACC. Enfin, la demande présentée sur le fondement de la LACC n’a pas réduit les obligations de l’employeur vis-à-vis des régimes de retraite, si ce n’est temporairement quant à l’obligation d’effectuer des paiements spéciaux, et c’était la seule mesure susceptible de permettre aux régimes de retraite d’obtenir de la société insolvable les sommes qui leur étaient dues. L’administrateur-employeur ne s’est donc pas trouvé en conflit d’intérêts ou d’obligations lorsqu’il a demandé protection afin de demeurer en exploitation au bénéfice de tous les intéressés.

[207] La Cour d’appel conclut en outre que la société a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de donner aux bénéficiaires des régimes un avis de sa demande initiale de protection sous le régime de la LACC. Je me range encore une fois à l’opinion de ma collègue la juge Deschamps, qui exprime son désaccord avec cette conclusion. Dans sa version en vigueur au moment de la procédure, le par. 11(1) de la LACC disposait qu’une partie pouvait engager une procédure sous le régime de la LACC sans en donner avis aux intéressés :

11. (1) Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu’une demande est faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, le tribunal, sur demande d’un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l’ordonnance prévue au présent article.

[208] Malgré la nouvelle numérotation issue des modifications apportées à la Loi en septembre 2009 (L.C. 2005, ch. 47, art. 128, entrée en vigueur le 18 septembre 2009, TR/2009-68), la disposition est foncièrement demeurée la même. Le tribunal saisi en vertu de la LACC dispose du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance initiale *ex parte*. L’exercice de ce pouvoir n’est pas toujours indiqué, mais il peut l’être, voire se révéler nécessaire, afin d’empêcher [TRADUCTION] « les créanciers de réaliser leurs créances en se ruant littéralement sur l’actif dès qu’ils sont informés des difficultés

Act (2007), at p. 55 (“*Rescue!*”); see also *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194, at para. 7. The respondents did not challenge Morawetz J.’s decision to exercise his discretion to make an *ex parte* order in this case.

[209] This is not to say, however, that *ex parte* initial orders will always be required or acceptable. Without attempting to be exhaustive or to express any final view on these issues, I simply note that there have been at least three ways in which courts have mitigated the possible negative effect on creditors of making orders without notice to potentially affected parties. First, courts have been reluctant to grant *ex parte* orders where the situation of the debtor company is not urgent. In *Rescue!*, Janis P. Sarra explains that courts are increasingly expecting applicants to have given notice before applying for a stay under the CCAA: p. 55. An example is *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47, a case in which Butler J. held that “[i]nitial applications in CCAA proceedings should not be brought without notice merely because it is an application under that Act. The material before the court must be sufficient to indicate an emergent situation”: para. 27. Second, courts have included “come-back” clauses in their initial orders so that parties could return to court at a later date to seek to set aside some or all of the order: *Rescue!*, at p. 55. Note that such a clause was included in the initial order by Morawetz J.: para. 46. Finally, courts have limited their initial orders to the issues that need to be resolved immediately and have left other issues to be resolved after all interested parties have been given notice. Thus, in *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169, Morawetz J. limited the initial CCAA order so that priorities were only granted over the party that had been given notice. The discussion of suspending special payments or granting creditors priority over pension beneficiaries was left to a later date, after the parties that would be affected had been given notice. A similar approach was taken in the case of *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII). In his initial CCAA order, Gascon J. put off the decision regarding the

financières du débiteur » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 55 (« *Rescue!* »); voir également *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194, par. 7). Les intimés ne contestent pas l’exercice par le juge Morawetz de son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance *ex parte* en l’espèce.

[209] Il ne s’ensuit cependant pas qu’il est toujours nécessaire ou acceptable de rendre une ordonnance initiale *ex parte*. Sans prétendre à l’exhaustivité ni vouloir trancher définitivement la question, je fais simplement remarquer l’existence d’au moins trois cas de figure où les tribunaux atténuent l’effet négatif que pourrait avoir sur les créanciers l’ordonnance rendue sans préavis aux parties susceptibles d’être touchées. Premièrement, lorsque la situation de la société débitrice n’est pas urgente, les tribunaux se montrent réticents à accorder une ordonnance *ex parte*. Dans *Rescue!*, Janis P. Sarra explique que les tribunaux s’attendent de plus en plus à ce que, avant de solliciter une suspension sous le régime de la LACC, la demanderesse informe les intéressés au préalable de son intention (p. 55). Par exemple, dans *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47, le juge Butler opine que, [TRADUCTION] « [d]ans le cadre d’une procédure fondée sur la LACC, une demande initiale ne saurait être présentée sans préavis pour le seul motif que cette loi s’applique. Les éléments présentés doivent permettre au tribunal de conclure à l’existence d’une situation d’urgence » (par. 27). Deuxièmement, dans l’ordonnance initiale, les tribunaux précisent que les parties peuvent présenter une nouvelle demande afin d’obtenir l’annulation de l’ordonnance en tout ou en partie (*Rescue!*, p. 55). Soulignons que l’ordonnance initiale du juge Morawetz confère cette faculté (par. 46). Enfin, les tribunaux ne rendent une ordonnance initiale qu’à l’égard des questions qui doivent être tranchées sans délai et ils diffèrent le règlement des autres jusqu’à ce que tous les intéressés aient reçu avis de la demande. Ainsi, dans *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169, le juge Morawetz circonscrit l’ordonnance initiale rendue en application de la LACC de telle sorte qu’une priorité n’est accordée qu’aux parties auxquelles un avis de la demande a été

suspension of past service contributions or special payments to the pension plans in question until the parties likely to be affected could be advised of the applicant's request: para. 7.

[210] Failure to give notice of the initial CCAA proceedings was not a breach of fiduciary duty in this case. Indalex's decision to act as an employer-administrator cannot give the plan beneficiaries any greater benefit than they would have if their plan was managed by a third party administrator. Had there been a third party administrator in this case, Indalex would not have been under an obligation to tell the administrator that it was planning to enter CCAA proceedings. The respondents are asking this Court to give the advantage of Indalex's knowledge as employer to Indalex as the plan administrator in circumstances where the employer would have been unlikely to disclose the information itself. I am not prepared to blur the line between employers and administrators in this way.

[211] I conclude that Indalex did not breach its fiduciary duty by commencing CCAA proceedings or by not giving notice to the plan beneficiaries of its intention to seek the initial CCAA order.

[212] I turn next to the Court of Appeal's conclusion that seeking and obtaining the DIP orders without notice to the plan beneficiaries and seeking and obtaining the sale approval order constituted breaches of fiduciary duty.

donné. La décision de suspendre ou non les paiements spéciaux ou d'octroyer ou non aux créanciers une priorité sur les bénéficiaires des régimes de retraite est reportée à une date ultérieure, soit jusqu'à ce que les parties susceptibles d'être touchées aient été avisées. Le tribunal adopte une démarche apparentée dans l'affaire *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII). Dans son ordonnance initiale fondée sur la LACC, le juge Gascon reporte la décision de suspendre ou non le versement des cotisations pour service antérieur ou des paiements spéciaux aux régimes de retraite en cause jusqu'à ce que les parties susceptibles d'être touchées reçoivent avis de la demande (par. 7).

[210] En l'espèce, l'omission de donner avis de la demande initiale présentée sur le fondement de la LACC ne constituait pas un manquement à l'obligation fiduciaire. La décision d'Indalex d'agir à titre d'employeur-administrateur ne peut conférer aux bénéficiaires des régimes plus d'avantages que si l'administration de leurs régimes avait été confiée à un tiers indépendant. Dans ce dernier cas, Indalex n'aurait pas été tenue de révéler à ce tiers son intention d'engager une procédure sous le régime de la LACC. Les intimés demandent à notre Cour d'attribuer à Indalex, l'administrateur, l'avantage que détient Indalex, l'employeur, grâce à sa connaissance de certaines données, dans des circonstances où l'employeur n'aurait vraisemblablement pas communiqué ces données. Je ne suis pas disposé à brouiller ainsi la distinction entre la fonction d'employeur et celle d'administrateur.

[211] Je conclus qu'Indalex n'a pas manqué à son obligation fiduciaire en engageant la procédure fondée sur la LACC ou en omettant d'informer les bénéficiaires des régimes de son intention d'obtenir une ordonnance initiale fondée sur la LACC.

[212] Je me penche maintenant sur la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la demande et l'obtention des ordonnances DE sans préavis aux bénéficiaires des régimes, ainsi que la demande et l'obtention de l'approbation de la vente constituaient des manquements à l'obligation fiduciaire.

[213] To begin, I agree with the Court of Appeal that “just because the initial decision to commence CCAA proceedings is solely a corporate one . . . does not mean that all subsequent decisions made during the proceedings are also solely corporate ones”: para. 132. It was at this point that Indalex’s interests as a corporation came into conflict with its duties as a pension plan administrator.

[214] The DIP orders could easily have the effect of making it impossible for Indalex to satisfy its funding obligations to the plan beneficiaries. When Indalex, through the exercise of business judgment, sought CCAA orders that would or might have this effect, it was in conflict with its duty as plan administrator to ensure that all contributions were paid when due.

[215] I do not think, however, that the simple existence of this conflict of interest and duty, on its own, was a breach of fiduciary duty in these circumstances. As discussed earlier, the *PBA* expressly permits an employer to be a pension administrator and the statutory provisions about conflict of interest must be understood and applied in light of that fact. Moreover, an independent plan administrator would have no decision-making role with respect to the conduct of CCAA proceedings. So in my view, the difficulty that arose here was not the existence of the conflict itself, but Indalex’s failure to take steps so that the plan beneficiaries would have the opportunity to have their interests protected in the CCAA proceedings as if the plans were administered by an independent administrator. In short, the difficulty was not the existence of the conflict, but the failure to address it.

[216] Despite Indalex’s failure to address its conflict of interest, the plan beneficiaries, through their own efforts, were represented at subsequent steps in the CCAA proceedings. The effect of Indalex’s

[213] D’abord, je conviens avec la Cour d’appel que [TRADUCTION] « même si la décision initiale d’engager une procédure sous le régime de la *LACC* est de nature strictement commerciale [. . .], toutes les décisions ultérieures prises pendant l’instance ne le sont pas pour autant » (par. 132). C’est à cette étape que les intérêts commerciaux d’Indalex sont entrés en conflit avec ses obligations d’administrateur des régimes de retraite.

[214] Les ordonnances DE auraient fort bien pu faire en sorte qu’Indalex ne puisse plus s’acquitter de ses obligations de capitalisation vis-à-vis des bénéficiaires des régimes. Lorsque, à l’issue de son appréciation commerciale et sur le fondement de la *LACC*, Indalex a sollicité des ordonnances qui auraient eu ou auraient pu avoir une telle conséquence, elle était en conflit avec son obligation d’administrateur des régimes de veiller au versement de toutes les cotisations dès leur exigibilité.

[215] Je ne crois cependant pas que la seule existence de ce conflit d’intérêts et d’obligations constituait en soi un manquement à l’obligation fiduciaire dans les circonstances. Je le rappelle, la *LRR* autorise expressément l’employeur à administrer un régime, et les dispositions législatives relatives au conflit d’intérêts doivent être interprétées et appliquées en conséquence. En outre, un administrateur indépendant n’aurait eu aucun rôle décisionnel à jouer dans le déroulement de la procédure fondée sur la *LACC*. À mon sens, la difficulté résidait en l’espèce non pas dans l’existence du conflit, mais bien dans l’omission d’Indalex de prendre quelque mesure afin que les bénéficiaires des régimes aient la possibilité de veiller à la protection de leurs intérêts dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant. En résumé, le manquement ne tenait pas à l’existence du conflit, mais plutôt à l’omission de prendre les mesures qu’elle commandait.

[216] Malgré l’omission d’Indalex de pallier le conflit d’intérêts, les bénéficiaires des régimes ont eux-mêmes pris des mesures pour être représentés aux étapes ultérieures de l’instance fondée sur la

breach was therefore mitigated, a point which I will discuss in greater detail when I turn to the issue of the constructive trust.

[217] Nevertheless, for the purposes of providing some guidance for future CCAA proceedings, I take this opportunity to briefly address what an employer-administrator can do to respond to these sorts of conflicts. First and foremost, an employer-administrator who finds itself in a conflict must bring the conflict to the attention of the CCAA judge. It is not enough to include the beneficiaries in the list of creditors; the judge must be made aware that the debtor, as an administrator of the plan is, or may be, in a conflict of interest.

[218] Given their expertise and their knowledge of particular cases, CCAA judges are well placed to decide how best to ensure that the interests of the plan beneficiaries are fully represented in the context of “real-time” litigation under the CCAA. Knowing of the conflict, a CCAA judge might consider it appropriate to appoint an independent administrator or independent counsel as *amicus curiae* on terms appropriate to the particular case. Indeed, there have been cases in which representative counsel have been appointed to represent tort claimants, clients, pensioners and non-unionized employees in CCAA proceedings on terms determined by the judge: *Rescue!*, at p. 278; see, e.g., *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206 (Ont. S.C.J.). In other circumstances, a CCAA judge might find that it is feasible to give notice directly to the pension beneficiaries. In my view, notice, though desirable, may not always be feasible and decisions on such matters should be left to the judicial discretion of the CCAA judge. Alternatively, the judge might consider limiting draws on the DIP facility until notice can be given to the beneficiaries: *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), at para. 24. Ultimately, the appropriate response or combination of responses should be left to the discretion of the CCAA judge in a particular case.

LACC. Les conséquences du manquement d’Indalex ont ainsi été atténuées; je reviendrai plus en détail sur ce point au moment de me pencher sur la fiducie par interprétation.

[217] Néanmoins, aux fins du bon déroulement de toute procédure susceptible d’être engagée ultérieurement en application de la *LACC*, je saisis l’occasion d’offrir des repères en examinant brièvement les mesures que l’employeur-administrateur pourrait prendre pour pallier un tel conflit. Avant toute chose, l’employeur-administrateur qui se trouve en situation de conflit doit en informer le juge saisi sur le fondement de la *LACC*. Il ne suffit pas d’inscrire les bénéficiaires sur la liste des créanciers; le juge doit être informé que le débiteur, en sa qualité d’administrateur de régime, est en conflit d’intérêts ou susceptible de l’être.

[218] Étant donné son expertise et ses connaissances dans ce domaine, le juge saisi en vertu de la *LACC* est bien placé pour déterminer la meilleure façon de faire en sorte que les bénéficiaires d’un régime soient dûment représentés au moment même où se déroule la procédure fondée sur la *LACC*. Informé de l’existence du conflit, le juge peut juger opportun de nommer, aux conditions qui lui paraissent indiquées, un administrateur ou un avocat indépendant à titre d’*amicus curiae*. Il est en effet arrivé qu’un juge nomme un avocat — et détermine les conditions de son mandat — pour représenter dans une instance fondée sur la *LACC* des personnes ayant intenté une action en responsabilité délictuelle, des clients, des pensionnés et des employés non syndiqués (*Rescue!*, p. 278; voir, p. ex., *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206 (C.S.J. Ont.)). Dans d’autres cas, le juge peut estimer qu’il est possible de donner avis aux bénéficiaires du régime sans recourir à quelque intermédiaire. À mon sens, la transmission d’un avis, même si elle est souhaitable, peut ne pas toujours être réaliste, et la décision s’y rapportant devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge. En revanche, le juge peut décider de limiter les prélèvements sur le financement DE jusqu’à ce que les bénéficiaires aient reçu un avis (*Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont.

The point, as well expressed by the Court of Appeal, is that the insolvent corporation which is also a pension plan administrator cannot “simply ignore its obligations as the Plans’ administrator once it decided to seek CCAA protection”: para. 132.

[219] I conclude that the Court of Appeal erred in finding that Indalex breached its fiduciary duties as plan administrator by taking the various steps it did in the CCAA proceedings. However, I agree with the Court of Appeal that it breached its fiduciary duty by failing to take steps to ensure that the plan beneficiaries had the opportunity to be as fully represented in those proceedings as if there had been an independent plan administrator.

(iii) The Bankruptcy Motion

[220] Indalex also applied to lift the CCAA stay so that it could file an assignment into bankruptcy. As Campbell J. put it, this was done “to ensure the priority regime [it] urged as the basis for resisting the deemed trust”: para. 52. The Court of Appeal concluded that this was a breach of Indalex’s fiduciary duties because the motion was brought “with the intention of defeating the deemed trust claims and ensuring that the Reserve Fund was transferred to [the U.S. debtors]”: para. 139. I respectfully disagree.

[221] It was certainly open to Indalex as an employer to bring a motion to voluntarily enter into bankruptcy. A pension plan administrator has no responsibility or authority in relation to that step. The problem here is not that the motion was brought, but that Indalex failed to meaningfully address the conflict between its corporate interests and its duties as plan administrator.

(Div. gén.), par. 24). En définitive, il appartient au juge d’exercer son pouvoir discrétionnaire et d’arrêter la ou les mesures appropriées. Comme l’exprime bien la Cour d’appel, ce qu’il faut se rappeler c’est que l’entreprise insolvable qui est également administrateur de régime ne peut [TRADUCTION] « simplement ignorer les obligations qui lui incombent en tant qu’administrateur des régimes une fois qu’elle a décidé de se prévaloir de la protection de la LACC » (par. 132).

[219] J’estime que la Cour d’appel conclut à tort qu’Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes en prenant diverses mesures dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Je conviens cependant avec elle qu’Indalex a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de faire ce qu’il fallait pour que les bénéficiaires des régimes puissent être dûment représentés dans le cadre de cette procédure comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant.

(iii) La motion présentée en vue de faire faillite

[220] Indalex a aussi demandé la levée de la suspension accordée sur le fondement de la LACC afin qu’elle puisse faire cession de ses biens. Comme le dit le juge Campbell, cette démarche [TRADUCTION] « visait à donner effet à l’ordre de priorité qu’Indalex faisait valoir à l’encontre de la fiducie réputée » (par. 52). La Cour d’appel conclut qu’il s’agit d’un manquement aux obligations fiduciaires d’Indalex, car la motion a été présentée [TRADUCTION] « afin de faire échec aux prétentions relatives à la fiducie réputée et d’obtenir le transfert du fonds de réserve aux [débitrices américaines] » (par. 139). En toute déférence, je ne suis pas d’accord.

[221] Il était certainement loisible à Indalex, l’employeur, de présenter une motion en vue de faire cession volontaire de ses biens. L’administrateur d’un régime de retraite n’a ni obligation, ni pouvoir à cet égard. Le problème en l’espèce tient non pas à la présentation de la motion, mais plutôt à ce qu’Indalex a omis de s’attaquer véritablement au problème du conflit entre ses intérêts commerciaux et ses obligations d’administrateur des régimes.

[222] To sum up, I conclude that Indalex did not breach any fiduciary duty by undertaking CCAA proceedings or seeking the relief that it did. The breach arose from Indalex's failure to ensure that its pension plan beneficiaries had the opportunity to have their interests effectively represented in the insolvency proceedings, particularly when Indalex sought the DIP financing approval, the sale approval and the motion for bankruptcy.

(3) Was Imposing a Constructive Trust Appropriate in This Case?

[223] The next issue is whether a remedial constructive trust is, as the Court of Appeal concluded, an appropriate remedy in response to the breach of fiduciary duty.

[224] The Court of Appeal exercised its discretion to impose a constructive trust and its exercise of this discretion is entitled to deference. Only if the discretion has been exercised on the basis of an erroneous principle should the order be overturned on appeal: *Donkin v. Bugoy*, [1985] 2 S.C.R. 85, cited in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, at para. 54, by Sopinka J. (dissenting, but not on this point). In my respectful view, the Court of Appeal's erroneous conclusions about the scope of a plan administrator's fiduciary duties require us to examine the constructive trust issue anew. Moreover, the Court of Appeal, in my respectful opinion, erred in principle in finding that the asset in this case resulted from the breach of fiduciary duty such that it would be unjust for the party in breach to retain it.

[225] As noted earlier, the Court of Appeal imposed a constructive trust in favour of the plan beneficiaries with respect to funds retained in the reserve fund equal to the total amount of the wind-up deficiency for both plans. In other words, upon insolvency of Indalex, the plan beneficiaries received 100 cents on the dollar as a result of a judicially imposed trust taking priority over

[222] En résumé, j'estime qu'Indalex n'a pas manqué à une obligation fiduciaire lorsqu'elle a engagé la procédure fondée sur la LACC ou demandé la mesure en cause. Il y a eu manquement parce qu'Indalex n'a pas fait en sorte que les intérêts des bénéficiaires des régimes de retraite soient effectivement défendus dans le cadre de la procédure liée à son insolvabilité, en particulier lorsqu'elle a demandé l'approbation du financement DE et de la vente, puis présenté une motion en vue de faire faillite.

(3) Convenait-il en l'espèce d'imposer une fiducie par interprétation?

[223] La question qui se pose ensuite est celle de savoir si, comme le conclut la Cour d'appel, l'imposition d'une fiducie par interprétation constitue une réparation adéquate du manquement à l'obligation fiduciaire.

[224] La Cour d'appel exerce son pouvoir discrétionnaire d'imposer une fiducie par interprétation, et cet exercice commande la déférence. Une telle mesure ne peut être infirmée en appel que si l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'appuie sur un principe erroné (*Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85, cité dans *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, par. 54, le juge Sopinka (dissident, mais pas sur ce point)). En toute déférence, les conclusions erronées de la Cour d'appel sur la portée des obligations fiduciaires de l'administrateur du régime nous obligent à revoir les conditions de l'imposition d'une fiducie par interprétation. Qui plus est, la Cour d'appel commet selon moi une erreur de principe lorsqu'elle conclut que l'actif convoité résulte du manquement à l'obligation fiduciaire, de sorte qu'il serait injuste que la partie fautive se l'approprie.

[225] Comme je le mentionne précédemment, la Cour d'appel statue que le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation à l'intention des bénéficiaires des régimes à raison d'un montant égal au déficit de liquidation global des deux régimes. En d'autres termes, une fois Indalex devenue insolvable, les bénéficiaires des régimes avaient droit au paiement de l'intégralité de leurs créances

secured creditors, and indeed over other unsecured creditors, assuming there was no deemed trust for the executive plan.

[226] I have explained earlier why I take a different view than did the Court of Appeal of Indalex's breach of fiduciary duty. In light of what I conclude was the breach which could give rise to a remedy, my view is that the constructive trust cannot properly be imposed in this case and the Court of Appeal erred in principle in exercising its discretion to impose this remedy.

[227] I part company with the Court of Appeal with respect to several aspects of its constructive trust analysis; it is far from clear to me that any of the conditions for imposing a constructive trust were present here. However, I will only address one of them in detail. As I will explain, a remedial constructive trust for a breach of fiduciary duty is only appropriate if the wrongdoer's acts give rise to an identifiable asset which it would be unjust for the wrongdoer (or sometimes a third party) to retain. In my view, Indalex's failure to meaningfully address conflicts of interest that arose during the CCAA proceedings did not result in any such asset.

[228] As the Court of Appeal recognized, the governing authority concerning the remedial constructive trust outside the domain of unjust enrichment is *Soulos*. In *Soulos*, McLachlin J. (as she then was) wrote that a constructive trust may be an appropriate remedy for breach of fiduciary duty: paras. 19-45. She laid out four requirements that should generally be satisfied before a constructive trust will be imposed: para. 45. Although, in *Soulos*, McLachlin J. was careful to indicate that these are conditions that "generally" must be present, all parties in this case accept that these four conditions must be present before a remedial constructive trust may be ordered for

grâce à l'imposition judiciaire d'une fiducie prenant rang avant les créances garanties, ainsi que les créances chirographaires, à supposer que le régime des cadres n'ait bénéficié d'aucune fiducie réputée.

[226] J'expose précédemment les raisons pour lesquelles je diffère d'opinion avec la Cour d'appel en ce qui concerne le manquement à l'obligation fiduciaire d'Indalex. Vu mes conclusions sur la nature du manquement susceptible de donner droit à réparation, je crois que la fiducie par interprétation ne saurait être imposée en l'espèce et que la Cour d'appel commet une erreur de principe en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'accorder cette réparation.

[227] Je suis en désaccord avec la Cour d'appel sur plusieurs points au sujet de la fiducie par interprétation; il ne me paraît pas du tout évident que l'une ou l'autre des conditions auxquelles une telle fiducie peut être imposée est remplie en l'espèce. Je n'examine cependant en détail que l'un de ces points. Comme je l'explique ci-après, l'imposition d'une fiducie par interprétation par suite d'un manquement à une obligation fiduciaire ne constitue une réparation appropriée que si un actif déterminable résulte des actes de l'auteur du manquement et qu'il serait injuste que ce dernier ou, parfois, un tiers, conserve cet actif. Or, selon moi, un tel actif n'a pas résulté de l'omission d'Indalex de pallier véritablement les conflits d'intérêts auxquels donnait lieu la procédure fondée sur la LACC.

[228] La Cour d'appel reconnaît que, sauf lorsqu'il est question d'enrichissement sans cause, l'arrêt *Soulos* s'applique en matière de fiducie par interprétation imposée en guise de réparation. Aux paragraphes 19-45 de cet arrêt, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) écrit qu'une fiducie par interprétation peut constituer une réparation appropriée du manquement à l'obligation fiduciaire. Au paragraphe 45, elle énonce quatre conditions qui doivent généralement être réunies pour qu'une fiducie par interprétation puisse être imposée. Même si, dans *Soulos*, la juge McLachlin précise bien qu'il s'agit de conditions qui doivent « généralement » être réunies, toutes les parties au

breach of fiduciary duty. The four conditions are these:

- (1) The defendant must have been under an equitable obligation, that is, an obligation of the type that courts of equity have enforced, in relation to the activities giving rise to the assets in his hands;
- (2) The assets in the hands of the defendant must be shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his equitable obligation to the plaintiff;
- (3) The plaintiff must show a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendant remain faithful to their duties and;
- (4) There must be no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case; e.g., the interests of intervening creditors must be protected. [para. 45]

[229] My concern is with respect to the second requirement, that is, whether the breach resulted in an asset in the hands of Indalex. A constructive trust arises when the law imposes upon a party an obligation to hold specific property for another: D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 454 (“*Waters*”). The purpose of imposing a constructive trust as a remedy for a breach of duty or unjust enrichment is to prevent parties “from retaining property which in ‘good conscience’ they should not be permitted to retain”: *Soulos*, at para. 17. It follows, therefore, that while the remedial constructive trust may be appropriate in a variety of situations, the wrongdoer’s conduct toward the plaintiff must generally have given rise to assets in the hands of the wrongdoer (or of a third party in some situations) which cannot in justice and good conscience be retained. That cannot be said here.

pourvoi conviennent qu’elles doivent toutes être respectées pour que le tribunal puisse imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation par suite d’un manquement à une obligation fiduciaire. Ces quatre conditions sont les suivantes :

- (1) le défendeur doit avoir été assujéti à une obligation en *equity*, c’est-à-dire une obligation du type de celles dont les tribunaux d’*equity* ont assuré le respect, relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens [ou de l’actif];
- (2) il faut démontrer que la possession des biens [ou de l’actif] par le défendeur résulte des actes qu’il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l’obligation que l’*equity* lui imposait à l’égard du demandeur;
- (3) le demandeur doit établir qu’il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d’autres personnes comme le défendeur s’acquittent de leurs obligations;
- (4) il ne doit pas exister de facteurs qui rendraient injuste l’imposition d’une fiducie par interprétation eu égard à l’ensemble des circonstances de l’affaire; par exemple, les intérêts des créanciers intervenants doivent être protégés. [par. 45]

[229] Je doute que la deuxième condition — la possession des biens (ou de l’actif) par Indalex résultant du manquement à ses obligations — soit remplie. Il y a fiducie par interprétation lorsque la loi impose à une personne de détenir un bien précis pour autrui (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 454 (« *Waters* »)). Lorsqu’une telle réparation est accordée par suite d’un manquement à une obligation ou d’un enrichissement sans cause, elle vise à « empêcher [les personnes] de conserver des biens qu’en toute “conscience” elles ne devraient pas être autorisées à garder » (*Soulos*, par. 17). Il s’ensuit donc que la fiducie par interprétation peut certes constituer une réparation convenable dans divers cas, mais que la possession de biens doit généralement résulter des actes de la partie fautive (parfois, d’un tiers) vis-à-vis du demandeur, cette partie ou ce tiers fautif ne pouvant alors en toute justice et conscience garder les biens. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

[230] The Court of Appeal held that this second condition was present because “[t]he assets [i.e. the reserve fund monies] are directly connected to the process in which Indalex committed its breaches of fiduciary obligation”: para. 204. Respectfully, this conclusion is based on incorrect legal principles. To satisfy this second condition, it must be shown that the breach *resulted in* the assets being in Indalex’s hands, not simply, as the Court of Appeal thought, that there was a “connection” between the assets and “the process” in which Indalex breached its fiduciary duty. Recall that in *Soulos* itself, *the defendant’s acquisition of the disputed property was a direct result of his breach of his duty of loyalty* to the plaintiff: para. 48. This is not our case. As the Court observed, in the context of an unjust enrichment claim in *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at p. 995:

. . . for a constructive trust to arise, the plaintiff must establish a direct link to the property which is the subject of the trust by reason of the plaintiff’s contribution.

[231] While cases of breach of fiduciary duty are different in important ways from cases of unjust enrichment, La Forest J. (with Lamer J. concurring on this point) applied a similar standard for proprietary relief in *Lac Minerals*, a case in which wrongdoing was the basis for the constructive trust: p. 678, quoted in *Waters*, at p. 471. His comments demonstrate the high standard to be met in order for a constructive trust to be awarded:

The constructive trust awards a right in property, but that right can only arise once a right to relief has been established. In the vast majority of cases a constructive trust will not be the appropriate remedy. . . . [A] constructive trust should only be awarded if there is reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property. [p. 678]

[232] The relevant breach in this case was the failure of Indalex to meaningfully address the conflicts of interest that arose in the course of the

[230] La Cour d’appel conclut que cette deuxième condition est respectée car [TRADUCTION] « [l]’actif [les sommes constituant le fonds de réserve] est directement lié à la procédure dans le cadre de laquelle Indalex a manqué à son obligation fiduciaire » (par. 204). À mon humble avis, cette conclusion s’appuie sur des principes de droit erronés. Pour satisfaire à la deuxième condition, il faut démontrer que la possession de l’actif par Indalex *résulte* du manquement à son obligation, et non seulement, comme le croit la Cour d’appel, qu’il y a un « lien » entre l’actif et la « procédure » dans le cadre de laquelle Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires. Rappelons que, dans *Soulos*, *l’acquisition par le défendeur de l’immeuble en cause était la conséquence directe du manquement à son devoir de loyauté* envers le demandeur (par. 48). Telle n’est pas la situation en l’espèce. Comme le dit notre Cour dans l’arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 995, dans le contexte d’une allégation d’enrichissement sans cause,

pour qu’il y ait fiducie par interprétation, le demandeur doit établir qu’il a, du fait de sa contribution, un lien direct avec le bien qui se trouve grevé d’une fiducie.

[231] Même si le manquement à l’obligation fiduciaire diffère grandement de l’enrichissement sans cause, dans l’arrêt *Lac Minerals*, le juge La Forest (avec l’accord du juge Lamer sur ce point) applique un critère semblable à une réparation liée au droit de propriété. Dans cette affaire, la fiducie par interprétation faisait suite à un acte fautif (p. 678, cité dans *Waters*, p. 471). Les remarques du juge La Forest confirment le caractère strict de la norme applicable à l’imposition judiciaire d’une fiducie par interprétation :

La fiducie par interprétation confère un droit de propriété, mais ce droit ne peut exister que si un droit à une réparation a déjà été établi. Dans la grande majorité des cas, la fiducie par interprétation ne sera pas la réparation appropriée. [. . .] [l] n’y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu’en présence d’un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d’un droit de propriété. [p. 678]

[232] Le manquement intervenu en l’espèce consiste dans l’omission d’Indalex de pallier véritablement les conflits d’intérêts qu’a fait naître la

CCAA proceedings. (The breach that arose with respect to the bankruptcy motion is irrelevant because that motion was not addressed and therefore could not have given rise to the assets.) The “assets” in issue here are the funds in the reserve fund which were retained from the proceeds of the sale of Indalex as a going concern. Indalex’s breach in this case did not give rise to the funds which were retained by the Monitor in the reserve fund.

[233] Where does the respondents’ claim of a procedural breach take them? Taking their position at its highest, it would be that the DIP approval proceedings and the sale would not have been approved. This position, however, is fatally flawed. Turning first to the DIP approval, there is no evidence to support the view that, had Indalex addressed its conflict in the DIP approval process, the DIP financing would have been rejected or granted on different terms. The CCAA judge, being fully aware of the pension situation, ruled that the DIP financing was “required”, that there was “no other alternative available to the Applicants for a going concern solution”, and that “the benefit to stakeholders and creditors of the DIP Financing outweighs any potential prejudice to unsecured creditors that may arise as a result of the granting of super-priority secured financing”: endorsement of *Morawetz J.*, April 8, 2009, at paras. 6 and 9. In effect, the respondents are claiming funds which arose only because of the process to which they now object. Taking into account that there was an absence of any evidence that more favourable financing terms were available, that the judge’s decision was made with full knowledge of the plan beneficiaries’ claims, and that he found that the DIP financing was necessary, the respondents’ contention is not only speculative, it also directly contradicts the conclusions of the CCAA judge.

[234] Turning next to the sale approval and the approval of the distribution of the assets, it is clear that the plan beneficiaries had independent representation but that this did not change the result.

procédure fondée la LACC. (Le manquement qui aurait découlé de la motion présentée en vue de faire faillite n’a pas à être considéré puisque la motion n’a été examinée et ne peut donc pas avoir permis l’entrée en possession de l’actif.) L’actif en cause correspond au fonds de réserve constitué par prélèvement sur le produit de la vente de l’entreprise en exploitation d’Indalex. Ce manquement d’Indalex n’est pas à l’origine des fonds que le contrôleur a conservés en constituant le fonds de réserve.

[233] Quelle peut être l’issue de l’allégation des intimés selon laquelle il y a eu manquement aux exigences de procédure? Suivant la plus favorable, ni le financement DE ni la vente n’auraient été approuvés. Or, cette thèse est irrémédiablement viciée. Premièrement, en ce qui concerne la procédure d’approbation du financement DE, aucun élément de preuve n’établit que si Indalex avait pallié ses conflits dans le cadre de cette procédure, le financement aurait été refusé ou autorisé à d’autres conditions. Parfaitement informé de la situation des régimes de retraite, le juge saisi sur le fondement de la LACC estime que le financement DE [TRADUCTION] « s’impose », que « les requérantes ne disposent d’aucune autre solution permettant la continuité de l’exploitation » et que « les avantages du financement DE pour les intéressés et les créanciers l’emportent sur tout préjudice que pourrait causer aux créanciers non garantis l’octroi d’un financement garanti par une superpriorité » (motifs du juge *Morawetz*, 8 avril 2009, par. 6 et 9). En fait, les intimés réclament des fonds qui ont été obtenus uniquement grâce à la procédure qu’ils contestent aujourd’hui. Vu l’absence d’éléments de preuve voulant que des modalités de financement plus avantageuses aient pu être obtenues, et comme le juge est bien conscient de l’existence des réclamations des bénéficiaires des régimes et qu’il conclut que le financement DE s’impose, la prétention des intimés est non seulement conjecturale, mais va aussi directement à l’encontre des conclusions du juge.

[234] En ce qui concerne l’approbation de la vente et de la répartition de l’actif, il est clair que les bénéficiaires des régimes ont été représentés de manière indépendante, mais que cette mesure n’a

Although, perhaps with little thanks to Indalex, the interests of both plans were fully and ably represented before Campbell J. at the sale approval and interim distribution motions in July of 2009.

[235] The executive plan retirees, through able counsel, objected to the sale on the basis that the liquidation values set out in the Monitor's seventh report would provide greater return for unsecured creditors. The motions judge dismissed this objection "on the basis that there was no clear evidence to support the proposition and in any event the transaction as approved did preserve value for suppliers, customers and preserve approximately 950 jobs": trial reasons of Campbell J., at para. 13 (emphasis added). Both the executive plan retirees and the USW, which represented some members of the salaried plan, objected to the proposed distribution of the sale proceeds. In response to this objection, it was agreed that those objections would be heard promptly and that the Monitor would retain sufficient funds to satisfy the pensioners' claims if they were upheld: trial reasons of Campbell J., at paras. 14-16.

[236] There is no evidence to support the contention that Indalex's breach of its fiduciary duty as pension administrator resulted in the assets retained in the reserve fund. I therefore conclude that the Court of Appeal erred in law in finding that the second condition for imposing a constructive trust — i.e. that the assets in the defendant's hands must be shown to have resulted from the defendant's breaches of duty to the plaintiff — had been established.

[237] I would add only two further comments with respect to the constructive trust. A major concern of the Court of Appeal was that unless a constructive trust were imposed, the reserve funds would end up in the hands of other Indalex entities which were not operating at arm's length from Indalex. The U.S. debtors claimed the reserve fund

rien changé au résultat. En juillet 2009, devant le juge Campbell, pendant toute l'audition des motions visant l'approbation de la vente et la répartition provisoire du produit de la vente, les intérêts des deux régimes ont bel et bien été défendus, même si Indalex n'y a peut-être pas été pour grand-chose.

[235] Par l'entremise d'un avocat compétent, les retraités du régime des cadres se sont opposés à la vente en arguant que, selon le septième rapport du contrôleur, les valeurs de liquidation permettaient aux créanciers chirographaires de recouvrer plus d'argent. Le juge saisi des motions a rejeté leur opposition [TRADUCTION] « au motif qu'aucun élément de preuve n'appuyait clairement cette prétention et que, de toute façon, l'opération approuvée garantissait la valeur de l'actif pour les fournisseurs et les clients, et préservait environ 950 emplois » (motifs du juge Campbell en première instance, par. 13 (je souligne)). Les retraités du régime des cadres et le Syndicat, qui représentait certains participants du régime des salariés, a contesté la répartition projetée du produit de la vente. Il a dès lors été convenu que le juge entendrait leurs arguments au plus tôt et que le contrôleur conserverait des fonds suffisants pour donner suite aux prétentions des retraités dans le cas où il y serait fait droit (motifs du juge Campbell en première instance, par. 14-16).

[236] Aucun élément de preuve n'appuie la prétention que l'actif constituant le fonds de réserve découle du manquement d'Indalex à son obligation fiduciaire en tant qu'administrateur de régime. Je suis donc d'avis que la Cour d'appel a tort de conclure que la deuxième condition à remplir pour qu'une fiducie par interprétation puisse être imposée — démontrer que la possession des biens par le défendeur résulte des manquements à ses obligations envers le demandeur — a été remplie.

[237] Voici deux autres remarques au sujet de la fiducie par interprétation. L'une des préoccupations principales de la Cour d'appel est que, à défaut d'une telle fiducie par interprétation, le fonds de réserve se retrouve en la possession de sociétés ayant un lien de dépendance avec Indalex. Les débitrices américaines ont réclamé l'octroi du fonds

because it had paid on its guarantee of the DIP loans and thereby stepped into the shoes of the DIP lender with respect to priority. Sun Indalex claims in the U.S. bankruptcy proceedings as a secured creditor of the U.S. debtors. The Court of Appeal put its concern this way: “To permit Sun Indalex to recover on behalf of [the U.S. debtors] would be to effectively permit the party who breached its fiduciary obligations to take the benefit of those breaches, to the detriment of those to whom the fiduciary obligations were owed”: para. 199.

[238] There are two difficulties with this approach, in my respectful view. The U.S. debtors paid real money to honour their guarantees. Moreover, unless there is a legal basis for ignoring the separate corporate personality of separate corporate entities, those separate corporate existences must be respected. Neither the parties nor the Court of Appeal advanced such a reason.

[239] Finally, I would note that imposing a constructive trust was wholly disproportionate to Indalex’s breach of fiduciary duty. Its breach — the failure to meaningfully address the conflicts of interest that arose during the CCAA process — had no adverse impact on the plan beneficiaries in the sale approval process which gave rise to the “asset” in issue. Their interests were fully represented and carefully considered before the sale was approved and the funds distributed. The sale was nonetheless judged to be in the best interests of the corporation, all things considered. In my respectful view, imposing a \$6.75 million penalty on the other creditors as a remedial response to this breach is so grossly disproportionate to the breach as to be unreasonable.

[240] A judicially ordered constructive trust, imposed long after the fact, is a remedy that tends to destabilize the certainty which is essential for

de réserve en faisant valoir les sommes versées en exécution de leur garantie des prêts DE et qu’elles étaient par conséquent subrogées aux droits des créanciers DE et bénéficiaient de la priorité accordée à ces derniers. Sun Indalex a présenté une réclamation dans le cadre de la procédure de faillite intentée aux É.-U. à titre de créancier garanti des débitrices américaines. La Cour d’appel formule sa réticence comme suit : [TRADUCTION] « Permettre à Sun Indalex de recouvrer des sommes pour le compte [des débitrices américaines] équivaldrait à autoriser le débiteur d’obligations fiduciaires à tirer profit de manquements à celles-ci, et ce, au détriment des créanciers de ces obligations » (par. 199).

[238] À mon humble avis, cette approche comporte deux failles. Les débitrices américaines ont dû véritablement déboursier de l’argent pour honorer leurs garanties. De plus, à moins qu’un fondement juridique permette de faire abstraction de la personnalité morale distincte de chacune des entreprises, leur existence distincte doit être respectée. Ni les parties ni la Cour d’appel n’ont avancé un tel fondement.

[239] Enfin, il convient de signaler que l’imposition d’une fiducie par interprétation est une mesure totalement disproportionnée au manquement d’Indalex à son obligation fiduciaire. Ce manquement — l’omission de pallier véritablement les conflits d’intérêts nés à l’occasion de la procédure fondée sur la LACC — n’a pas eu d’incidence défavorable sur les bénéficiaires des régimes par suite de la procédure d’approbation de la vente dont a résulté la possession des « biens » en cause. Les intérêts des régimes ont été dûment défendus avant que la vente ne soit approuvée et les fonds répartis. Tout compte fait, le tribunal a néanmoins estimé que la vente était dans le meilleur intérêt de l’entreprise. À mon humble avis, priver les autres créanciers de 6,75 millions de dollars pour réparer ce manquement est disproportionné au point d’être déraisonnable.

[240] L’imposition judiciaire d’une fiducie par interprétation longtemps après les faits à titre de réparation risque de nuire à la certitude qui est

commercial affairs and which is particularly important in financing a workout for an insolvent corporation. To impose a constructive trust in response to a breach of fiduciary duty to ensure for the plan beneficiaries some procedural protections that they in fact took advantage of in any case is an unjust response in all of the circumstances.

[241] I conclude that a constructive trust is not an appropriate remedy in this case and that the Court of Appeal erred in principle by imposing it.

C. *Third Issue: Did the Court of Appeal Err in Concluding That the Super Priority Granted in the CCAA Proceedings Did Not Have Priority by Virtue of the Doctrine of Federal Paramourty?*

[242] Although I disagree with my colleague Justice Deschamps with respect to the scope of the s. 57(4) deemed trust, I agree that if there was a deemed trust in this case, it would be superseded by the DIP loan because of the operation of the doctrine of federal paramourty: paras. 48-60.

D. *Fourth Issue: Did the Court of Appeal Err in its Cost Endorsement Respecting the USW?*

(1) Introduction

[243] The disposition of costs in the Court of Appeal was somewhat complex. Although the costs appeal relates only to the costs of the USW, it is necessary in order to understand their position to set out the costs order below in full.

[244] With respect to the costs of the appeal to the Court of Appeal, no order was made for or against the Monitor due to its prior agreement with the former executives and the USW. However, the court ordered that the former executives and the USW, as successful parties, were each entitled to

essentielle à l'activité commerciale et qui est particulièrement importante lorsqu'il s'agit de financer le sauvetage d'une entreprise insolvable. Imposer une fiducie par interprétation par suite du manquement à l'obligation fiduciaire de veiller à ce que les bénéficiaires des régimes de retraite jouissent de garanties procédurales, alors qu'ils en ont bénéficié dans les faits, se révèle inéquitable au vu de l'ensemble des circonstances.

[241] Je conclus que la fiducie par interprétation ne constitue pas une réparation appropriée en l'espèce et que la Cour d'appel a tort, sur le plan des principes, de l'imposer.

C. *Troisième question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure que la superpriorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC ne confère pas de préséance par application de la prépondérance fédérale?*

[242] Bien que je ne sois pas d'accord avec ma collègue la juge Deschamps en ce qui concerne la portée de la fiducie réputée du par. 57(4), je conviens que si une fiducie est réputée exister en l'espèce, la créance DE prend rang avant elle en application de la doctrine de la prépondérance fédérale (par. 48-60).

D. *Quatrième question en litige : La décision de la Cour d'appel sur les dépens du Syndicat est-elle entachée d'une erreur?*

(1) Introduction

[243] L'adjudication des dépens en Cour d'appel s'est révélée assez complexe. Bien que le volet du présent pourvoi relatif aux dépens ne vise que ceux adjugés au Syndicat, il convient de revoir en détail l'ordonnance du tribunal inférieur sur les dépens afin de bien saisir les prétentions de cette partie.

[244] Pour ce qui concerne les dépens en Cour d'appel, il n'y a pas d'adjudication favorable ou défavorable au contrôleur étant donné l'entente préalable conclue avec les anciens cadres et le Syndicat. La Cour d'appel ordonne toutefois que les anciens cadres et le Syndicat, qui ont gain de

costs on a partial indemnity basis fixed at \$40,000 inclusive of taxes and disbursements from Sun Indalex and the U.S. Trustee, payable jointly and severally: costs endorsement, 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, at para. 7.

[245] Morneau Shepell Ltd., the Superintendent, and the former executives reached an agreement with respect to legal fees and disbursements and the Court of Appeal approved that agreement. The former executives received full indemnity legal fees and disbursements in the amount of \$269,913.78 to be paid from the executive plan attributable to each of the 14 former executives' accrued pension benefits, allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan. In other words, the costs would not be borne by the other three members of the executive plan who did not participate in the proceedings: C.A. costs endorsement, at para. 2. The costs of the appeal payable by Sun Indalex and the U.S. Trustee were to be paid into the fund of the executive plan and allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan.

[246] USW sought an order for payment of its costs from the fund of the salaried plan. However, the Court of Appeal declined to make such an order because the USW was in a "materially different position" than that of the former executives: costs endorsement, at para. 3. The latter were beneficiaries to the pension fund (14 of the 17 members of the plan), and they consented to the payment of costs from their individual benefit entitlements. Those who had not consented would not be affected by the payment. In contrast, the USW was the bargaining agent (not the beneficiary) for only 7 of the 169 beneficiaries of the salaried plan, none of whom was given notice of, or consented to, the payment of legal costs from the salaried plan. Moreover, the USW sought and seeks an order that its costs be paid out of the fund. This request is significantly different than the order made in favour of the former executives. The former executives explicitly ensured that their choice to pursue the litigation would not put at risk the pension benefits of those members who did not retain counsel even though of course those members would benefit in the

cause, se voient adjuger sur la base de l'indemnisation partielle des dépens de 40 000 \$, frais et débours compris, payables solidairement par Sun Indalex et le syndic américain (décision relative aux dépens, 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, par. 7).

[245] Le surintendant, Morneau Shepell Ltd., et les anciens cadres ont conclu une entente en ce qui concerne les honoraires et les débours, et la Cour d'appel l'a approuvée. Les anciens cadres ont obtenu, sur la base d'une indemnisation complète, la somme de 269 913,78 \$ pour les honoraires et les débours, payable par prélèvement sur la caisse de retraite des cadres correspondant aux prestations de retraite accumulées respectivement par les 14 anciens cadres, puis répartie entre ces derniers selon leurs droits respectifs à pension aux termes du régime. En d'autres termes, les dépens ne devaient pas être supportés par les trois membres du régime des cadres qui n'ont pas pris part à l'instance (décision de la C.A. relative aux dépens, par. 2). Les dépens de l'appel payables par Sun Indalex et le syndic américain devaient être versés à la caisse du régime des cadres puis répartis entre les 14 anciens cadres selon leurs droits à pension suivant leur régime.

[246] Le Syndicat a demandé le paiement de ses dépens à partir de la caisse du régime des salariés. La Cour d'appel a cependant rejeté la demande au motif que le Syndicat se trouvait dans une [TRADUCTION] « situation fondamentalement différente » de celle des anciens cadres (décision relative aux dépens, par. 3). Ces derniers étaient bénéficiaires de la caisse de retraite (14 des 17 participants au régime), ils avaient consenti au paiement des dépens à partir de leurs droits respectifs à des prestations et ceux qui n'avaient pas consenti à ce prélèvement n'étaient pas tenus à ce paiement. En revanche, le Syndicat était l'agent négociateur (et non le bénéficiaire) de seulement 7 des 169 participants du régime des salariés, dont aucun n'avait été avisé du paiement des frais de justice par prélèvement sur leur régime, ou y avait consenti. En outre, le Syndicat a demandé et demande toujours que ses dépens soient payés à partir de la caisse de retraite, ce qui diffère sensiblement de l'ordonnance rendue en faveur des anciens cadres. Ces derniers ont expressément fait en sorte que leur décision d'engager l'instance

event the litigation was successful. The USW is not proposing to insulate the 162 members whom it does not represent from the risk of litigation; it seeks an order requiring all members to share the risk of the litigation even though it represents only 7 of the 169. The proposition advanced by the USW was thus materially different from that advanced on behalf of the executive plan and approved by the court.

(2) Standard of Review

[247] In *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, Rothstein J. held that “costs awards are quintessentially discretionary”: para. 126. Discretionary costs decisions should only be set aside on appeal if the court below “has made an error in principle or if the costs award is plainly wrong”: *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at para. 27.

(3) Analysis

[248] I do not see any basis to interfere with the Court of Appeal’s costs endorsement in this case. In my view, the USW’s submissions are largely based on an inaccurate reading of the Court of Appeal’s costs endorsement. Contrary to what the USW submits, the Court of Appeal did *not* require the consent of plan beneficiaries as a prerequisite to ordering payment of costs from the fund. Nor is it correct to suggest that the costs endorsement would “restrict recovery of beneficiary costs to instances when there is a surplus in the pension trust fund” or “preclude financing of beneficiary action when a fund is in deficit”: USW factum, at paras. 71 and 76. Nor would I read the Court of Appeal’s brief costs endorsement as laying down a rule that a union representing pension beneficiaries cannot recover costs from the fund because the union itself is not a beneficiary.

ne compromette pas les prestations de retraite des participants qui n’avaient pas retenu les services d’un avocat, même s’ils auraient évidemment tiré avantage d’un dénouement favorable au régime des cadres. Le Syndicat n’entend pas mettre les 162 participants qu’il ne représente pas à l’abri du risque lié à la poursuite. Il demande que tous les participants partagent ce risque même s’ils ne représentent que 7 d’entre eux. La démarche du Syndicat était donc substantiellement différente de celle des anciens cadres et que la cour a approuvée.

(2) Norme de contrôle

[247] Dans *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, le juge Rothstein statue que « l’adjudication des dépens est un exemple typique d’une décision discrétionnaire » (par. 126). L’attribution discrétionnaire de dépens ne doit donc être annulée en appel que si le tribunal inférieur « a commis une erreur de principe ou si cette attribution est nettement erronée » (*Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303, par. 27).

(3) Analyse

[248] Je ne vois en l’espèce aucune raison de revenir sur la décision de la Cour d’appel quant aux dépens. À mon avis, les prétentions du Syndicat reposent en grande partie sur une interprétation erronée de la décision de la Cour d’appel à cet égard. Contrairement à ce que fait valoir le Syndicat, la Cour d’appel *ne* tient *pas* le consentement des bénéficiaires du régime pour une condition préalable au paiement des dépens à partir de la caisse de retraite. Il est aussi erroné de laisser entendre que la décision relative aux dépens fait en sorte que [TRADUCTION] « les bénéficiaires ne peuvent être indemnisés des dépens que lorsqu’il existe un surplus dans la caisse de retraite en fiducie » ou qu’ils ne peuvent « financer l’exercice d’un recours lorsque la caisse est déficitaire » (mémoire du Syndicat, par. 71 et 76). Je ne considère pas non plus que, dans sa brève décision, la Cour d’appel établit la règle qu’un syndicat représentant les bénéficiaires d’une caisse de retraite ne peut être indemnisé de ses dépens par la caisse de retraite parce qu’il n’est pas lui-même bénéficiaire.

[249] The premise of the USW's appeal appears to be that it was entitled to costs because it met what it refers to in its submissions as the Costs Payment Test and that if the executive plan members got their costs out of their pension fund, the union should get its costs out of the salaried employees' pension fund. Respectfully, I do not accept the validity of either premise.

[250] The decision whether to award costs from the pension fund remains a discretionary matter. In *Nolan*, Rothstein J. surveyed the various factors that courts have taken into account when deciding whether to award a litigant its costs out of a pension trust. The first broad inquiry considered in *Nolan* was into whether the litigation concerned the due administration of the trust. In connection with this inquiry, courts have considered the following factors: (1) whether the litigation was primarily about the construction of the plan documents; (2) whether it clarified a problematic area of the law; (3) whether it was the only means of clarifying the parties' rights; (4) whether the claim alleged maladministration; and (5) whether the litigation had no effect on other beneficiaries of the trust fund: *Nolan*, at para. 126.

[251] The second broad inquiry discussed in *Nolan* was whether the litigation was ultimately adversarial: para. 127. The following factors have been considered: (1) whether the litigation included allegations by an unsuccessful party of a breach of fiduciary duty; (2) whether the litigation only benefited a class of members and would impose costs on other members if successful; and (3) whether the litigation had any merit.

[252] I do not think that it is correct to elevate these two inquiries (which constitute the Costs Payment Test articulated by the USW) to a test for entitlement to costs in the pension context. The factors set out in *Nolan* and other cases cited therein are best understood as highly relevant

[249] La thèse du Syndicat paraît avoir pour prémisses le droit qu'il aurait au paiement des dépens parce qu'il satisfait au critère qu'il formule à cet égard dans son mémoire et, puisque les participants du régime des cadres ont obtenu le paiement de leurs dépens à partir de leur caisse de retraite, le droit du Syndicat au paiement de ses dépens par prélèvement sur la caisse de retraite des salariés. J'estime néanmoins que ces prémisses ne sont pas valables.

[250] La décision d'ordonner le paiement de dépens à partir d'une caisse de retraite demeure discrétionnaire. Dans *Nolan*, le juge Rothstein considère les différentes questions que se posent les tribunaux pour décider d'adjuger ou non à une partie des dépens qui seront payés par prélèvement sur une fiducie de retraite. Dans *Nolan*, la première considération générale était celle de savoir si l'objet du litige est la bonne administration de la fiducie. Pour se prononcer, les tribunaux se sont posé les questions suivantes : (1) le litige concerne-t-il essentiellement l'interprétation des documents constitutifs du régime; (2) vise-t-il à clarifier un aspect problématique du droit applicable; (3) constitue-t-il le seul moyen de préciser les droits des parties; (4) la mauvaise administration est-elle alléguée; (5) y a-t-il absence d'incidence sur les autres bénéficiaires de la fiducie? (*Nolan*, par. 126).

[251] La deuxième considération générale examinée au par. 127 de l'arrêt *Nolan* est celle de savoir si le litige a été de nature contradictoire, ce qui soulève les questions suivantes : (1) la partie déboutée alléguait-elle le manquement à l'obligation fiduciaire; (2) le litige ne servait-il que les intérêts d'une catégorie de participants, et si les demandeurs avaient eu gain de cause, des dépens auraient-ils été imposés à d'autres participants; (3) le litige avait-il quelque fondement?

[252] Je ne crois pas qu'il convienne de faire des deux considérations retenues dans *Nolan* (lesquelles constituent le critère applicable au paiement des dépens que formule le Syndicat) le critère qui permet de déterminer le droit à l'adjudication des dépens dans le contexte des régimes de retraite.

considerations guiding the exercise of judicial discretion with respect to costs.

[253] The litigation undertaken here raised novel points of law with all of the uncertainty and risk inherent in such an undertaking. The Court of Appeal in essence decided that the USW, representing only 7 of 169 members of the plan, should not without consultation be able to in effect impose the risks of that litigation on all of the plan members, the vast majority of whom were not union members. Whatever arguments might be raised against the Court of Appeal's decision in light of the success of the litigation and the sharing by all plan members of the benefits, the failure of the litigation seems to me to leave no basis to impose the cost consequences of taking that risk on all of the plan members of an already underfunded plan.

[254] The second premise of the USW appeal appears to be that if the executive plan members have their costs paid out of the fund, so too should the salaried plan members. Respectfully, however, this is not an accurate statement of the order made with respect to the executive plan.

[255] The Court of Appeal's order with respect to the executive plan meant that only the pension fund attributable to those members of the plan who actually supported the litigation — the vast majority I would add — would contribute to the costs of the litigation even though all members of the plan would benefit in the case of success. As the Court of Appeal noted:

The individual represented Retirees, who comprise 14 of 17 members of the Executive Plan, have consented to the payment of costs from their individual benefit entitlements. Those who have not consented will not be affected by the payment. [Costs endorsement, at para. 3]

Il est préférable de voir dans les facteurs énoncés dans *Nolan* — et dans la jurisprudence qui y est citée — des considérations de grande importance qui orientent les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de dépens.

[253] Comme l'instance engagée en l'espèce portait sur des points de droit nouveaux, son issue était incertaine et les demandeurs couraient le risque d'être déboutés. La Cour d'appel opine essentiellement que le Syndicat, qui représentait seulement 7 des 169 participants du régime, ne devait pas être en mesure, dans les faits, d'imposer à tous les participants du régime, dont la plupart n'étaient pas membres du Syndicat, les risques inhérents au litige sans les consulter. Quels que puissent être les arguments invoqués à l'encontre de la décision de la Cour d'appel à la lumière de l'issue favorable du recours et du partage par tous les participants du régime des gains obtenus, l'échec du recours ne saurait justifier que tous les participants d'un régime déjà sous-capitalisé subissent les conséquences pécuniaires du risque couru.

[254] Suivant la seconde prémisse de la prétention du Syndicat, si les participants du régime des cadres obtiennent paiement de leurs dépens à partir de leur caisse de retraite, les participants du régime des salariés devraient l'obtenir également. Or, telle n'est pas la teneur exacte de l'ordonnance de la Cour d'appel relative au régime des cadres.

[255] Suivant cette ordonnance, seule la partie de la caisse de retraite attribuable aux participants qui ont pris part au recours — la grande majorité d'entre eux, faut-il le préciser — contribue au paiement des dépens même si tous les participants du régime tirent avantage du dénouement favorable. La Cour d'appel signale d'ailleurs ce qui suit :

[TRADUCTION] Les retraités représentés par avocat, soit 14 des 17 participants du régime des cadres, ont consenti au paiement des dépens à partir de leurs droits respectifs à des prestations, et ceux qui n'ont pas consenti à ce prélèvement ne seront pas tenus au paiement. [Décision relative aux dépens, par. 3]

[256] The Court of Appeal therefore approved an agreement as to costs which did not put at further risk the pension funds available to satisfy the pension entitlements of those who did not support the litigation. Thus, the Court of Appeal did not apply what the USW refers to as the Costs Payment Test to the executive plan because the costs order was the product of agreement and did not order payment of costs out of the fund as a whole.

[257] In the case of the USW request, there was no such agreement and no such limitation of risk to the supporters of the litigation.

[258] I see no error in principle in the Court of Appeal's refusal to order the USW costs to be paid out of the pension fund, particularly in light of the disposition of the appeal to this Court. I would dismiss the USW costs appeal but without costs.

IV. Disposition

[259] I would allow the Sun Indalex, FTI Consulting and George L. Miller appeals and, except as noted below, I would set aside the orders of the Ontario Court of Appeal and restore the February 18, 2010 orders of Campbell J.

[260] With respect to costs, I would set aside the Court of Appeal's orders with respect to the costs of the appeals before that court and order that all parties bear their own costs in the Court of Appeal and in this Court.

[261] I would not disturb paras. 9 and 10 of the order of the Court of Appeal in the former executives' appeal so that the full indemnity legal fees and disbursements of the former executives in the amount of \$269,913.78 shall be paid from the fund of the executive plan attributable to each of the 14 former executives' accrued pension benefits, and

[256] La Cour d'appel approuve donc un accord sur les dépens qui n'expose pas à un risque supplémentaire les fonds constituant les caisses de retraite et devant permettre le versement des prestations auxquelles ont droit ceux qui n'appuient pas l'exercice du recours. Par conséquent, elle n'applique pas au régime des cadres le critère qui, selon le Syndicat, vaudrait pour le paiement des dépens, car l'ordonnance relative aux dépens découle d'un accord et elle ne prévoit pas le paiement des dépens par prélèvement sur la caisse de retraite dans sa globalité.

[257] S'agissant de la demande du Syndicat, nul accord n'est intervenu au même effet, et ce n'était pas seulement les participants derrière le recours qui s'exposaient au risque lié à l'issue de celui-ci.

[258] Je ne vois aucune erreur de principe dans le refus de la Cour d'appel d'ordonner que les dépens du Syndicat soient payés à partir de la caisse de retraite, étant donné surtout l'issue du pourvoi devant notre Cour. Je suis d'avis de rejeter sans frais le pourvoi du Syndicat relatif aux dépens.

IV. Dispositif

[259] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois de Sun Indalex, de FTI Consulting et de George L. Miller, d'annuler les ordonnances de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir celles rendues par le juge Campbell le 18 février 2010, sauf dans la mesure précisée ci-après.

[260] En ce qui concerne les dépens, je suis d'avis d'annuler les ordonnances de la Cour d'appel sur les dépens afférents aux appels interjetés devant elle et d'ordonner que chacune des parties paie ses propres dépens devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

[261] Je suis d'avis de ne pas modifier les par. 9 et 10 de l'ordonnance de la Cour d'appel rendue concernant l'appel des anciens cadres, de sorte que les débours et honoraires de ces derniers, établis sur la base de l'indemnisation complète, qui totalisent 269 913,78 \$, soient payés par prélèvement sur la partie de la caisse de retraite du régime des cadres

specifically such amounts shall be allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan and will not be borne by the other three members of the executive plan.

[262] I would dismiss the USW costs appeal, but without costs.

The reasons of LeBel and Abella JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Introduction

[263] The members of two pension plans set up by Indalex Limited (“Indalex”) stand to lose half or more of their pension benefits as a consequence of the insolvency of their employer and of the arrangement approved by the Ontario Superior Court of Justice under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”). The Court of Appeal for Ontario found that the members were entitled to a remedy. For different and partly conflicting reasons, my colleagues Justices Deschamps and Cromwell would hold that no remedy is available to them. With all due respect for their opinions, I would conclude, like the Court of Appeal, that the remedy of a constructive trust is open to them and should be imposed in the circumstances of this case, for the following reasons.

[264] I do not intend to summarize the facts of this case, which were outlined by my colleagues. I will address these facts as needed in the course of my reasons. Before moving to my areas of disagreement with my colleagues, I will briefly indicate where and to what extent I agree with them on the relevant legal issues.

[265] Like my colleagues, I conclude that no deemed trust could arise under s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“*PBA*”), in the case of the Executive Plan because this plan had not been wound up when the *CCAA*

correspondant aux prestations de retraite accumulées respectivement par les 14 anciens cadres; plus particulièrement, les dépens seront répartis entre les 14 anciens cadres en fonction de leurs droits respectifs à pension aux termes du régime et ne seront pas supportés par les trois autres participants.

[262] Je suis d’avis de rejeter sans frais le pourvoi interjeté par le Syndicat relativement aux dépens.

Version française des motifs des juges LeBel et Abella rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction

[263] Les participants à deux régimes de retraite établis par Indalex Limited (« Indalex ») risquent de perdre au moins la moitié de leurs prestations de retraite du fait de l’insolvabilité de leur employeur et de l’arrangement homologué par la Cour supérieure de justice de l’Ontario en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »). La Cour d’appel de l’Ontario a jugé que ces participants avaient droit à une réparation. Mes collègues, les juges Deschamps et Cromwell, arrivent à la conclusion contraire, pour des motifs différents et en partie contradictoires. Avec égard pour leur opinion, et à l’instar de la Cour d’appel, je suis d’avis que la fiducie par interprétation peut s’appliquer en l’espèce et devrait être imposée, pour les motifs qui suivent.

[264] Je ne résumerai pas les faits de l’affaire, mes collègues les ayant déjà exposés. Je m’y reporterai au besoin dans mes motifs. Cependant, avant d’expliquer mes divergences d’opinions avec mes collègues, j’indiquerai brièvement les questions de droit sur lesquelles je souscris, en totalité ou en partie, à leurs motifs.

[265] À l’instar de mes collègues, je conclus que le régime des cadres ne pouvait être protégé par aucune fiducie réputée résultant de l’application du par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* »), puisque ce régime

proceedings were initiated. In the case of the Salaried Employees Plan, I agree with Deschamps J. that a deemed trust arises in respect of the wind-up deficiency. But, like her, I accept that the debtor-in-possession (“DIP”) super priority prevails by reason of the application of the federal paramountcy doctrine. I also agree that the costs appeal of the United Steelworkers should be dismissed.

[266] But, with respect for the opinions of my colleagues, I take a different view of the nature and extent of the fiduciary duties of an employer who elects to act as administrator of a pension plan governed by the *PBA*. This dual status does not entitle the employer to greater leniency in the determination and exercise of its fiduciary duties or excuse wrongful actions. On the contrary, as we shall see below, I conclude that Indalex not only neglected its obligations towards the beneficiaries, but actually took a course of action that was actively inimical to their interests. The seriousness of these breaches amply justified the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust. To that extent, I propose to uphold the opinion of Gillese J.A. and the judgment of the Court of Appeal (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

II. The Employer as Administrator of a Pension Plan: Its Fiduciary Duties

[267] Before entering into an analysis of the obligations of an employer as administrator of a pension plan under the *PBA*, it is necessary to consider the position of the beneficiaries. Who are they? At what stage are they in their lives? What are their vulnerabilities? A fiduciary relationship is a relationship, grounded in fact and law, between a vulnerable beneficiary and a fiduciary who holds and may exercise power over the beneficiary in situations recognized by law. Any analysis of such a relationship requires careful consideration of the characteristics of the beneficiary. It ought not stop at the level of a theoretical and detached approach that fails to address how, very concretely,

n’avait pas été liquidé lorsque la procédure fondée sur la *LACC* a été enclenchée. Comme la juge Deschamps, je conclus à l’existence d’une fiducie réputée dans le cas du déficit de liquidation du régime des salariés. Je reconnais toutefois aussi que la priorité de la créance des prêteurs au débiteur-exploitant (« DE ») sur toutes les autres l’emporte, par application du principe de la prépondérance fédérale. Je conviens également qu’il faut rejeter l’appel interjeté par le Syndicat des Métallos sur la question des dépens.

[266] Toutefois, malgré le respect que je porte à mes collègues, je conçois différemment d’eux la nature et la portée des obligations fiduciaires de l’employeur qui choisit d’administrer un régime de retraite régi par la *LRR*. Sa double fonction n’autorise pas l’employeur à faire preuve de laxisme dans la définition et l’exercice de ses obligations fiduciaires, ni ne justifie ses actes répréhensibles. Au contraire, comme je l’expliquerai, j’estime qu’Indalex a non seulement manqué à ses obligations envers les bénéficiaires, mais adopté en fait une démarche qui allait à l’encontre de leurs intérêts. La gravité de ces manquements justifiait amplement la décision de la Cour d’appel d’imposer une fiducie par interprétation. Dans cette mesure, je suis d’avis de confirmer les motifs de la juge Gillese et le jugement de la Cour d’appel (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

II. Les obligations fiduciaires de l’employeur en sa qualité d’administrateur d’un régime de retraite

[267] Avant d’analyser les obligations de l’employeur à titre d’administrateur d’un régime de retraite visé par la *LRR*, il faut examiner la situation des bénéficiaires. Qui sont-ils? À quelle période de leur vie en sont-ils? En quoi consistent leurs points vulnérables? Une relation fiduciaire s’entend de la relation factuelle et juridique entre un bénéficiaire vulnérable et un fiduciaire qui détient et peut exercer un pouvoir sur le bénéficiaire dans les situations prévues par la loi. L’analyse d’une telle relation nécessite un examen attentif des caractéristiques du bénéficiaire. Il ne faut pas s’en tenir à une perspective théorique et détachée, en négligeant de voir, très concrètement, comment la

this relationship works or can be twisted, perverted or abused, as was the situation in this case.

[268] The beneficiaries were in a very vulnerable position relative to Indalex. They did not enjoy the protection that the existence of an independent administrator might have given them. They had no say and no input in the management of the plans. The information about the plans and their situation came from Indalex in its dual role as employer and manager of the plans. Their particular vulnerability arose from their relationship with Indalex, acting both as their employer and as the administrator of their retirement plans. Their vulnerability was substantially a consequence of that specific relationship (*Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at para. 68, *per* Cromwell J.). The nature of this relationship had very practical consequences on their interests. For example, as Gillese J.A. noted in her reasons (at para. 40) the consequences of the decisions made in the course of management of the plan and during the CCAA proceedings signify that the members of the Executive Plan stand to lose one-half to two-thirds of their retirement benefits, unless additional money is somehow paid into the plan. These losses of benefits are, in all probability, permanent in the case of the beneficiaries who have already retired or who are close to retirement. They deeply affect their lives and expectations. For most of them, what is lost is lost for good. No arrangement will allow them to get a start on a new life. We should not view the situation of the beneficiaries as regrettable but unavoidable collateral damage arising out of the ebbs and tides of the economy. In my view, the law should give the members some protection, as the Court of Appeal intended when it imposed a constructive trust.

[269] Indalex was in a conflict of interest from the moment it started to contemplate putting itself under the protection of the CCAA and proposing an arrangement to its creditors. From the corporate perspective, one could hardly find fault with such a decision. It was a business decision. But the trouble is that at the same time, Indalex was a

relation fonctionne et comment il est possible de la fausser, de la faire dévier ou d'en abuser, comme ce fut le cas en l'espèce.

[268] Les bénéficiaires se trouvaient dans une position de grande vulnérabilité par rapport à Indalex. Ils ne jouissaient pas de la protection que l'existence d'un administrateur indépendant aurait pu leur assurer. Ils n'avaient pas la possibilité de donner leur avis ni de participer aux décisions à l'égard de la gestion des régimes. Toute l'information sur les régimes et sur leur situation leur provenait d'Indalex, à titre à la fois d'employeur et d'administrateur. Leur vulnérabilité particulière découlait essentiellement de leur relation avec Indalex, qui assumait cette double fonction (*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 68, le juge Cromwell). La nature de cette relation a entraîné des conséquences très concrètes sur leurs intérêts. Par exemple, comme le signale la juge Gillese dans ses motifs (par. 40), les décisions prises au fil de la gestion du régime des cadres et pendant la procédure fondée sur la LACC risquent de faire perdre aux participants entre la moitié et les deux tiers de leurs prestations, à moins d'une injection de fonds. Dans le cas des bénéficiaires retraités ou en fin de carrière, il s'agit probablement de pertes permanentes. Leur vie et leurs attentes s'en trouvent profondément affectées. Pour la plupart d'entre eux, ces pertes sont irrémédiables; aucun arrangement ne leur permettra d'entamer une nouvelle étape de leur vie. Nous ne devons pas considérer la situation des bénéficiaires comme une conséquence indirecte regrettable, mais inévitable, des fluctuations de l'économie. À mon avis, la loi devrait offrir une certaine protection aux bénéficiaires, et c'est ce que la Cour d'appel a tenté de faire en imposant la fiducie par interprétation.

[269] Indalex se trouvait en situation de conflit d'intérêts dès qu'elle a envisagé de demander la protection de la LACC et de proposer un arrangement à ses créanciers. Du point de vue de l'entreprise, on ne pourrait guère trouver à redire à cette décision. Il s'agissait d'une décision d'affaires. Cependant, Indalex jouait en même temps le rôle de fiduciaire à

fiduciary in relation to the members and retirees of its pension plans. The “two hats” analogy offers no defence to Indalex. It could not switch off the fiduciary relationship at will when it conflicted with its business obligations or decisions. Throughout the arrangement process and until it was replaced by an independent administrator (Morneau Shepell Ltd.) it remained a fiduciary.

[270] It is true that the *PBA* allows an employer to act as an administrator of a pension plan in Ontario. In such cases, the legislature accepts that conflicts of interest may arise. But, in my opinion, nothing in the *PBA* allows that the employer *qua* administrator will be held to a lower standard or will be subject to duties and obligations that are less stringent than those of an independent administrator. The employer remains a fiduciary under the statute and at common law (*PBA*, s. 22(4)). The employer is under no obligation to assume the burdens of administering the pension plans that it has agreed to set up or that are the legacy of previous decisions. However, if it decides to do so, a fiduciary relationship is created with the expectation that the employer will be able to avoid or resolve the conflicts of interest that might arise. If this proves to be impossible, the employer is still “seized” with fiduciary duties, and cannot ignore them out of hand.

[271] Once Indalex had considered the *CCAA* process and decided to proceed in that manner, it should have been obvious that such a move would trigger conflicts of interest with the beneficiaries of the pension plans and that these conflicts would become untenable, as per the terms of s. 22(4) of the *PBA*. Given the nature of its obligations as administrator and fiduciary, it was impossible to wear the “two hats”. Indalex had to discharge its corporate duties, but at the same time it had to address its fiduciary obligations to the members and beneficiaries of the plans. I do not fault it for applying under the *CCAA*, but rather for not relinquishing its position as administrator of the plans at the time of the application. It even retained

l’égard des participants aux régimes et des retraités, et c’est là où le bât blesse. L’analogie avec les « deux chapeaux » ne constitue pas un moyen de défense pour Indalex. Elle ne pouvait pas mettre la relation fiduciaire de côté à sa guise lorsque cette relation entrainait en conflit avec ses obligations ou ses décisions d’affaires. Tout au long de la procédure intentée sous le régime de la *LACC* et jusqu’à la nomination d’un administrateur indépendant (Morneau Shepell Ltd.) qui s’est substitué à elle, elle demeurait une fiduciaire.

[270] Certes, la *LRR* autorise un employeur à agir à titre d’administrateur d’un régime de retraite en Ontario. Le législateur admet dans ces cas la possibilité d’un conflit d’intérêts. Néanmoins, à mon avis, rien dans la *LRR* ne permet de conclure que l’employeur, en sa qualité d’administrateur, serait assujéti à une norme moindre ou assumerait des fonctions et des obligations moins strictes qu’un administrateur indépendant. Il demeure un fiduciaire aux termes de la loi et en common law (*LRR*, par. 22(4)). L’employeur n’est pas tenu d’assumer le fardeau de l’administration des régimes de retraite qu’il a convenu d’établir ou qui sont le fruit de décisions antérieures. Par contre, s’il choisit de l’assumer, une relation fiduciaire prend naissance et l’on s’attend à ce que l’employeur soit capable d’éviter ou de régler les conflits d’intérêts susceptibles d’intervenir. Lorsque cela se révèle impossible, l’employeur demeure soumis à ses obligations fiduciaires et ne peut s’en débarrasser sommairement.

[271] Dès qu’Indalex a envisagé la possibilité d’engager une procédure fondée sur la *LACC* et a opté pour cette solution, il aurait dû lui paraître évident que sa décision engendrerait des conflits avec les intérêts des bénéficiaires des régimes de retraite, en contravention au par. 22(4) de la *LRR*, et que la situation deviendrait insoutenable. Compte tenu de la nature des obligations qui lui incombaient à titre d’administrateur et de fiduciaire, Indalex ne pouvait plus coiffer « deux chapeaux ». Indalex avait le devoir de protéger les intérêts de la société, mais elle devait aussi s’acquitter de ses obligations fiduciaires envers les participants et bénéficiaires des régimes. Je ne lui reproche pas d’avoir présenté une demande sous le régime de la

this position once it engaged in the arrangement process. Other conflicts and breaches of fiduciary duties and of fundamental rules of procedural equity in the Superior Court flowed from this first decision. Moreover, Indalex maintained a strongly adversarial attitude towards the interest of the beneficiaries throughout the arrangement process, while it was still, at least in form, the administrator of the plans.

[272] The option given to employers to act as administrators of pension plans under the *PBA* does not constitute a licence to breach the fiduciary duties that flow from this function. It should not be viewed as an invitation for the courts to white-wash the consequences of such breaches. The option is predicated on the ability of the employer-administrator to avoid the conflicts of interests that cause these breaches. An employer deciding to assume the position of administrator cannot claim to be in the same situation as the Crown when it discharges fiduciary obligations towards certain groups in society under the Constitution or the law. For those cases, the Crown assumes those duties because it is obligated to do so by virtue of its role, not because it chooses to do so. In such circumstances, the Crown must often balance conflicting interests and obligations to the broader society in the discharge of those fiduciary duties (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at paras. 37-38). If Indalex found itself in a situation where it had to balance conflicting interests and obligations, as it essentially argues, it could not retain the position of administrator that it had willingly assumed. The solution was not to place its function as administrator and its associated fiduciary duties in abeyance. Rather, it had to abandon this role and diligently transfer its function as manager to an independent administrator.

[273] Indalex could apply for protection under the *CCAA*. But, in so doing, it needed to make arrangements to avoid conflicts of interests. As nothing was done, the members of the plans were

LACC, mais plutôt de ne pas avoir alors renoncé à administrer les régimes. Elle a même continué à les administrer pendant la procédure en vue de conclure un arrangement. D'autres conflits d'intérêts et manquements à ses obligations fiduciaires ainsi qu'aux règles fondamentales d'équité procédurale devant la Cour supérieure ont découlé de cette décision initiale. Qui plus est, Indalex a conservé tout au long de cette procédure une attitude fortement contraire aux intérêts des bénéficiaires, malgré le fait qu'elle administrait toujours les régimes, à tout le moins théoriquement.

[272] Si la *LRR* offre à l'employeur le choix d'agir à titre d'administrateur d'un régime de retraite, elle ne l'autorise pas à manquer aux obligations fiduciaires qui découlent de cette fonction et il ne faudrait pas conclure qu'elle invite les tribunaux à escamoter les conséquences de tels manquements. Cette faculté de choisir présuppose la capacité de l'employeur-administrateur d'éviter les conflits d'intérêts qui entraînent de tels manquements. L'employeur qui choisit d'agir à titre d'administrateur ne saurait prétendre se trouver dans la même situation que l'État qui s'acquitte des obligations fiduciaires que lui impose la Constitution ou la loi à l'égard de certains groupes de la société. Ces obligations incombent à l'État, non pas par choix, mais en raison de son rôle. Dans ces circonstances, l'État est souvent appelé à concilier des intérêts opposés avec ses obligations envers la société en général (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 37-38) en s'acquittant de ses obligations fiduciaires. Si Indalex devait concilier des intérêts et des obligations contradictoires, comme elle le prétend, elle ne pouvait pas conserver la fonction d'administrateur qu'elle avait assumée de son plein gré. La solution consistait non pas à mettre en veilleuse sa fonction d'administrateur avec les obligations fiduciaires en découlant, mais à y renoncer et à la transférer avec diligence à un administrateur indépendant.

[273] Il était loisible à Indalex de demander la protection de la *LACC*. Toutefois, il lui fallait dans ce cas prendre des mesures pour éviter les conflits d'intérêts. Son inaction a forcé les

left to play catch up as best they could when the process that put in place the DIP financing and its super priority was initiated. The process had been launched in such a way that it took significant time before the beneficiaries could effectively participate in the process. In practice, the United Steelworkers union, which represented only a small group of the members of the Salaried Employees Plan, acted for them after the start of the procedures. The members of the Executive Plan hired counsel who appeared for them. But, throughout, there were problems with notices, delays and the ability to participate in the process. Indeed, during the CCAA proceedings, the Monitor and Indalex seemed to have been more concerned about keeping the members of the plans out of the process rather than ensuring that their voices could be heard. Two paragraphs of the submissions to this Court by Morneau Shepell Ltd., the subsequently appointed administrator of the plan, aptly sums up the behaviour of Indalex and the Monitor towards the beneficiaries, whose representations were always deemed to be either premature or late:

When counsel for the Retirees again appeared at a motion to approve the bidding procedure, his objections were considered premature:

In my view, the issues raised by the retirees do not have any impact on the Bidding Procedures. The issues can be raised by the retirees on any application to approve a transaction — but that is for another day.

Only when counsel appeared at the sale approval motion, as directed by the motions judge, were the concerns of the pension plan beneficiaries heard. At that time, the Appellants complain, the beneficiaries were too late and their motion constituted a collateral attack on the original DIP Order. However, it cannot be the case that stakeholder groups are too early, until they are too late. [R.F., at paras. 54-55]

[274] I must also mention the failed attempt to assign Indalex in bankruptcy once the sale of its

participants aux régimes à se débrouiller de leur mieux pour rattraper le train en marche une fois que le processus de financement DE assorti d'une priorité sur toutes les autres créances avait été mis en branle. Compte tenu de la manière dont ce processus a été engagé, un délai considérable s'est écoulé avant que les bénéficiaires puissent y participer réellement. Dans les faits, le Syndicat des Métallos, qui ne représentait qu'un petit nombre de bénéficiaires du régime des salariés, a agi en leur nom après le début du processus. Pour leur part, les participants au régime des cadres ont retenu les services d'un avocat. Cependant, du début à la fin, ils se sont heurtés à des difficultés concernant les avis, les délais et leur capacité de participer au processus. En effet, tout au long de la procédure intentée sous le régime de la LACC, le contrôleur et Indalex semblent s'être souciés davantage d'écarter les participants aux régimes que de veiller à ce qu'ils puissent être entendus. Le passage suivant des arguments présentés devant notre Cour par Morneau Shepell Ltd., l'administrateur ultérieur du régime, résume bien la conduite d'Indalex et du contrôleur à l'égard des bénéficiaires, dont les observations ne semblaient jamais tomber à point :

[TRADUCTION] Lorsque l'avocat représentant les retraités a comparu à nouveau à l'audience sur la motion en approbation du processus de vente par soumission, ses objections ont été considérées comme prématurées :

À mon avis, les questions soulevées par les retraités n'ont aucune incidence sur le processus de vente par soumission. Les retraités pourront soulever ces questions lorsqu'une motion en homologation d'une opération sera présentée — ce qui n'est pas le cas maintenant.

Ce n'est que lorsque l'avocat a comparu relativement à la motion en homologation de la vente, conformément aux directives du juge des requêtes, que les préoccupations des bénéficiaires du régime de retraite ont finalement été entendues. À ce moment-là, selon les appellants, l'intervention des bénéficiaires arrivait trop tard et constituait une contestation indirecte de l'ordonnance DE initiale. Or, il ne peut pas être toujours soit trop tôt soit trop tard pour les groupes intéressés. [m.i., par. 54-55]

[274] Je ne saurais passer sous silence la tentative ratée d'Indalex de faire cession de ses biens

business had been approved. One of the purposes of this action was essentially to harm the interests of the members of the plans. At the time, Indalex was still wearing its two hats, at least from a legal perspective. But its duties as a fiduciary were clearly not at the forefront of its concerns. There were constant conflicts of interest throughout the process. Indalex did not attempt to resolve them; it brushed them aside. In so acting, it breached its duties as a fiduciary and its statutory obligations under s. 22(4) *PBA*.

III. Procedural Fairness in CCAA Proceedings

[275] The manner in which this matter was conducted in the Superior Court was, at least partially, the result of Indalex disregarding its fiduciary duties. The procedural issues that arose in that court did not assist in mitigating the consequences of these breaches. It is true that, in the end, the beneficiaries obtained, or were given, some information pertaining to the proceedings and that counsel appeared on their behalf at various stages of the proceedings. However, the basic problem is that the proceedings were not conducted according to the spirit and principles of the Canadian system of civil justice.

[276] I accept that those procedures are often urgent. The situation of a debtor requires quick and efficient action. The turtle-like pace of some civil litigation would not meet the needs of the application of the *CCAA*. However, the conduct of proceedings under this statute is not solely an administrative process. It is also a judicial process conducted according to the tenets of the adversarial system. The fundamentals of such a system must not be ignored. All interested parties are entitled to a fair procedure that allows their voices to be raised and heard. It is not an answer to these concerns to say that nothing else could be done, that no other solution would have been better, that, in substance, hearing the members would have been a waste of time. In all branches of procedure whether in administrative law, criminal law or civil action, the rights to be informed and to be heard in some

en faillite après l'homologation de la vente de l'entreprise. Cette manoeuvre visait entre autres à nuire aux intérêts des participants aux régimes. À l'époque, Indalex cumulait toujours ses deux fonctions, du moins sur le plan juridique. Cependant, ses obligations fiduciaires ne se trouvaient de toute évidence pas au centre de ses préoccupations. Les conflits d'intérêts se sont multipliés au cours de la procédure. Au lieu d'essayer de les régler, Indalex les a balayés du revers de la main. Elle a ainsi manqué à ses obligations fiduciaires et aux prescriptions du par. 22(4) de la *LRR*.

III. L'équité procédurale dans une procédure intentée sous le régime de la LACC

[275] La manière dont l'instance s'est déroulée devant la Cour supérieure résultait, du moins en partie, du non-respect par Indalex de ses obligations fiduciaires. Les points de procédure soulevés devant la cour n'ont pas permis d'atténuer les conséquences de ces manquements. Certes, les bénéficiaires ont finalement obtenu ou reçu certains renseignements concernant la procédure et ils ont pu être représentés par un avocat à diverses étapes, mais l'esprit et les principes du système canadien de justice civile n'ont pas été respectés, et c'est là le problème fondamental.

[276] Je reconnais que, souvent, le temps presse dans ce genre de procédure. La situation d'un débiteur nécessite la prise de mesures rapides et efficaces. Un litige qui s'éternise, comme certaines actions civiles, ne saurait convenir pour l'application de la *LACC*. Toutefois, la procédure prévue par cette loi n'est pas de nature purement administrative. Il s'agit également d'un processus judiciaire, assujéti à ce titre aux principes du système contradictoire. Les règles fondamentales de ce système ne sauraient être bafouées. Toutes les parties intéressées ont droit à une procédure équitable qui leur permet d'exprimer leur point de vue et d'être entendues. Il ne suffit pas à cet égard de répondre que rien d'autre ne pouvait être tenté, qu'il n'existait pas de solution meilleure ou, essentiellement, qu'entendre les participants aurait constitué une perte de temps. Dans toute procédure,

way remain fundamental principles of justice. Those principles retain their place in the CCAA, as some authors and judges have emphasized (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at pp. 55-56; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 5, *per* Farley J.). This was not done in this case, as my colleagues admit, while they downplay the consequences of these procedural flaws and breaches.

IV. Imposing a Constructive Trust

[277] In this context, I see no error in the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust (paras. 200-207). It was a fair decision that met the requirements of justice, under the principles set out by our Court in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, and in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217. The remedy of a constructive trust was justified in order to correct the wrong caused by Indalex (*Soulos*, at para. 36, *per* McLachlin J. (as she then was)). The facts of the situation met the four conditions that generally justify the imposition of a constructive trust (*Soulos*, at para. 45), as determined by Justice Gillese in her reasons, at paras. 203-4: (1) the defendant was under an equitable obligation in relation to the activities giving rise to the assets in his or her hands; (2) the assets in the hands of the defendant were shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his or her equitable obligation to the plaintiff; (3) the plaintiff has shown a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendants remain faithful to their duties; and (4) there are no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case, such as the protection of the interests of intervening creditors.

que ce soit en droit administratif, pénal ou civil, le droit d'être informé et celui d'être entendu d'une manière ou d'une autre demeurent des principes fondamentaux de la justice. Ils demeurent applicables sous le régime de la LACC, comme le font remarquer certains auteurs et juges (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), p. 55-56; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 5 (le juge Farley). Ces principes n'ont pas été respectés en l'espèce, et mes collègues le reconnaissent, mais minimisent les conséquences de tels manquements et vices de procédure.

IV. Imposition d'une fiducie par interprétation

[277] Dans les circonstances, la décision de la Cour d'appel d'imposer une fiducie par interprétation ne me paraît pas erronée (par. 200-207). Il s'agit d'une décision équitable conforme aux exigences de la justice, selon les principes énoncés par notre Cour dans les arrêts *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, et *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217. Pareille réparation pour le tort causé par Indalex est fondée (*Soulos*, par. 36, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). Les faits de l'espèce respectent les quatre conditions qui justifient généralement l'imposition d'une fiducie par interprétation (*Soulos*, par. 45), comme le constate la juge Gillese aux par. 203-204 de ses motifs : (1) le défendeur était assujéti à une obligation en equity relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens; (2) il a été démontré que la possession des biens par le défendeur résultait des actes qu'il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l'obligation que l'equity lui imposait à l'égard du demandeur; (3) le demandeur a établi qu'il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d'autres personnes comme le défendeur s'acquittent de leurs obligations; (4) il n'existe pas de facteurs qui rendraient injuste l'imposition d'une fiducie par interprétation eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire, comme la protection des intérêts des créanciers intervenants.

[278] In crafting such a remedy, the Court of Appeal was relying on the inherent powers of the courts to craft equitable remedies, not only in respect of procedural issues, but also of substantive questions. Section 9 of the CCAA is broadly drafted and does not deprive courts of their power to fill in gaps in the law when this is necessary in order to grant justice to the parties (G. R. Jackson and J. Sarra, “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law, 2007* (2008), 41, at pp. 78-79).

[279] The imposition of the trust did not disregard the different corporate personalities of Indalex and Indalex U.S. It properly acknowledged the close relationship between the two companies, the second in effect controlling the first. This relationship could and needed to be taken into consideration in order to determine whether a constructive trust was a proper remedy.

[280] For these reasons, I would uphold the imposition of a constructive trust and I would dismiss the appeal with costs to the respondents.

APPENDIX

The Pension Benefits Amendment Act, 1973, S.O. 1973, c. 113

6. The said Act is amended by adding thereto the following sections:

23a.—(1) Any sum received by an employer from an employee pursuant to an arrangement for the payment of such sum by the employer into a pension plan as the employee’s contribution thereto shall be deemed to be held by the employer in trust for payment of the same after his receipt thereof into the pension plan as the employee’s contribution thereto and the employer shall not appropriate or convert any part thereof to his own use or to any use not authorized by the trust.

[278] En imposant pareille réparation, la Cour d’appel a exercé la compétence inhérente des tribunaux de concevoir une réparation en equity en réponse non seulement à une question de procédure, mais également à une question de fond. L’article 9 de la LACC est formulé en termes généraux et n’a pas pour effet de priver le tribunal du pouvoir de combler au besoin les lacunes du droit pour rendre justice aux parties (G. R. Jackson et J. Sarra, « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law, 2007* (2008), 41, p. 78-79).

[279] En imposant la fiducie, la Cour n’a pas négligé le fait qu’Indalex et Indalex É.-U. constituent des personnes morales distinctes. Elle a tenu compte à juste titre de leurs rapports étroits, la seconde contrôlant dans les faits la première. Il était possible, voire nécessaire, de prendre ces rapports en compte pour déterminer si la fiducie par interprétation constituait une réparation adéquate en l’espèce.

[280] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de confirmer la fiducie par interprétation et de rejeter l’appel avec dépens en faveur des intimés.

ANNEXE

The Pension Benefits Amendment Act, 1973, S.O. 1973, ch. 113

[TRADUCTION]

6. La même loi est modifiée par l’adjonction de ce qui suit :

23a.—(1) Toute somme qu’un employeur reçoit d’un employé conformément à une entente relative à son versement par l’employeur à titre de cotisation salariale est réputée détenue en fiducie par l’employeur en vue de son versement, après qu’il l’a reçue, au régime de retraite à titre de cotisation salariale, et l’employeur ne peut s’en approprier quelque partie ni la transformer à son usage personnel ou à un autre usage non autorisé par la fiducie.

(2) For the purposes of subsection 1, any sum withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from moneys payable to an employee shall be deemed to be a sum received by the employer from the employee.

(3) Any sum required to be paid into a pension plan by an employer as the employer's contribution to the plan shall, when due under the plan, be deemed to be held by the employer in trust for payment of the same into the plan in accordance with the plan and this Act and the regulations as the employer's contribution and the employer shall not appropriate or convert any part of the amount required to be paid to the fund to his own use or to any use not authorized by the terms of the pension plan.

Pension Benefits Act, R.S.O. 1980, c. 373

21. . . .

(2) Upon the termination or winding up of a pension plan filed for registration as required by section 17, the employer is liable to pay all amounts that would otherwise have been required to be paid to meet the tests for solvency prescribed by the regulations, up to the date of such termination or winding up, to the insurer, administrator or trustee of the pension plan.

23.—(1) Where a sum is received by an employer from an employee under an arrangement for the payment of the sum by the employer into a pension plan as the employee's contribution thereto, the employer shall be deemed to hold the sum in trust for the employee until the sum is paid into the pension plan whether or not the sum has in fact been kept separate and apart by the employer and the employee has a lien upon the assets of the employer for such amount that in the ordinary course of business would be entered in books of account whether so entered or not.

(3) Where an employer is required to make contributions to a pension plan, he shall be deemed to hold in trust for the members of the plan an amount calculated in accordance with subsection (4), whether or not,

(2) Pour les besoins du paragraphe 1, la somme qu'un employeur prélève sur une somme payable à l'employé, notamment par retenue salariale, est réputée constituer une somme que l'employeur reçoit de l'employé.

(3) Toute somme qu'un employeur doit verser à un régime de retraite à titre de cotisation patronale et qui est exigible aux termes du régime est réputée détenue en fiducie par l'employeur en vue de son versement au régime de retraite conformément à celui-ci, à la présente loi et au règlement, et l'employeur ne peut s'approprier ni transformer à son usage personnel ou à tout autre usage non autorisé par le régime quelque partie du montant qui doit être versé à la caisse.

Pension Benefits Act, R.S.O. 1980, ch. 373

[TRANSDUCTION]

21. . . .

(2) À la cessation ou à la liquidation d'un régime de retraite déposé en vue de son agrément en vertu de l'article 17, l'employeur est tenu de verser à l'assureur, à l'administrateur ou au fiduciaire du régime de retraite les sommes dont le versement aurait été par ailleurs exigible pour satisfaire aux critères de solvabilité, et ce, jusqu'à la date de la cessation ou de la liquidation du régime.

23.—(1) L'employeur qui reçoit une somme d'un employé conformément à une entente relative à son versement par l'employeur à un régime de retraite à titre de cotisation salariale est réputé la détenir en fiducie jusqu'à son versement au régime de retraite, et ce, qu'il l'ait conservée séparément ou non, et l'employé a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans les livres de compte, qu'il y soit consigné ou non.

(3) L'employeur qui est tenu de cotiser à un régime de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants au régime une somme dont le montant est calculé conformément au paragraphe (4), et ce,

- (a) the employer contributions are payable into the plan under the terms of the plan or this Act; or
- (b) the amount has been kept separate and apart by the employer,

and the members have a lien upon the assets of the employer in such amount that in the ordinary course of business would be entered into the books of account whether so entered or not.

(4) For the purpose of determining the amount deemed to be held in trust under subsection (3) on a specific date, the calculation shall be made as if the plan had been wound up on that date.

32. In addition to any amounts the employer is liable to pay under subsection 21 (2), where a defined benefit pension plan is terminated or wound up or the plan is amended so that it is no longer a defined benefit pension plan, the employer is liable to the plan for the difference between,

- (a) the value of the assets of the plan; and
- (b) the value of pension benefits guaranteed under subsection 31 (1) and any other pension benefit vested under the terms of the plan,

and the employer shall make payments to the insurer, trustee or administrator of the pension plan to fund the amount owing in such manner as is prescribed by regulation.

Pension Benefits Amendment Act, 1983, S.O. 1983, c. 2

2. Subsection 21 (2) of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

(2) Upon the termination or winding up of a registered pension plan, the employer of employees covered by the pension plan shall pay to the administrator, insurer or trustee of the pension plan,

- (a) an amount equal to,

- a) que la cotisation de l'employeur soit payable ou non aux termes du régime ou de la présente Loi et
- b) que l'employeur l'ait conservée séparément ou non,

et les participants ont un privilège sur l'actif de l'employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans des livres de compte, qu'il y soit consigné ou non.

(4) Aux fins de déterminer le montant qui est réputé détenu en fiducie en application du paragraphe (3) à une date précise, le calcul est effectué comme si le régime avait été liquidé à cette date.

32. En plus des sommes que l'employeur est tenu de payer en application du paragraphe 21 (2), lors de la cessation ou de la liquidation d'un régime de retraite à prestations déterminées ou lorsqu'une modification fait en sorte qu'un régime n'est plus un régime de retraite à prestations déterminées, l'employeur est tenu de combler la différence entre

- a) la valeur de l'actif du régime et
- b) la valeur des prestations de retraite garanties suivant le paragraphe 31 (1) et de toutes autres prestations de retraite auxquelles le droit est acquis aux termes du régime,

et l'employeur verse à l'assureur, au fiduciaire ou à l'administrateur du régime de retraite les sommes ainsi requises de la manière prévue par règlement.

Pension Benefits Amendment Act, 1983, S.O. 1983, ch. 2

[TRADUCTION]

2. Le paragraphe 21 (2) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :

(2) Lors de la cessation ou de la liquidation d'un régime de retraite enregistré, l'employeur dont les employés bénéficient du régime verse à l'administrateur, à l'assureur ou au fiduciaire du régime

- a) une somme dont le montant est égal

- (i) the current service cost, and
- (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that have accrued to and including the date of the termination or winding up but, under the terms of the pension plan or the regulations, are not due on that date; and

- (b) all other payments that, by the terms of the pension plan or the regulations, are due from the employer to the pension plan but have not been paid at the date of the termination or winding up.

(2a) For the purposes of clause (2) (a), the current service cost and special payments shall be deemed to accrue on a daily basis.

3. Section 23 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

23.—(1) Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension plan as the employee's contribution to the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension plan.

(2) For the purposes of subsection (1), money withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from moneys payable to an employee shall be deemed to be money received by the employer from the employee.

(3) The administrator or trustee of the pension plan has a lien and charge upon the assets of the employer in an amount equal to the amount that is deemed to be held in trust under subsection (1).

(4) An employer who is required by a pension plan to contribute to the pension plan shall be deemed to hold in trust for the members of the pension plan an amount of money equal to the total of,

- (a) all moneys that the employer is required to pay into the pension plan to meet,
 - (i) the current service cost, and
 - (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that are due under the pension plan or the regulations and have not been paid into the pension plan; and

- (i) au coût du service courant et
- (ii) aux paiements spéciaux prescrits par règlement,

qui sont accumulés à la date de la cessation ou de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui, suivant les conditions du régime et le libellé du règlement, ne sont pas encore dus;

- b) toute autre somme qui, aux termes du régime de retraite ou du règlement, est due par l'employeur au régime de retraite, mais qui n'a pas été versée à la date de la cessation ou de la liquidation.

(2a) Pour les besoins de l'alinéa (2) a), le coût du service courant et les paiements spéciaux sont réputés s'accumuler sur une base quotidienne.

3. L'article 23 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :

23.—(1) L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à un régime de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent au régime de retraite.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), toute retenue à la source ou autre somme prélevée par l'employeur est réputée constituer de l'argent que l'employeur reçoit de l'employé.

(3) L'administrateur ou le fiduciaire du régime de retraite a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison d'un montant égal à la somme réputée détenue en fiducie suivant le paragraphe (1).

(4) L'employeur qui, dans le cadre d'un régime de retraite, est tenu de cotiser à ce régime est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants du régime une somme égale au total

- a) de toutes les sommes que l'employeur est tenu de verser au régime pour acquitter
 - (i) le coût du service courant et
 - (ii) les paiements spéciaux prescrits par règlement

qui sont dus aux termes du régime ou du règlement, et qui n'ont pas été versés;

(b) where the pension plan is terminated or wound up, any other money that the employer is liable to pay under clause 21 (2) (a).

(5) The administrator or trustee of the pension plan has a lien and charge upon the assets of the employer in an amount equal to the amount that is deemed to be held in trust under subsection (4).

(6) Subsections (1) and (4) apply whether or not the moneys mentioned in those subsections are kept separate and apart from other money.

8. Sections 32 and 33 of the said Act are repealed and the following substituted therefor:

32.—(1) The employer of employees who are members of a defined benefit pension plan that the employer is bound by or to which the employer is a party and that is partly or wholly wound up shall pay to the administrator, insurer or trustee of the plan an amount of money equal to the amount by which the value of the pension benefits guaranteed by section 31 plus the value of the pension benefits vested under the defined benefit pension plan exceeds the value of the assets of the plan allocated in accordance with the regulations for payment of pension benefits accrued with respect to service in Ontario.

(2) The amount that the employer is required to pay under subsection (1) is in addition to the amounts that the employer is liable to pay under subsection 21 (2).

(3) The employer shall pay the amount required under subsection (1) to the administrator, insurer or trustee of the defined benefit pension plan in the manner prescribed by the regulations.

Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35

58.—(1) Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension fund as the employee's contribution under the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension fund.

b) lors de la cessation ou de la liquidation du régime, toute autre somme que l'employeur est tenu de payer en vertu de l'alinéa 21 (2) a).

(5) L'administrateur ou le fiduciaire du régime de retraite a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison d'un montant égal à celui de la somme qui est réputée détenue en fiducie suivant le paragraphe (4).

(6) Les paragraphes (1) et (4) s'appliquent que les sommes mentionnées soient conservées séparément ou non.

8. Les articles 32 et 33 de la même loi sont abrogés et remplacés par ce qui suit :

32.—(1) L'employeur dont les employés participent à un régime de retraite à prestations déterminées par lequel il est lié ou auquel il est partie et qui fait l'objet d'une liquidation partielle ou totale est tenu de verser à l'administrateur, à l'assureur ou au fiduciaire du régime un montant égal à l'excédent de la valeur des prestations de retraite garanties par l'article 31 et de la valeur des prestations de retraite acquises suivant le régime de retraite à prestations déterminées sur la valeur de l'actif du régime établie conformément au règlement applicable au paiement des prestations de retraite accumulées eu égard aux états de services en Ontario.

(2) Le versement que l'employeur est tenu d'effectuer suivant le paragraphe (1) s'ajoute à celui exigé au paragraphe 21 (2).

(3) L'employeur verse à l'assureur, au fiduciaire ou à l'administrateur du régime de retraite à prestations déterminées, de la manière prescrite par règlement, toute somme dont le versement est exigé au paragraphe (1).

Loi de 1987 sur les régimes de retraite, L.O. 1987, ch. 35

58. (1) L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à une caisse de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite, est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent à la caisse de retraite.

(3) An employer who is required to pay contributions to a pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to the employer contributions due and not paid into the pension fund.

(4) Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

59.—(1) Money that an employer is required to pay into a pension fund accrues on a daily basis.

(2) Interest on contributions shall be calculated and credited at a rate not less than the prescribed rates and in accordance with prescribed requirements.

75.—(1) A member in Ontario of a pension plan whose combination of age plus years of continuous employment or membership in the pension plan equals at least fifty-five, at the effective date of the wind up of the pension plan in whole or in part, has the right to receive,

- (a) a pension in accordance with the terms of the pension plan, if, under the pension plan, the member is eligible for immediate payment of the pension benefit;
- (b) a pension in accordance with the terms of the pension plan, beginning at the earlier of,
 - (i) the normal retirement date under the pension plan, or
 - (ii) the date on which the member would be entitled to an unreduced pension under the pension plan if the pension plan were not wound up and if the member's membership continued to that date; or
- (c) a reduced pension in the amount payable under the terms of the pension plan beginning on the date on which the member would be entitled to

(3) L'employeur qui est tenu de cotiser à une caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont dues et impayées à la caisse de retraite.

(4) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

59. (1) L'intérêt sur l'argent qu'un employeur est tenu de verser à une caisse de retraite s'accumule sur une base quotidienne.

(2) L'intérêt sur les cotisations est calculé et crédité à des taux qui ne sont pas inférieurs aux taux prescrits et conformément aux exigences prescrites.

75. (1) En Ontario, un participant à un régime de retraite dont le total de l'âge plus le nombre d'années d'emploi continu ou d'affiliation continue est d'au moins cinquante-cinq, à la date de prise d'effet de la liquidation totale ou partielle, a droit à l'une des pensions suivantes :

- a) une pension conforme aux conditions du régime de retraite si, aux termes du régime de retraite, le participant est admissible au paiement immédiat d'une prestation de retraite;
- b) une pension conforme aux conditions du régime de retraite, commençant à la plus antérieure des dates suivantes :
 - (i) la date normale de retraite prévue par le régime de retraite,
 - (ii) la date à laquelle le participant aurait droit à une pension non réduite aux termes du régime de retraite si celui-ci n'était pas liquidé et que l'affiliation du participant avait continué jusqu'à cette date;
- c) une pension réduite dont le montant correspond à celui à verser aux termes du régime de retraite commençant à la date à laquelle le participant

the reduced pension under the pension plan if the pension plan were not wound up and if the member's membership continued to that date.

aurait droit à la pension réduite en vertu du régime de retraite si celui-ci n'était pas liquidé et que l'affiliation du participant avait continué jusqu'à cette date.

76.—(1) Where a pension plan is wound up in whole or in part, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and
- (b) an amount equal to the amount by which,
 - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Commission declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,
 - (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
 - (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 40 (3) (50 per cent rule) and section 75,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8

57. (1) [Trust property] Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension fund as the employee's contribution under the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension fund.

(2) [Money withheld] For the purposes of subsection (1), money withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from money payable to an employee shall be deemed to be money received by the employer from the employee.

76. (1) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;
- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
 - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si la Commission déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,
 - (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
 - (iii) la valeur des prestations accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 40 (3) (règle des 50 pour cent),

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8

57. (1) [Bien en fiducie] L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à une caisse de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite, est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent à la caisse de retraite.

(2) [Sommes retenues] Pour l'application du paragraphe (1), l'argent retenu des sommes payables à l'employé par l'employeur, que ce soit par retenues salariales ou autrement, est réputé être de l'argent que l'employeur a reçu de l'employé.

(3) [Accrued contributions] An employer who is required to pay contributions to a pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to the employer contributions due and not paid into the pension fund.

(4) [Wind up] Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

58. (1) [Accrual] Money that an employer is required to pay into a pension fund accrues on a daily basis.

(2) [Interest] Interest on contributions shall be calculated and credited at a rate not less than the prescribed rates and in accordance with prescribed requirements.

74. (1) [Activating events] This section applies if a person ceases to be a member of a pension plan on the effective date of one of the following activating events:

1. The wind up of a pension plan, if the effective date of the wind up is on or after April 1, 1987.
2. The employer's termination of the member's employment, if the effective date of the termination is on or after July 1, 2012. However, this paragraph does not apply if the termination occurs in any of the circumstances described in subsection (1.1).
3. The occurrence of such other events as may be prescribed in such circumstances as may be specified by regulation.

(1.1) [Same, termination of employment] Termination of employment is not an activating event if the termination is a result of wilful misconduct, disobedience or wilful neglect of duty by the member that is not trivial and has not been condoned by the employer or if the termination occurs in such other circumstances as may be prescribed.

(3) [Cotisations accumulées] L'employeur qui est tenu de cotiser à une caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont dues et impayées à la caisse de retraite.

(4) [Liquidation] Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

58. (1) [Accumulation] L'argent qu'un employeur est tenu de verser à une caisse de retraite s'accumule sur une base quotidienne.

(2) [Intérêt] L'intérêt sur les cotisations est calculé et crédité à des taux qui ne sont pas inférieurs aux taux prescrits et conformément aux exigences prescrites.

74. (1) [Événements déclencheurs] Le présent article s'applique si une personne cesse d'être un participant à la date de prise d'effet de l'un des événements déclencheurs suivants :

1. La liquidation du régime de retraite, si sa date de prise d'effet tombe le 1^{er} avril 1987 ou après cette date.
2. La cessation, par l'employeur, de l'emploi d'un participant, si sa date de prise d'effet tombe le 1^{er} juillet 2012 ou après cette date, la présente disposition ne s'appliquant toutefois pas si la cessation se produit dans les circonstances visées au paragraphe (1.1).
3. L'arrivée d'autres événements prescrits dans les circonstances prescrites par règlement.

(1.1) [Idem : cessation d'emploi] La cessation de l'emploi n'est pas un événement déclencheur si elle résulte d'un acte d'inconduite délibérée, d'indiscipline ou de négligence volontaire du participant qui n'est pas frivole et que l'employeur n'a pas toléré, ou qu'elle se produit dans les autres circonstances prescrites.

(1.2) [Exceptions, election by certain pension plans] This section does not apply with respect to a jointly sponsored pension plan or a multi-employer pension plan while an election made under section 74.1 for the plan and its members is in effect.

(1.3) [Benefit] A member in Ontario of a pension plan whose combination of age plus years of continuous employment or membership in the pension plan equals at least 55 on the effective date of the activating event has the right to receive,

- (a) a pension in accordance with the terms of the pension plan, if, under the pension plan, the member is eligible for immediate payment of the pension benefit;
- (b) a pension in accordance with the terms of the pension plan, beginning at the earlier of,
 - (i) the normal retirement date under the pension plan, or
 - (ii) the date on which the member would be entitled to an unreduced pension under the pension plan if the activating event had not occurred and if the member's membership continued to that date; or
- (c) a reduced pension in the amount payable under the terms of the pension plan beginning on the date on which the member would be entitled to the reduced pension under the pension plan if the activating event had not occurred and if the member's membership continued to that date.

(2) [Part year] In determining the combination of age plus employment or membership, one-twelfth credit shall be given for each month of age and for each month of continuous employment or membership on the effective date of the activating event.

(3) [Member for 10 years] Bridging benefits offered under the pension plan to which a member would be entitled if the activating event had not occurred and if his or her membership were continued shall be included in calculating the pension benefit under subsection (1.3) of a person who has at least 10 years of continuous employment with the employer or has been a member of the pension plan for at least 10 years.

(1.2) [Exceptions : choix fait par certains régimes de retraite] Le présent article ne s'applique pas à l'égard d'un régime de retraite conjoint ou d'un régime de retraite interentreprises tant qu'un choix fait en vertu de l'article 74.1 pour le régime et les participants est en vigueur.

(1.3) [Prestation] En Ontario, un participant à un régime de retraite dont le total de l'âge plus le nombre d'années d'emploi continu ou d'affiliation continue est d'au moins 55, à la date de prise d'effet de l'événement déclencheur, a droit à l'une des pensions suivantes :

- a) une pension conforme aux conditions du régime de retraite si, aux termes de celui-ci, il est admissible au paiement immédiat d'une prestation de retraite;
- b) une pension conforme aux conditions du régime de retraite, commençant à la première des dates suivantes :
 - (i) la date normale de retraite prévue par le régime de retraite,
 - (ii) la date à laquelle il aurait droit à une pension non réduite aux termes du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que son affiliation avait continué jusqu'à cette date;
- c) une pension réduite dont le montant correspond à celui à verser aux termes du régime de retraite commençant à la date à laquelle il aurait droit à la pension réduite en vertu du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que son affiliation avait continué jusqu'à cette date.

(2) [Partie d'année] Pour déterminer le total de l'âge plus l'emploi ou l'affiliation, un crédit d'un douzième est accordé pour chaque mois d'âge et pour chaque mois d'emploi ou d'affiliation continus à la date de prise d'effet de l'événement déclencheur.

(3) [Participant pendant 10 ans] Les prestations de raccordement offertes aux termes du régime de retraite auxquelles un participant aurait droit si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que l'affiliation du participant continuait, sont incluses dans le calcul de la prestation de retraite prévue au paragraphe (1.3) dans le cas d'une personne qui a accumulé au moins 10 années d'emploi continu chez l'employeur ou qui est un participant depuis au moins 10 ans.

(4) [Prorated bridging benefit] For the purposes of subsection (3), if the bridging benefit offered under the pension plan is not related to periods of employment or membership in the pension plan, the bridging benefit shall be prorated by the ratio that the member's actual period of employment bears to the period of employment that the member would have to the earliest date on which the member would be entitled to payment of pension benefits and a full bridging benefit under the pension plan if the activating event had not occurred.

(5) [Notice of termination of employment] Membership in a pension plan that is wound up includes the period of notice of termination of employment required under Part XV of the *Employment Standards Act, 2000*.

(6) [Application of subs. (5)] Subsection (5) does not apply for the purpose of calculating the amount of a pension benefit of a member who is required to make contributions to the pension fund unless the member makes the contributions in respect of the period of notice of termination of employment.

(7) [Consent of employer] For the purposes of this section, where the consent of an employer is an eligibility requirement for entitlement to receive an ancillary benefit, the employer shall be deemed to have given the consent.

(7.1) [Consent of administrator, jointly sponsored pension plans] For the purposes of this section, where the consent of the administrator of a jointly sponsored pension plan is an eligibility requirement for entitlement to receive an ancillary benefit, the administrator shall be deemed to have given the consent.

(8) [Use in calculating pension benefit] A benefit described in clause (1.3) (a), (b) or (c) for which a member has met all eligibility requirements under this section shall be included in calculating the member's pension benefit or the commuted value of the pension benefit.

75. (1) [Liability of employer on wind up] Where a pension plan is wound up, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension

(4) [Prestation de raccordement distribuée proportionnellement] Pour l'application du paragraphe (3), si la prestation de raccordement offerte aux termes du régime de retraite ne se rapporte pas à des périodes d'emploi ou d'affiliation au régime de retraite, la prestation de raccordement est distribuée selon le rapport qui existe entre la période réelle d'emploi du participant à la période d'emploi que le participant aurait faite à la première date à laquelle le membre aurait droit au paiement de prestations de retraite et d'une pleine prestation de raccordement aux termes du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit.

(5) [Avis de licenciement] L'affiliation à un régime de retraite qui est liquidé inclut la période de préavis de licenciement exigé en vertu de la partie XV de la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*.

(6) [Champ d'application du par. (5)] Le paragraphe (5) ne s'applique pas afin de calculer le montant de la prestation de retraite d'un participant qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite, à moins que le participant verse les cotisations à l'égard de la période de préavis de licenciement.

(7) [Consentement de l'employeur] Pour l'application du présent article, si le consentement de l'employeur est une condition d'admissibilité au droit de recevoir une prestation accessoire, l'employeur est réputé avoir donné son consentement.

(7.1) [Consentement de l'administrateur : régimes de retraite conjoints] Pour l'application du présent article, si le consentement de l'administrateur d'un régime de retraite conjoint est une condition d'admissibilité au droit de recevoir une prestation accessoire, l'administrateur est réputé avoir donné son consentement.

(8) [Calcul de la prestation de retraite] La prestation mentionnée à l'alinéa (1.3) a), b) ou c) à l'égard de laquelle un participant a rempli toutes les conditions d'admissibilité prévues au présent article est incluse dans le calcul de la prestation de retraite du participant ou de sa valeur de rachat.

75. (1) [Responsabilité de l'employeur à la liquidation] Si un régime de retraite est liquidé, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des

plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and

- (b) an amount equal to the amount by which,
 - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,
 - (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
 - (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

Appeals of Sun Indalex Finance, George L. Miller and FTI Consulting allowed, LEBEL and ABELLA JJ. dissenting. Appeal of USW dismissed.

Solicitors for the appellant Sun Indalex Finance, LLC: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the appellant George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors: Chaitons, Toronto.

Solicitors for the appellant FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the appellant/respondent United Steelworkers: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the respondents Keith Carruthers, et al.: Koskie Minsky, Toronto.

Solicitors for the respondent Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited

règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;

- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
 - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le surintendant déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,
 - (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
 - (iii) la valeur des prestations accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l'article 74,

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

Pourvois de Sun Indalex Finance, George L. Miller et FTI Consulting accueillis, les juges LEBEL et ABELLA sont dissidents. Pourvoi du Syndicat des Métallos rejeté.

Procureurs de l'appelante Sun Indalex Finance, LLC : Goodmans, Toronto.

Procureurs de l'appelant George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7 : Chaitons, Toronto.

Procureurs de l'appelante FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs de l'appelant/intimé le Syndicat des Métallos : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intimés Keith Carruthers, et autres : Koskie Minsky, Toronto.

Procureurs de l'intimée Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau

Partnership): Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitor for the respondent/intervener the Superintendent of Financial Services: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Insolvency Institute of Canada: Thornton Grout Finnigan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Federation of Pensioners: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: McMillan, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Bankers Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Sobeco, société en commandite): Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureur de l'intimé/intervenant le Surintendant des services financiers : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada : Thornton Grout Finnigan, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des retraités : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : McMillan, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

CITATION: Target Canada Co. (Re), 2015 ONSC 303
COURT FILE NO.: CV-15-10832-00CL
DATE: 2015-01-16

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

RE: IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*,
R.S.C., 1985, c. C-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF TARGET CANADA CO., TARGET CANADA
HEALTH CO., TARGET CANADA MOBILE GP CO., TARGET CANADA
PHARMACY (BC) CORP., TARGET CANADA PHARMACY (ONTARIO)
CORP., TARGET CANADA PHARMACY CORP., TARGET CANADA
PHARMACY (SK) CORP., and TARGET CANADA PROPERTY LLC.

BEFORE: Regional Senior Justice Morawetz

COUNSEL: *Tracy Sandler* and *Jeremy Dacks*, for the Target Canada Co., Target Canada
Health Co., Target Canada Mobile GP Co., Target Canada Pharmacy (BC) Corp.,
Target Canada Pharmacy (Ontario) Corp., Target Canada Pharmacy Corp., Target
Canada Pharmacy (SK) Corp., and Target Canada Property LLC (the
“Applicants”)

Jay Swartz, for the Target Corporation

Alan Mark, *Melaney Wagner*, and *Jesse Mighton*, for the Proposed Monitor,
Alvarez and Marsal Canada ULC (“Alvarez”)

Terry O’Sullivan, for The Honourable J. Ground, Trustee of the Proposed
Employee Trust

Susan Philpott, for the Proposed Employee Representative Counsel for employees
of the Applicants

HEARD and ENDORSED: January 15, 2015

REASONS: January 16, 2015

ENDORSEMENT

[1] Target Canada Co. (“TCC”) and the other applicants listed above (the “Applicants”) seek relief under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C., 1985, c. C-36, as amended (the “CCAA”). While the limited partnerships listed in Schedule “A” to the draft Order (the “Partnerships”) are not applicants in this proceeding, the Applicants seek to have a stay of

proceedings and other benefits of an initial order under the CCAA extended to the Partnerships, which are related to or carry on operations that are integral to the business of the Applicants.

[2] TCC is a large Canadian retailer. It is the Canadian operating subsidiary of Target Corporation, one of the largest retailers in the United States. The other Applicants are either corporations or partners of the Partnerships formed to carry on specific aspects of TCC's Canadian retail business (such as the Canadian pharmacy operations) or finance leasehold improvements in leased Canadian stores operated by TCC. The Applicants, therefore, do not represent the entire Target enterprise; the Applicants consist solely of entities that are integral to the Canadian retail operations. Together, they are referred as the "Target Canada Entities".

[3] In early 2011, Target Corporation determined to expand its retail operations into Canada, undertaking a significant investment (in the form of both debt and equity) in TCC and certain of its affiliates in order to permit TCC to establish and operate Canadian retail stores. As of today, TCC operates 133 stores, with at least one store in every province of Canada. All but three of these stores are leased.

[4] Due to a number of factors, the expansion into Canada has proven to be substantially less successful than expected. Canadian operations have shown significant losses in every quarter since stores opened. Projections demonstrate little or no prospect of improvement within a reasonable time.

[5] After exploring multiple solutions over a number of months and engaging in extensive consultations with its professional advisors, Target Corporation concluded that, in the interest of all of its stakeholders, the responsible course of action is to cease funding the Canadian operations.

[6] Without ongoing investment from Target Corporation, TCC and the other Target Canada Entities cannot continue to operate and are clearly insolvent. Due to the magnitude and complexity of the operations of the Target Canada Entities, the Applicants are seeking a stay of proceedings under the CCAA in order to accomplish a fair, orderly and controlled wind-down of their operations. The Target Canada Entities have indicated that they intend to treat all of their stakeholders as fairly and equitably as the circumstances allow, particularly the approximately 17,600 employees of the Target Canada Entities.

[7] The Applicants are of the view that an orderly wind-down under Court supervision, with the benefit of inherent jurisdiction of the CCAA, and the oversight of the proposed monitor, provides a framework in which the Target Canada Entities can, among other things:

- a) Pursue initiatives such as the sale of real estate portfolios and the sale of inventory;
- b) Develop and implement support mechanisms for employees as vulnerable stakeholders affected by the wind-down, particularly (i) an employee trust (the "Employee Trust") funded by Target Corporation; (ii) an employee representative counsel to safeguard employee interests; and (iii) a key

employee retention plan (the “KERP”) to provide essential employees who agree to continue their employment and to contribute their services and expertise to the Target Canada Entities during the orderly wind-down;

- c) Create a level playing field to ensure that all affected stakeholders are treated as fairly and equitably as the circumstances allow; and
- d) Avoid the significant maneuvering among creditors and other stakeholders that could be detrimental to all stakeholders, in the absence of a court-supervised proceeding.

[8] The Applicants are of the view that these factors are entirely consistent with the well-established purpose of a CCAA stay: to give a debtor the “breathing room” required to restructure with a view to maximizing recoveries, whether the restructuring takes place as a going concern or as an orderly liquidation or wind-down.

[9] TCC is an indirect, wholly-owned subsidiary of Target Corporation and is the operating company through which the Canadian retail operations are carried out. TCC is a Nova Scotia unlimited liability company. It is directly owned by Nicollet Enterprise 1 S. à r.l. (“NE1”), an entity organized under the laws of Luxembourg. Target Corporation (which is incorporated under the laws of the State of Minnesota) owns NE1 through several other entities.

[10] TCC operates from a corporate headquarters in Mississauga, Ontario. As of January 12, 2015, TCC employed approximately 17,600 people, almost all of whom work in Canada. TCC’s employees are not represented by a union, and there is no registered pension plan for employees.

[11] The other Target Canada Entities are all either: (i) direct or indirect subsidiaries of TCC with responsibilities for specific aspects of the Canadian retail operation; or (ii) affiliates of TCC that have been involved in the financing of certain leasehold improvements.

[12] A typical TCC store has a footprint in the range of 80,000 to 125,000 total retail square feet and is located in a shopping mall or large strip mall. TCC is usually the anchor tenant. Each TCC store typically contains an in-store Target brand pharmacy, Target Mobile kiosk and a Starbucks café. Each store typically employs approximately 100 – 150 people, described as “Team Members” and “Team Leaders”, with a total of approximately 16,700 employed at the “store level” of TCC’s retail operations.

[13] TCC owns three distribution centres (two in Ontario and one in Alberta) to support its retail operations. These centres are operated by a third party service provider. TCC also leases a variety of warehouse and office spaces.

[14] In every quarter since TCC opened its first store, TCC has faced lower than expected sales and greater than expected losses. As reported in Target Corporation’s Consolidated Financial Statements, the Canadian segment of the Target business has suffered a significant loss in every quarter since TCC opened stores in Canada.

[15] TCC is completely operationally funded by its ultimate parent, Target Corporation, and related entities. It is projected that TCC's cumulative pre-tax losses from the date of its entry into the Canadian market to the end of the 2014 fiscal year (ending January 31, 2015) will be more than \$2.5 billion. In his affidavit, Mr. Mark Wong, General Counsel and Secretary of TCC, states that this is more than triple the loss originally expected for this period. Further, if TCC's operations are not wound down, it is projected that they would remain unprofitable for at least 5 years and would require significant and continued funding from Target Corporation during that period.

[16] TCC attributes its failure to achieve expected profitability to a number of principal factors, including: issues of scale; supply chain difficulties; pricing and product mix issues; and the absence of a Canadian online retail presence.

[17] Following a detailed review of TCC's operations, the Board of Directors of Target Corporation decided that it is in the best interests of the business of Target Corporation and its subsidiaries to discontinue Canadian operations.

[18] Based on the stand-alone financial statements prepared for TCC as of November 1, 2014 (which consolidated financial results of TCC and its subsidiaries), TCC had total assets of approximately \$5.408 billion and total liabilities of approximately \$5.118 billion. Mr. Wong states that this does not reflect a significant impairment charge that will likely be incurred at fiscal year end due to TCC's financial situation.

[19] Mr. Wong states that TCC's operational funding is provided by Target Corporation. As of November 1, 2014, NE1 (TCC's direct parent) had provided equity capital to TCC in the amount of approximately \$2.5 billion. As a result of continuing and significant losses in TCC's operations, NE1 has been required to make an additional equity investment of \$62 million since November 1, 2014.

[20] NE1 has also lent funds to TCC under a Loan Facility with a maximum amount of \$4 billion. TCC owed NE1 approximately \$3.1 billion under this Facility as of January 2, 2015. The Loan Facility is unsecured. On January 14, 2015, NE1 agreed to subordinate all amounts owing by TCC to NE1 under this Loan Facility to payment in full of proven claims against TCC.

[21] As at November 1, 2014, Target Canada Property LLC ("TCC Propco") had assets of approximately \$1.632 billion and total liabilities of approximately \$1.643 billion. Mr. Wong states that this does not reflect a significant impairment charge that will likely be incurred at fiscal year end due to TCC Propco's financial situation. TCC Propco has also borrowed approximately \$1.5 billion from Target Canada Property LP and TCC Propco also owes U.S. \$89 million to Target Corporation under a Demand Promissory Note.

[22] TCC has subleased almost all the retail store leases to TCC Propco, which then made real estate improvements and sub-sub leased the properties back to TCC. Under this arrangement, upon termination of any of these sub-leases, a "make whole" payment becomes owing from TCC to TCC Propco.

[23] Mr. Wong states that without further funding and financial support from Target Corporation, the Target Canada Entities are unable to meet their liabilities as they become due, including TCC's next payroll (due January 16, 2015). The Target Canada Entities, therefore state that they are insolvent.

[24] Mr. Wong also states that given the size and complexity of TCC's operations and the numerous stakeholders involved in the business, including employees, suppliers, landlords, franchisees and others, the Target Canada Entities have determined that a controlled wind-down of their operations and liquidation under the protection of the CCAA, under Court supervision and with the assistance of the proposed monitor, is the only practical method available to ensure a fair and orderly process for all stakeholders. Further, Mr. Wong states that TCC and Target Corporation seek to benefit from the framework and the flexibility provided by the CCAA in effecting a controlled and orderly wind-down of the Canadian operations, in a manner that treats stakeholders as fairly and as equitably as the circumstances allow.

[25] On this initial hearing, the issues are as follows:

- a) Does this court have jurisdiction to grant the CCAA relief requested?
 - a) Should the stay be extended to the Partnerships?
 - b) Should the stay be extended to "Co-tenants" and rights of third party tenants?
 - c) Should the stay extend to Target Corporation and its U.S. subsidiaries in relation to claims that are derivative of claims against the Target Canada Entities?
 - d) Should the Court approve protections for employees?
 - e) Is it appropriate to allow payment of certain pre-filing amounts?
 - f) Does this court have the jurisdiction to authorize pre-filing claims to "critical" suppliers;
 - g) Should the court should exercise its discretion to authorize the Applicants to seek proposals from liquidators and approve the financial advisor and real estate advisor engagement?
 - h) Should the court exercise its discretion to approve the Court-ordered charges?

[26] "Insolvent" is not expressly defined in the CCAA. However, for the purposes of the CCAA, a debtor is insolvent if it meets the definition of an "insolvent person" in section 2 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 ("BIA") or if it is "insolvent" as described in *Stelco Inc. (Re)*, [2004] O.J. No. 1257, [*Stelco*], leave to appeal refused, [2004] O.J. No. 1903, leave to appeal to S.C.C. refused [2004] S.C.C.A. No. 336, where Farley, J. found that "insolvency" includes a corporation "reasonably expected to run out of liquidity within [a]

reasonable proximity of time as compared with the time reasonably required to implement a restructuring” (at para 26). The decision of Farley, J. in *Stelco* was followed in *Prizm Income Fund (Re)*, [2011] O.J. No. 1491 (SCJ), 2011 and *Canwest Global Communications Corp. (Re)*, [2009] O.J. No. 4286, (SCJ) [*Canwest*].

[27] Having reviewed the record and hearing submissions, I am satisfied that the Target Canada Entities are all insolvent and are debtor companies to which the CCAA applies, either by reference to the definition of “insolvent person” under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (the “BIA”) or under the test developed by Farley J. in *Stelco*.

[28] I also accept the submission of counsel to the Applicants that without the continued financial support of Target Corporation, the Target Canada Entities face too many legal and business impediments and too much uncertainty to wind-down their operations without the “breathing space” afforded by a stay of proceedings or other available relief under the CCAA.

[29] I am also satisfied that this Court has jurisdiction over the proceeding. Section 9(1) of the CCAA provides that an application may be made to the court that has jurisdiction in (a) the province in which the head office or chief place of business of the company in Canada is situated; or (b) any province in which the company’s assets are situated, if there is no place of business in Canada.

[30] In this case, the head office and corporate headquarters of TCC is located in Mississauga, Ontario, where approximately 800 employees work. Moreover, the chief place of business of the Target Canada Entities is Ontario. A number of office locations are in Ontario; 2 of TCC’s 3 primary distribution centres are located in Ontario; 55 of the TCC retail stores operate in Ontario; and almost half the employees that support TCC’s operations work in Ontario.

[31] The Target Canada Entities state that the purpose for seeking the proposed initial order in these proceedings is to effect a fair, controlled and orderly wind-down of their Canadian retail business with a view to developing a plan of compromise or arrangement to present to their creditors as part of these proceedings. I accept the submissions of counsel to the Applicants that although there is no prospect that a restructured “going concern” solution involving the Target Canada Entities will result, the use of the protections and flexibility afforded by the CCAA is entirely appropriate in these circumstances. In arriving at this conclusion, I have noted the comments of the Supreme Court of Canada in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2010] SCC 50 (“*Century Services*”) that “courts frequently observe that the CCAA is skeletal in nature”, and does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred”. The flexibility of the CCAA, particularly in the context of large and complex restructurings, allows for innovation and creativity, in contrast to the more “rules-based” approach of the BIA.

[32] Prior to the 2009 amendments to the CCAA, Canadian courts accepted that, in appropriate circumstances, debtor companies were entitled to seek the protection of the CCAA where the outcome was not going to be a going concern restructuring, but instead, a “liquidation” or wind-down of the debtor companies’ assets or business.

[33] The 2009 amendments did not expressly address whether the CCAA could be used generally to wind-down the business of a debtor company. However, I am satisfied that the enactment of section 36 of the CCAA, which establishes a process for a debtor company to sell assets outside the ordinary course of business while under CCAA protection, is consistent with the principle that the CCAA can be a vehicle to downsize or wind-down a debtor company's business.

[34] In this case, the sheer magnitude and complexity of the Target Canada Entities business, including the number of stakeholders whose interests are affected, are, in my view, suited to the flexible framework and scope for innovation offered by this "skeletal" legislation.

[35] The required audited financial statements are contained in the record.

[36] The required cash flow statements are contained in the record.

[37] Pursuant to s. 11.02 of the CCAA, the court may make an order staying proceedings, restraining further proceedings, or prohibiting the commencement of proceedings, "on any terms that it may impose" and "effective for the period that the court considers necessary" provided the stay is no longer than 30 days. The Target Canada Entities, in this case, seek a stay of proceedings up to and including February 13, 2015.

[38] Certain of the corporate Target Canada Entities (TCC, TCC Health and TCC Mobile) act as general or limited partners in the partnerships. The Applicants submit that it is appropriate to extend the stay of proceedings to the Partnerships on the basis that each performs key functions in relation to the Target Canada Entities' businesses.

[39] The Applicants also seek to extend the stay to Target Canada Property LP which was formerly the sub-leasee/sub-sub lessor under the sub-sub lease back arrangement entered into by TCC to finance the leasehold improvements in its leased stores. The Applicants contend that the extension of the stay to Target Canada Property LP is necessary in order to safeguard it against any residual claims that may be asserted against it as a result of TCC Propco's insolvency and filing under the CCAA.

[40] I am satisfied that it is appropriate that an initial order extending the protection of a CCAA stay of proceedings under section 11.02(1) of the CCAA should be granted.

[41] Pursuant to section 11.7(1) of the CCAA, Alvarez & Marsal Inc. is appointed as Monitor.

[42] It is well established that the court has the jurisdiction to extend the protection of the stay of proceedings to Partnerships in order to ensure that the purposes of the CCAA can be achieved (see: *Lehdorff General Partner Ltd. (1993)*, 17 CBR (3d) 24 (Ont. Gen. Div.); *Re Prizm Income Fund*, 2011 ONSC 2061; *Re Canwest Publishing Inc.* 2010 ONSC 222 ("*Canwest Publishing*") and *Re Canwest Global Communications Corp.*, 2009 CarswellOnt 6184 ("*Canwest Global*").

[43] In these circumstances, I am also satisfied that it is appropriate to extend the stay to the Partnerships as requested.

[44] The Applicants also seek landlord protection in relation to third party tenants. Many retail leases of non-anchored tenants provide that tenants have certain rights against their landlords if the anchor tenant in a particular shopping mall or centre becomes insolvent or ceases operations. In order to alleviate the prejudice to TCC's landlords if any such non-anchored tenants attempt to exercise these rights, the Applicants request an extension of the stay of proceedings (the "Co-Tenancy Stay") to all rights of these third party tenants against the landlords that arise out of the insolvency of the Target Canada Entities or as a result of any steps taken by the Target Canada Entities pursuant to the Initial Order.

[45] The Applicants contend that the authority to grant the Co-Tenancy Stay derives from the broad jurisdiction under sections 11 and 11.02(1) of the CCAA to make an initial order on any terms that the court may impose. Counsel references *Re T. Eaton Co.*, 1997 CarswellOnt 1914 (Gen. Div.) as a precedent where a stay of proceedings of the same nature as the Co-Tenancy Stay was granted by the court in Eaton's second CCAA proceeding. The Court noted that, if tenants were permitted to exercise these "co-tenancy" rights during the stay, the claims of the landlord against the debtor company would greatly increase, with a potentially detrimental impact on the restructuring efforts of the debtor company.

[46] In these proceedings, the Target Canada Entities propose, as part of the orderly wind-down of their businesses, to engage a financial advisor and a real estate advisor with a view to implementing a sales process for some or all of its real estate portfolio. The Applicants submit that it is premature to determine whether this process will be successful, whether any leases will be conveyed to third party purchasers for value and whether the Target Canada Entities can successfully develop and implement a plan that their stakeholders, including their landlords, will accept. The Applicants further contend that while this process is being resolved and the orderly wind-down is underway, the Co-Tenancy Stay is required to postpone the contractual rights of these tenants for a finite period. The Applicants contend that any prejudice to the third party tenants' clients is significantly outweighed by the benefits of the Co-Tenancy Stay to all of the stakeholders of the Target Canada Entities during the wind-down period.

[47] The Applicants therefore submit that it is both necessary and appropriate to grant the Co-Tenancy Stay in these circumstances.

[48] I am satisfied the Court has the jurisdiction to grant such a stay. In my view, it is appropriate to preserve the status quo at this time. To the extent that the affected parties wish to challenge the broad nature of this stay, the same can be addressed at the "comeback hearing".

[49] The Applicants also request that the benefit of the stay of proceedings be extended (subject to certain exceptions related to the cash management system) to Target Corporation and its U.S. subsidiaries in relation to claims against these entities that are derivative of the primary liability of the Target Canada Entities.

[50] I am satisfied that the Court has the jurisdiction to grant such a stay. In my view, it is appropriate to preserve the status quo at this time and the stay is granted, again, subject to the proviso that affected parties can challenge the broad nature of the stay at a comeback hearing directed to this issue.

[51] With respect to the protection of employees, it is noted that TCC employs approximately 17,600 individuals.

[52] Mr. Wong contends that TCC and Target Corporation have always considered their employees to be integral to the Target brand and business. However, the orderly wind-down of the Target Canada Entities' business means that the vast majority of TCC employees will receive a notice immediately after the CCAA filing that their employment is to be terminated as part of the wind-down process.

[53] In order to provide a measure of financial security during the orderly wind-down and to diminish financial hardship that TCC employees may suffer, Target Corporation has agreed to fund an Employee Trust to a maximum of \$70 million.

[54] The Applicants seek court approval of the Employee Trust which provides for payment to eligible employees of certain amounts, such as the balance of working notice following termination. Counsel contends that the Employee Trust was developed in consultation with the proposed monitor, who is the administrator of the trust, and is supported by the proposed Representative Counsel. The proposed trustee is The Honourable J. Ground. The Employee Trust is exclusively funded by Target Corporation and the costs associated with administering the Employee Trust will be borne by the Employee Trust, not the estate of Target Canada Entities. Target Corporation has agreed not to seek to recover from the Target Canada Entities estates any amounts paid out to employee beneficiaries under the Employee Trust.

[55] In my view, it is questionable as to whether court authorization is required to implement the provisions of the Employee Trust. It is the third party, Target Corporation, that is funding the expenses for the Employee Trust and not one of the debtor Applicants. However, I do recognize that the implementation of the Employee Trust is intertwined with this proceeding and is beneficial to the employees of the Applicants. To the extent that Target Corporation requires a court order authorizing the implementation of the employee trust, the same is granted.

[56] The Applicants seek the approval of a KERP and the granting of a court ordered charge up to the aggregate amount of \$6.5 million as security for payments under the KERP. It is proposed that the KERP Charge will rank after the Administration Charge but before the Directors' Charge.

[57] The approval of a KERP and related KERP Charge is in the discretion of the Court. KERPs have been approved in numerous CCAA proceedings, including *Re Nortel Networks Corp.*, 2009 CarswellOnt 1330 (S.C.J.) [*Nortel Networks (KERP)*], and *Re Grant Forest Products Inc.*, 2009 CarswellOnt 4699 (Ont. S.C.J.). In *U.S. Steel Canada Inc.*, 2014 ONSC 6145, I recently approved the KERP for employees whose continued services were critical to the stability of the business and for the implementation of the marketing process and whose services

could not easily be replaced due, in part, to the significant integration between the debtor company and its U.S. parent.

[58] In this case, the KERP was developed by the Target Canada Entities in consultation with the proposed monitor. The proposed KERP and KERP Charge benefits between 21 and 26 key management employees and approximately 520 store-level management employees.

[59] Having reviewed the record, I am of the view that it is appropriate to approve the KERP and the KERP Charge. In arriving at this conclusion, I have taken into account the submissions of counsel to the Applicants as to the importance of having stability among the key employees in the liquidation process that lies ahead.

[60] The Applicants also request the Court to appoint Koskie Minsky LLP as employee representative counsel (the "Employee Representative Counsel"), with Ms. Susan Philpott acting as senior counsel. The Applicants contend that the Employee Representative Counsel will ensure that employee interests are adequately protected throughout the proceeding, including by assisting with the Employee Trust. The Applicants contend that at this stage of the proceeding, the employees have a common interest in the CCAA proceedings and there appears to be no material conflict existing between individual or groups of employees. Moreover, employees will be entitled to opt out, if desired.

[61] I am satisfied that section 11 of the CCAA and the *Rules of Civil Procedure* confer broad jurisdiction on the court to appoint Representative Counsel for vulnerable stakeholder groups such as employee or investors (see *Re Nortel Networks Corp.*, 2009 CarswellOnt 3028 (S.C.J.) (Nortel Networks Representative Counsel)). In my view, it is appropriate to approve the appointment of Employee Representative Counsel and to provide for the payment of fees for such counsel by the Applicants. In arriving at this conclusion, I have taken into account:

- (i) the vulnerability and resources of the groups sought to be represented;
- (ii) the social benefit to be derived from the representation of the groups;
- (iii) the avoidance of multiplicity of legal retainers; and
- (iv) the balance of convenience and whether it is fair and just to creditors of the estate.

[62] The Applicants also seek authorization, if necessary, and with the consent of the Monitor, to make payments for pre-filing amounts owing and arrears to certain critical third parties that provide services integral to TCC's ability to operate during and implement its controlled and orderly wind-down process.

[63] Although the objective of the CCAA is to maintain the status quo while an insolvent company attempts to negotiate a plan of arrangement with its creditors, the courts have expressly acknowledged that preservation of the status quo does not necessarily entail the preservation of the relative pre-stay debt status of each creditor.

[64] The Target Canada Entities seek authorization to pay pre-filing amounts to certain specific categories of suppliers, if necessary and with the consent of the Monitor. These include:

- a) Logistics and supply chain providers;
- b) Providers of credit, debt and gift card processing related services; and
- c) Other suppliers up to a maximum aggregate amount of \$10 million, if, in the opinion of the Target Canada Entities, the supplier is critical to the orderly wind-down of the business.

[65] In my view, having reviewed the record, I am satisfied that it is appropriate to grant this requested relief in respect of critical suppliers.

[66] In order to maximize recovery for all stakeholders, TCC indicates that it intends to liquidate its inventory and attempt to sell the real estate portfolio, either en bloc, in groups, or on an individual property basis. The Applicants therefore seek authorization to solicit proposals from liquidators with a view to entering into an agreement for the liquidation of the Target Canada Entities inventory in a liquidation process.

[67] TCC's liquidity position continues to deteriorate. According to Mr. Wong, TCC and its subsidiaries have an immediate need for funding in order to satisfy obligations that are coming due, including payroll obligations that are due on January 16, 2015. Mr. Wong states that Target Corporation and its subsidiaries are no longer willing to provide continued funding to TCC and its subsidiaries outside of a CCAA proceeding. Target Corporation (the "DIP Lender") has agreed to provide TCC and its subsidiaries (collectively, the "Borrower") with an interim financing facility (the "DIP Facility") on terms advantageous to the Applicants in the form of a revolving credit facility in an amount up to U.S. \$175 million. Counsel points out that no fees are payable under the DIP Facility and interest is to be charged at what they consider to be the favourable rate of 5%. Mr. Wong also states that it is anticipated that the amount of the DIP Facility will be sufficient to accommodate the anticipated liquidity requirements of the Borrower during the orderly wind-down process.

[68] The DIP Facility is to be secured by a security interest on all of the real and personal property owned, leased or hereafter acquired by the Borrower. The Applicants request a court-ordered charge on the property of the Borrower to secure the amount actually borrowed under the DIP Facility (the "DIP Lenders Charge"). The DIP Lenders Charge will rank in priority to all unsecured claims, but subordinate to the Administration Charge, the KERP Charge and the Directors' Charge.

[69] The authority to grant an interim financing charge is set out at section 11.2 of the CCAA. Section 11.2(4) sets out certain factors to be considered by the court in deciding whether to grant the DIP Financing Charge.

[70] The Target Canada Entities did not seek alternative DIP Financing proposals based on their belief that the DIP Facility was being offered on more favourable terms than any other

potentially available third party financing. The Target Canada Entities are of the view that the DIP Facility is in the best interests of the Target Canada Entities and their stakeholders. I accept this submission and grant the relief as requested.

[71] Accordingly, the DIP Lenders' Charge is granted in the amount up to U.S. \$175 million and the DIP Facility is approved.

[72] Section 11 of the CCAA provides the court with the authority to allow the debtor company to enter into arrangements to facilitate a restructuring under the CCAA. The Target Canada Entities wish to retain Lazard and Northwest to assist them during the CCAA proceeding. Both the Target Canada Entities and the Monitor believe that the quantum and nature of the remuneration to be paid to Lazard and Northwest is fair and reasonable. In these circumstances, I am satisfied that it is appropriate to approve the engagement of Lazard and Northwest.

[73] With respect to the Administration Charge, the Applicants are requesting that the Monitor, along with its counsel, counsel to the Target Canada Entities, independent counsel to the Directors, the Employee Representative Counsel, Lazard and Northwest be protected by a court ordered charge and all the property of the Target Canada Entities up to a maximum amount of \$6.75 million as security for their respective fees and disbursements (the "Administration Charge"). Certain fees that may be payable to Lazard are proposed to be protected by a Financial Advisor Subordinated Charge.

[74] In *Canwest Publishing Inc.*, 2010 ONSC 222, Pepall J. (as she then was) provided a non-exhaustive list of factors to be considered in approving an administration charge, including:

- a. The size and complexity of the business being restructured;
- b. The proposed role of the beneficiaries of the charge;
- c. Whether there is an unwarranted duplication of roles;
- d. Whether the quantum of the proposed Charge appears to be fair and reasonable;
- e. The position of the secured creditors likely to be affected by the Charge; and
- f. The position of the Monitor.

[75] Having reviewed the record, I am satisfied, that it is appropriate to approve the Administration Charge and the Financial Advisor Subordinated Charge.

[76] The Applicants seek a Directors' and Officers' charge in the amount of up to \$64 million. The Directors Charge is proposed to be secured by the property of the Target Canada Entities and to rank behind the Administration Charge and the KERP Charge, but ahead of the DIP Lenders' Charge.

[77] Pursuant to section 11.51 of the CCAA, the court has specific authority to grant a “super priority” charge to the directors and officers of a company as security for the indemnity provided by the company in respect of certain obligations.

[78] I accept the submissions of counsel to the Applicants that the requested Directors’ Charge is reasonable given the nature of the Target Canada Entities retail business, the number of employees in Canada and the corresponding potential exposure of the directors and officers to personal liability. Accordingly, the Directors’ Charge is granted.

[79] In the result, I am satisfied that it is appropriate to grant the Initial Order in these proceedings.

[80] The stay of proceedings is in effect until February 13, 2015.

[81] A comeback hearing is to be scheduled on or prior to February 13, 2015. I recognize that there are many aspects of the Initial Order that go beyond the usual first day provisions. I have determined that it is appropriate to grant this broad relief at this time so as to ensure that the status quo is maintained.

[82] The comeback hearing is to be a “true” comeback hearing. In moving to set aside or vary any provisions of this order, moving parties do not have to overcome any onus of demonstrating that the order should be set aside or varied.

[83] Finally, a copy of Lazard’s engagement letter (the “Lazard Engagement Letter”) is attached as Confidential Appendix “A” to the Monitor’s pre-filing report. The Applicants request that the Lazard Engagement Letter be sealed, as the fee structure contemplated in the Lazard Engagement Letter could potentially influence the structure of bids received in the sales process.

[84] Having considered the principles set out in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 211 D.L.R. (4th) 193 2 S.C.R. 522, I am satisfied that it is appropriate in the circumstances to seal Confidential Appendix “A” to the Monitor’s pre-filing report.

[85] The Initial Order has been signed in the form presented.

Regional Senior Justice Morawetz

Date: January 16, 2015

**COUR SUPÉRIEURE
(Chambre Commerciale)**

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-11-043844-121

DATE : Le 24 janvier 2014

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE ROBERT MONGEON, J.C.S.

DANS L'AFFAIRE DE LA LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS
DES COMPAGNIES, L.R.C. (1985), c. C-36, EN SA VERSION MODIFIÉE ET DANS
L'AFFAIRE D'UN PLAN DE TRANSACTION OU D'ARRANGEMENT DE :

TIMMINCO LIMITÉE

-et-

BÉCANCOUR SILICON INC.

Débitrices

-et-

FTI CONSULTING INC.

Contrôleur

-et-

**Comité de retraite du Régime de rentes pour les employés syndiqués de Silicium,
Bécancour Inc.**

-et-

**Comité de retraite du Régime de rentes pour les employés non-syndiqués de
Silicium Bécancour Inc.**

Requérants

c.

INVESTISSEMENT QUÉBEC

Intimée

**JUGEMENT SUR DIRECTIVES ET JUGEMENT DÉCLARATOIRE TOUCHANT
CERTAINES RÉCLAMATIONS PRIORITAIRES
(Articles 11 et 17 LACC)**

INTRODUCTION ET MISE EN SITUATION

[1] Bécancour Silicon Inc. ou, dans sa dénomination française, Silicium Bécancour Inc. (SBI) est une société filiale de Timminco Inc. (TI).

[2] SBI et TI sont sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies L.R.C. (1985) c. c-36* telle qu'amendée (la LACC) depuis le 3 janvier 2012, suite à l'émission d'une ordonnance initiale prononcée par le juge Geoffrey Morawetz de la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

[3] Par ordonnance subséquente rendue le 16 janvier 2012 (l'« Ordonnance de Suspension »)¹, tous les paiements d'équilibre devant être effectués par SBI en faveur de deux régimes de retraite à prestations déterminées au bénéfice de ses employés syndiqués² et non-syndiqués³ ont été suspendus.

[4] Ces régimes sont régis d'une part par les contrats les constituant (P-1 et P-2) et par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite, LRQ c. R-15.1* telle qu'amendée (la LRQR). Il est admis que les cotisations d'exercice et d'équilibre ont été versées par l'employeur SBI jusqu'au 31 janvier 2012 et que les cotisations d'exercice ont été versées jusqu'à date.

[5] Les deux régimes de retraite P-1 et P-2 sont (ou sont sur le point de le devenir) en situation de terminaison de régime vu que ces deux régimes n'ont, à toutes fins pratiques, plus d'employés participants. De plus, ces régimes de retraite sont en situation de déficit actuariel de solvabilité.

[6] Au 31 décembre 2011, le déficit actuariel de solvabilité du régime des employés syndiqués était de 9 889 600,00\$ (pièce P-3) tandis que celui des employés non-syndiqués était de 3 998 700,00\$ (pièce P-4)⁴.

[7] Pour effacer, du moins en partie, les déficits actuariels précités, SBI devait verser des cotisations d'équilibre de 93 810,00\$ et de 41 710,00\$ par mois dans les caisses des deux régimes précités (pièces P-3 et P-4). Ces cotisations d'équilibre sont suspendues depuis l'Ordonnance de Suspension précitée.

¹ Motifs écrits déposés le 2 février 2012.

² Pièce P-1.

³ Pièce P-2.

⁴ En date du 20 juillet 2012, les réclamations prioritaires des Comités de retraite totalisent 10 558 290,00\$ et 4 296 220,00\$ respectivement (pièces P-3, P-4, P-13 et P-14).

[8] Les Comités de retraite requérants sont d'avis que leurs réclamations précitées constituent des créances prioritaires prenant rang avant celle de l'Intimée Investissement Québec (IQ), qui détient une hypothèque universelle sans dépossession sur la totalité des biens meubles et immeubles de SBI et en vertu de laquelle elle a reçu un paiement de quelques 29 millions de dollars en remboursement de sa créance.

[9] L'objet du présent jugement porte sur le statut de ces réclamations prioritaires.

[10] Les deux Comités de retraite requérants prétendent que leurs réclamations prioritaires se doivent d'être reconnues comme telles par le Tribunal, prenant rang devant celle de IQ et dudit paiement de plus de 29 millions\$ effectué par le Contrôleur en faveur de IQ dans le cadre d'un processus de liquidation des actifs de SBI effectué sous l'empire de la LACC.

[11] Les parties sont aussi d'accord pour stipuler que si les réclamations des requérants sont reconnues comme prioritaires en tout ou en partie, IQ devra rembourser lesdites réclamations pouvant aller jusqu'à 14.8 millions\$ (sauf à parfaire) aux deux Comités de retraite selon leurs intérêts respectifs. Par contre, si le Tribunal vient à la conclusion que les réclamations en question ne sont pas prioritaires, IQ n'aura rien à rembourser. Un tel scénario ferait en sorte que, puisqu'il n'existe pas (ou très peu) de reliquat disponible pour rembourser les réclamations non-prioritaires, les caisses de retraite seraient privées de sommes importantes qui auront comme conséquence l'amputation des prestations de retraite des retraités pouvant aller jusqu'à hauteur de près de 40%. On réalise donc facilement l'importance de la question pour les retraités.

LA CHRONOLOGIE DES FAITS PERTINENTS

[12] Voici la chronologie des faits et des documents pertinents et nécessaires à une bonne compréhension des questions à résoudre et de la solution du présent litige:

- a) 3 janvier 2012 : Première ordonnance du juge Morawetz visant la suspension de toutes les procédures de réclamation contre TI et sa filiale SBI, avec date effective à 0h01 le 3 janvier 2012;
- b) 16 janvier 2012 : Ordonnance de Suspension des cotisations d'équilibre par TI et SBI. Le juge Morawetz était d'avis d'une part que les états financiers de TI et/ou de SBI ne leur permettaient pas d'assumer de telles obligations. De plus, le juge Morawetz a écrit (dans ses motifs déposés le 2 février 2012) :

[56] The courts have characterized **special (or amortization) payments as pre-filing obligations** which are stayed upon an initial order being granted under the CCAA. (See *AbitibiBowater Inc.*, (Re) reflex, (2009) 57 C.B.R. (5th) 285 (Q.S.C.); *Collins & Aikman Automotive Canada Inc.* 2007 CanLII 45908

(ON SC), (2007), 37 C.B.R. (5th) 282 (Ont. S.C.J.) and *Fraser Papers Inc. (Re)* 2009 CanLII 39776 (ON SC), (2009), 55 C.B.R. (5th) 217 (Ont. S.C.J.).

[57] I accept the submission of counsel to the Applicants to the effect that courts in Ontario and Quebec have addressed the issue of suspending special (or amortization) payments in the context of a CCAA restructuring and have ordered the suspension of such payments where the failure to stay the obligation would jeopardize the business of the debtor company and the company's ability to restructure.

...

[60] Counsel to the Timminco Entities submits that where it is necessary to achieve the objective of the CCAA, the court has the jurisdiction to make an order under the CCAA suspending the payment of the pension contributions, even if such order conflicts with, or overrides, the QSPPA or the PBA.

[61] The evidence has established that the Timminco Entities are in a severe liquidity crisis and, if required to make the pension contributions, will not have sufficient funds to continue operating. The Timminco Entities would then be forced to cease operations to the detriment of their stakeholders, including their employees and pensioners.

[62] On the facts before me, I am satisfied that the application of the QSPPA and the PBA would frustrate the Timminco Entities ability to restructure and avoid bankruptcy. Indeed, while the Timminco Entities continue to make Normal Cost Contributions to the pension plans, requiring them to pay what they owe in respect of special and amortization payments for those plans would deprive them of sufficient funds to continue operating, forcing them to cease operations to the detriment of their stakeholders, including their employees and pensioners.

(soulignements ajoutés)

- c) 13-14 juin 2012 : Vente de la quasi-totalité des actifs importants appartenant à SBI et à TI. Ces ventes avaient été préalablement approuvées par le juge Morawetz (pièce P-10). Les ventes d'actifs ont généré des liquidités de 30.8 millions\$⁵;
- d) 17 août 2012 : Nomination d'un CRO (« Chief Restructuring Officer »);
- e) 28 août 2012 : Remboursement du prêt (garanti par hypothèque sur l'universalité des biens de SBI) au montant de 25 millions\$ plus certains intérêts accumulés (voir pièces P-11 et P-

⁵ Rapport no. 13 du Contrôleur, pièce P-5, paragraphe 7.

16). Ce paiement a été fait sous réserve des droits des Comités de retraite requérants;

- f) 7 septembre 2012 : Demandes de priorité des Comités de retraite requérants couvrant a) les deux déficits actuariels de solvabilité des deux régimes (9 889 600,00\$ et 3 998 700,00\$) sauf à parfaire et b) le solde des cotisations d'équilibre non versées pour les mois de décembre 2011 à juin 2012 (668 690,00\$ et 297 520,00\$), le tout selon la pièce P-17.
- g) 18 octobre 2012 : Ordonnance du juge Morawetz, suite à une demande des parties (pièce P-19) visant à référer la requête des Comités de retraite à la Cour supérieure du Québec (pièce P-20). Les parties ont aussi convenu que la requête serait scindée, le tribunal québécois devant d'abord se prononcer sur les questions de droit avant de se prononcer dans un deuxième temps sur le quantum des réclamations, le cas échéant.

[13] Plus spécifiquement, la pièce P-20 reproduit l'ordonnance du juge Morawetz approuvant un « Priority Claim Adjudication Protocol » (« le Protocole ») aux termes duquel la Cour supérieure de l'Ontario demande à la Cour supérieure du Québec de déterminer si les réclamations des Comités de retraite requérants jouissent d'une priorité notamment sur la réclamation de IQ⁶.

[14] Le Protocole stipule ce qui suit :

A. OVERVIEW

1. In accordance with the Reimbursement Agreement (the « Reimbursement Agreement ») among Investissement Québec (« IQ »), FTI

⁶ Voir paragraphes 1 à 3 de l'ordonnance:

1. THIS COURT ORDERS that the Priority claim Adjudication Protocol, attached hereto as Schedule « A », be and the same is hereby authorized and approved.

2. THIS COURT ORDERS that the adjudication of whether the BSI Pension Reimbursement Claims are Priority Claims, all as defined in the attached Priority Claim Adjudication Protocol, be and the same is hereby referred exclusively to the Superior Court of Québec (Commercial Division) to be determined in accordance with the Priority Claim Adjudication Protocol.

3. THIS COURT HEREBY REQUESTS the aid and recognition of the Superior Court of Québec (Commercial Division) to give effect to this order and to adjudicate whether the BSI Pension Reimbursement Claims constitute Priority Claims in accordance with the terms of the Priority Claims Adjudication Protocol.

Consulting Canada Inc., as court-appointed Monitor, and Bécancour Silicon Inc., dated August 28, 2012 and the August 28, 2012 Interim Distribution Order (the « Interim Distribution Order »), two (2) sets of claims have been designated as Reimbursement Claims, namely :

...

- (ii) a claim by Le Comité de retraite du Régime de rentes pour les employés non-syndiqués de Silicium Bécancour Inc. and a claim by Le Comité de retraite du Régime de rentes pour les employés syndiqués de Silicium Bécancour Inc. (collectively the « BSI Pension Committees ») (the « BSI Pension Reimbursement Claims »).

2. IQ disputes that the above Reimbursement Claims have priority over the IQ Security and the parties do not anticipate the dispute will be resolved through the consented resolution process provided for in the Interim Distribution Order. Accordingly, an adjudication is required to determine whether such Reimbursement Claims constitute Priority Claims.

The following is the protocol for the adjudication of whether the Reimbursement Claims constitute Priority Claims.

...

[15] La Requête des Comités de retraite pour directives et jugement déclaratoire touchant les réclamations prioritaires a donc été déposée le 17 décembre 2012. A la demande des parties, l'échéancier a été modifié et l'audition des questions de droit a été débattue les 27 et 28 mai 2013 devant le soussigné.

[16] Voici comment les Comités de retraite formulent les questions de droit :

- 49. **La question en litige est de déterminer si les réclamations des Comités de retraite ont priorité sur la créance d'Investissement Québec. La question du statut des réclamations des Comités de retraite vis-à-vis les DIP Charges n'est pas une question en litige et a déjà été tranchée par le juge Morawetz (voir l'Ordonnance du 8 février 2012, Pièce P-9).**
- 50. **SBI a cessé de verser les cotisations d'équilibre suite à l'Ordonnance du 16 janvier 2012 qui les a suspendues. Au 23 juillet 2012, les cotisations d'équilibre (avec intérêts) accumulés mais non-versées pour les deux Régimes de retraite totalisaient environ 1 million de dollars (voir lettres du 20 juillet 2012, Pièce P-3 et Pièce P-4).**
- 51. **Les déficits de solvabilité (qui incluraient les cotisations d'équilibre non-versées) pour les deux Régimes de retraite au 31 décembre 2011 totalisaient environ 14 millions de dollars (voir lettres du 20 juillet 2012, Pièce P-3 et Pièce P-4) et seront cristallisés si la terminaison**

des Régimes de retraite par la Régie des rentes du Québec est complétée.

52. En vertu du droit québécois applicable à la question en litige, les montants réclamés par les Comités de retraite pour les cotisations d'équilibre et pour les déficits actuariels, sont réputés détenus en fiducie par l'employeur SBI en faveur des Régimes de retraite.
53. Il est évident que de telles fiducies réputées ont un rang prioritaire sur la réclamation garantie d'Investissement Québec.

(soulignements ajoutés)

[17] Une fois que le Tribunal aura statué sur l'existence ou non d'une fiducie réputée affectant les créances des Comités de retraite, une seconde étape devra déterminer l'effet d'une telle fiducie réputée sur la créance hypothécaire de IQ.

[18] Les Comités requérants demandent donc au Tribunal de :

DÉCLARER comme étant des Réclamations prioritaires [Priority Claims] en vertu de la Convention de remboursement entérinée par l'Ordonnance du 28 août 2012 de la Cour supérieure de justice (Rôle commercial) de l'Ontario, les réclamations suivantes :

1. les cotisations d'équilibre non versées à la Caisse de retraite du Régime de rentes des employés syndiqués de Silicium Bécancour Inc.;
2. les cotisations d'équilibre non versées à la Caisse de retraite du Régime de rentes des employés non syndiqués de Silicium Bécancour Inc.;
3. le déficit actuariel de solvabilité du Régime de rentes des employés syndiqués de Silicium Bécancour Inc.; et
4. le déficit actuariel de solvabilité du Régime de rentes des employés non-syndiqués de Silicium Bécancour Inc.

PRENDRE ACTE du paragraphe C.2. du Protocole d'adjudication afin que les quantums des Réclamations prioritaires [Priority Claims] soient déterminés une fois que cette honorable Cour aura décidé sur la nature des réclamations, et soient déterminés selon l'Ordonnance du Processus de réclamation [Claims Procedure Order] ou selon une ordonnance de cette Cour.

PRENDRE ACTE du paragraphe 9 de l'Ordonnance du 28 août 2012 de la Cour supérieure de justice (Rôle commercial) de l'Ontario et de la Convention de remboursement à l'annexe « A » de celle-ci, en vertu de laquelle Investissement Québec remboursera les sommes déclarées par

cette Cour comme étant prioritaires, le cas échéant, à Silicium Bécancour Inc. par l'entremise du Contrôleur, FTI Consulting Inc., afin que Silicium Bécancour Inc. transmette ces sommes aux Requéranants.

[19] Subsidiairement et à défaut de reconnaître que la LRCR crée une telle fiducie, les Comités de retraite demandent au Tribunal d'utiliser ses pouvoirs inhérents et/ou découlant de l'article 46 du Code de Procédure Civile du Québec pour conclure à l'existence d'une créance prioritaire en leur faveur.

[20] La question de savoir si l'article 49 LRCR crée une telle fiducie a déjà été abordée dans l'affaire *White Birch*⁷ alors que le soussigné a répondu négativement à la question. Au surplus, ce jugement énonce que si elle existe, la fiducie réputée de l'article 49 LRCR est affectée par l'application de la doctrine de la préséance des lois fédérales sur les lois provinciales lorsqu'il y a conflit entre ces deux régimes législatifs. Dans *White Birch*, il s'agissait de déterminer si la fiducie réputée de l'article 49 LRCR aurait eu priorité sur la créance super-prioritaire du prêteur « DIP » autorisée sous l'empire de la LACC.

[21] Les Comités de retraite requérants contestent cette analyse. Ils prétendent que la conclusion voulant que l'article 49 LRCR ne crée pas de fiducie réputée est mal fondée en droit. Ils reviennent donc à la charge mais avec certains arguments additionnels et reformulés qui méritent d'être examinés.

[22] Quant à la position de l'Intimée IQ, ses arguments suivent en tous points l'affaire *White Birch* précitée. Forte de cette décision, IQ prétend que la Requête des Comités de retraite n'a donc aucun fondement légal et doit être rejetée.

[23] Voyons, dans un premier temps et plus en détail la situation telle qu'elle se présentait dans l'affaire *White Birch* : alors que l'une des plus importantes papetières au Canada, est sous la protection de la LACC et qu'une ordonnance initiale suspend les cotisations d'équilibre payables par l'employeur à l'endroit de plusieurs régimes de retraite à prestations déterminées, une requête est déposée visant à ordonner à la débitrice de continuer à verser lesdites cotisations d'équilibre. Nous sommes au lendemain de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Indalex*⁸, qui vient de reconnaître que ce genre d'obligation doit être honoré par les employeurs malgré la protection de la LACC, et ce, notamment, parce que ces sommes sont réputées être détenues en fiducie par les employeurs au bénéfice des Régimes de retraite concernés et que cette fiducie n'est pas affectée par le processus de restructuration de la LACC.

⁷ *White Birch Paper Holding Co.* (Arrangement relatif à) 2012 QCCS 1679.

⁸ La décision de la Cour d'appel de l'Ontario est rapportée à 2011 ONCA 265.

[24] Dans l'affaire *White Birch*, les syndicats, comités de retraite et regroupements de retraités requérants ont notamment plaidé que l'article 49 LRRCR créait, en droit québécois, le même genre de fiducie que celle qui était créée aux termes de l'article 57 du *Pensions Benefit Act*⁹ de l'Ontario. L'essentiel du jugement *White Birch* décide que l'article 49 LRRCR ne crée pas de fiducie légale réputée selon le droit québécois. Partant de là, les cotisations d'équilibre ou encore les soldes des déficits actuariels des régimes de retraite ne jouissent d'aucune priorité par rapport aux autres dettes de l'employeur et ne constituent que des dettes chirographaires.

[25] Le présent recours, basé sur une trame factuelle quasi-identique, devrait donc à première vue suivre le même sort : en l'absence d'une fiducie opposable à IQ, la requête des Comités de retraite devrait donc être rejetée. Par contre, comme nous le verrons plus loin, les faits du présent dossier ne sont pas exactement les mêmes et certains arguments juridiques plaidés en l'instance ou soulevés par le Tribunal n'ont pas été abordés dans l'affaire *White Birch*.

LES ARGUMENTS DES PARTIES

[26] Les Comités de retraite soutiennent que même si la décision dans *White Birch* énonce et répond négativement à la question de savoir si l'article 49 LRRCR crée une fiducie en droit québécois, il y a lieu de revoir l'ensemble de la question.

[27] Dans un premier temps, les Comités de retraite recherchent l'intervention du soussigné comme juge agissant sous l'autorité de la LACC afin que sa décision soit prise dans l'objectif général de cette loi et ... « de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans le cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif. »¹⁰

[28] Toutefois, une question préliminaire se pose visant à déterminer si le soussigné agit à titre de juge superviseur du processus en vertu de la LACC ou s'il agit à titre de décideur délégué par le juge superviseur pour entendre et régler un différend entre deux créanciers qui prétendent avoir un droit prioritaire sur la créance de l'autre, à la lumière du contexte législatif du Québec.

[29] Le soussigné est d'avis qu'il n'agit pas à titre de juge superviseur mais à titre de décideur délégué, (analogue à un « Claims Officer ») désigné comme tel en vertu d'un Protocole de détermination de réclamations établi sous l'empire de la LACC.

[30] Les Comités de retraite plaident, dans un premier temps, que la LRRCR est une loi d'intérêt public. Cela n'est pas contredit. Les principes énoncés en ce sens,

⁹ RSO 1990 c. P-8. A noter, cependant, qu'en Ontario, ce sont les déficits actuariels qui sont touchés par l'article 57(4) de ladite loi, tandis qu'au Québec, ce sont les cotisations qui sont visées par l'article 49 LRRCR.

¹⁰ *Century Services Inc. c. Canada* (Procureur Général) [2010] 3 R.C.S. 379, paragraphe [15].

notamment par le juge Pierre Dalphond dans l'arrêt *Hydro-Québec*¹¹ rendu par la Cour d'appel en 2005, sont tout à fait justes. Il en va de même pour ceux que l'on retrouve dans les affaires *Monsanto*¹² et *Buschau*.¹³

[31] Les Comités de retraite font aussi état du fait que, contrairement aux affaires *White Birch*¹⁴ et *Indalex*,¹⁵ le litige ne se situe pas entre un créancier de la débitrice et un prêteur « DIP » jouissant d'une super-priorité en vertu de la LACC. Ils ont raison et le soussigné n'entend pas faire bénéficier IQ d'une quelconque super-priorité découlant de la LACC. D'ailleurs, IQ n'en réclame aucune. IQ n'invoque que son statut de créancière garantie aux termes de son hypothèque universelle.

POSITION DES REQUÉRANTS SUR LA FIDUCIE RÉPUTÉE DE L'ARTICLE 49 LRCR

[32] L'existence d'une fiducie réputée créée par l'article 49 LRCR demeure le principal argument des Comités de retraite.

[33] Leur raisonnement est le suivant :

a) Tout d'abord, l'article 49 LRCR se lit comme suit :

« Jusqu'à leur versement à la caisse de retraite ou à l'assureur, les cotisations et les intérêts accumulés sont réputés détenus en fiducie par l'employeur, que ce dernier les ait ou non gardés séparément de ses biens. »

(soulignements ajoutés)

b) Cet article doit se lire avec l'article 1262 C.c.Q. qui se lit ainsi :

« La fiducie est établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi. Elle peut aussi, lorsque la loi l'autorise, être établie par jugement. »

(soulignements ajoutés)

Donc, pour les requérants, le constituant de la fiducie de l'article 49 LRCR est l'employeur, le patrimoine fiduciaire est constitué des cotisations à être versées, le fiduciaire est la caisse de retraite concernée et le transfert des biens (ou les séparation des biens) est réputé exister selon les termes de l'article 49.

¹¹ *APRHQ c. Hydro-Québec*, 2005 QCCA 304, paragraphe 32.

¹² *Monsanto c. Surintendant des services financiers* [2004] 3 RCS 152, paragraphe 38.

¹³ *Buschau c. Rogers Communications Inc.* [2006] 1 RCS 973, paragraphe 19.

¹⁴ 2012 QCCS 1679, paragraphes 216 et 217.

¹⁵ 2013 CSC 6, paragraphes 58 et 59.

c) Étant donné que le Code civil du Québec prévoit à son article 1262 qu'une fiducie peut être établie, notamment par la loi, il s'ensuit toujours, selon les Comités requérants, que le simple texte de l'article 49 LRRCR est suffisant pour constituer une véritable fiducie opposable aux créanciers de BSI, prioritaires ou non.

d) La thèse des Comités de retraite exclut l'application de l'article 1260 C.c.Q. à la fiducie créée par la loi. Voici ce qu'ils plaident dans leur plan d'argumentation aux paragraphes 54, 55 et 56 :

54. Il y a plusieurs formes de fiducies qui sont créées par différents moyens, tel qu'énoncé à l'article 1262 CCQ.

1262. La fiducie est établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi. Elle peut aussi, lorsque la loi l'autorise, être établie par jugement.

55. Si une fiducie est établie par contrat, l'article 1260 CCQ stipule que cette fiducie doit rencontrer certaines conditions formelles.

1260. La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

56. L'article 1262 CCQ reconnaît aussi la fiducie établie par la loi. Afin que le législateur crée une telle fiducie, il le fait par législation sans que cette création n'ait à rencontrer les conditions formelles prévues à l'article 1260 CCQ. Le législateur a donc le pouvoir de créer des fiducies par voie d'une disposition statutaire de fiducies réputées. C'est exactement l'effet du texte de l'article 49 Loi RCR : cet article énonce que peu importe si les montants ont été gardés séparément ou non des biens de l'employeur, ils sont néanmoins réputés être détenus en fiducie dans un patrimoine d'affectation distinct pour le bénéfice des Comités de retraite de SBI.

(soulignements ajoutés)

e) Ainsi, pour les Requéranants, l'article 1262 C.c.Q. permet la création d'une fiducie par le seul effet de la loi et la loi peut alors prévoir l'existence d'une fiducie valide même si les quatre conditions d'existence de la fiducie du *Code civil* prévues à l'article 1260 C.c.Q. ne sont pas remplies. Il suffit alors que la loi écarte spécifiquement l'une de ces conditions. Selon eux, c'est exactement ce que fait l'article 49 LRRCR en éliminant la condition de l'article 1260 C.c.Q.

exigeant que les biens mis en fiducie soient séparés du patrimoine du constituant.

f) Plus encore, les Comités requérants prétendent que leur raisonnement correspond aux exigences de l'article 1261 C.c.Q. Ils plaident au paragraphe 57 de leur plan d'argumentation :

57. L'article 1261 s'applique à toutes formes de fiducies, incluant celles établies par la loi.

1261. Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel.

g) Ainsi, les Comités requérants prétendent que les montants des cotisations d'équilibre, dues mais non versées, constituent un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, sous le contrôle juridique d'un fiduciaire et réputé séparé des biens du constituant (l'employeur), même si ce patrimoine n'a pas été séparé des autres biens de ce même constituant.¹⁶

h) Ainsi, le concept de fiducie réputée suffit pour que les actifs de SBI soient grevés d'une charge fiduciaire prioritaire qui les soustrait des biens de l'employeur et du gage commun des créanciers de ce dernier.¹⁷

i) Pour conclure, les Comités requérants suggèrent que s'il fallait que l'article 49 LRQR se conforme aux conditions essentielles de l'article 1260 C.c.Q., l'article 49 LRQR n'aurait aucun effet, ce qui serait contraire au principe de base

¹⁶ Voir paragraphe 58, Plan d'Argumentation des Requérants.

¹⁷ Voir : « *Loi sur les régimes complémentaires de retraite, Annotations et Commentaires* », Régie des rentes du Québec, Bibliothèque Nationale du Québec, 1998, p. 49-3 :

« Par une fiction juridique ou présomption légale, le législateur considère que les cotisations à verser et les intérêts accumulés sont détenus en fiducie. Comme la fiducie constitue un patrimoine d'affectation distinct de celui de l'employeur, les biens réputés détenus en fiducie se trouvent donc soustraits des biens de l'employeur, lesquels constituent le gage commun de ses créanciers, conformément à l'article 2645 du *Code civil du Québec*.

[...]

Ainsi le présent article pourrait être invoqué à l'encontre du créancier de l'employeur qui prend possession du compte bancaire ou des créances de ce dernier en vertu par exemple des articles 2721 ou 2773 du *Code civil du Québec*,

[...]

Voir aussi Lyne Duhaime : « *Les aspects juridiques des régimes de retraite* », Publications CCH Ltée, Brossard, 2011, p. 138 :

« Jusqu'à leur versement à la caisse de retraite, les cotisations et les intérêts accumulés sont réputés détenus en fiducie par l'employeur, que ce dernier les ait ou non gardés séparément de ses biens. Ceci signifie que dans une situation d'insolvabilité ou de faillite, les cotisations et intérêts ainsi accumulés ne feraient pas partie du patrimoine de l'employeur et seraient donc à l'abri des réclamations des créanciers. »

(soulignements ajoutés)

d'interprétation des lois voulant que le législateur ne parle pas pour ne rien dire et qu'il faut nécessairement donner un sens à un texte législatif clair. De plus, la LRCR étant une loi d'application spécifique, elle doit être interprétée comme ayant préséance sur une loi d'application générale telle que le Code civil du Québec.

POSITION DE IQ SUR LA FIDUCIE RÉPUTÉE DE L'ARTICLE 49 LRCR

[34] IQ reprend à son crédit les principes déjà énoncés dans les dossiers *AbitibiBowater*¹⁸ et *White Birch*¹⁹.

[35] IQ insiste plus particulièrement sur le fait que toute fiducie établie par la loi, tel que le prévoit l'article 1262 C.c.Q., doit se conformer à toutes les exigences de l'article 1260 C.c.Q. Citant notamment l'auteur Jacques Beaulne²⁰, IQ souligne que les quatre éléments de l'article 1260 C.c.Q. doivent être rencontrés, soit :

- a) le transfert d'un bien du patrimoine du constituant
- b) à un autre patrimoine;
- c) dont les biens sont affectés à une fin particulière;
- d) qu'un fiduciaire s'oblige à détenir et à administrer.

[36] Citant les affaires *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*²¹ et *White Birch*²², IQ rappelle que (par la juge Deschamps dans *Thibault*) :

... « le modèle de la fiducie ne peut être travesti pour incorporer des contrats où le constituant conserve tous les droits sur le patrimoine. Je conclus donc que le Régime n'a pas les caractéristiques d'une fiducie. »

et que (par le soussigné dans White Birch) :

¹⁸ *AbitibiBowater (Arrangement relatif à)* 2009, QCCS 2028, juge Danièle Mayrand, j.c.s. qui écrit :
[34] (...) D'ailleurs, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Ivaco*, alors qu'elle décide de la portée de l'article 57(3) du *Pension Benefit Act* (dont les termes sont au même effet que ceux de l'article 49 LRCR), mentionne ce qui suit à l'égard des fiducies présumées (Deemed Trust);
(...)

« This Legislative designation by itself does not create a true trust. If the province wants to require an employer to keep its unpaid contributions to a pension plan in a separate account, it must legislate that separation. It has not done so. » »

¹⁹ *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)* 2012 QCCS 1679, pages 43 et 44.

²⁰ Beaulne, Jacques, *Droit des fiducies*, 2^e édition. Collection Bleue, Montréal, 2005, page 129.

Voir aussi au même effet : Commentaires du Ministre de la Justice, tome 1, le Code civil du Québec, art. 1260, page 748; Duhaim Lyne, op.cit. page 15; Claxton, John B. *Langage du droit de la fiducie*, Revue du Barreau EYB2002, RDB64, pages 6 à 8.

²¹ [2004] 1 RCS 758, page 22, paragraphe 41. Il faut spécifier ici qu'il ne s'agissait pas d'une fiducie présumée ou créée par une loi mais d'un régime contractuel d'épargne enregistré de retraite.

²² 2012 QCCS 1679, page 56, paragraphe 169.

« La comparaison dans la situation qui nous occupe est flagrante : ici, White Birch ne se départit de rien. Elle garde l'entier contrôle sur les biens censés faire partie d'une fiducie et ne crée aucun patrimoine d'affectation. »

[37] IQ soutient donc que, SBI ne s'étant jamais départie de certains actifs en vue de constituer un patrimoine distinct, il ne peut y avoir de fiducie réelle applicable en l'espèce²³.

[38] Avant de poursuivre plus loin, il est nécessaire d'établir ce sur quoi porte l'article 49 LRCR.

[39] L'article 49 LRCR date de la promulgation de la loi, soit depuis 1989.

[40] A l'époque, les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* n'existaient pas. La notion de fiducie telle qu'elle se retrouvait au *Code civil du Bas-Canada* n'avait rien d'équivalent ni de comparable au droit actuel.

[41] Par contre, le genre de disposition que l'on retrouve à l'article 49 LRCR se retrouvait déjà dans plusieurs lois fiscales québécoises. La notion de « fiducie présumée » « ou de fiducie réputée » n'était pas inconnue.

[42] Mais d'abord, il faut déterminer ce sur quoi porterait cette fiducie réputée, pour autant qu'elle existe et qu'elle soit opposable à IQ.

[43] Voyons, dans un premier temps, les dispositions pertinentes de la LRCR, reprises par les parties dans leurs positions respectives. Au fur et à mesure de leur citation, certains commentaires liminaires s'avéreront nécessaires.

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES DE LA LRCR

[44] La notion de régime de retraite est énoncée à l'article 6 LRCR :

Un régime de retraite est un contrat en vertu duquel le participant bénéficie d'une prestation de retraite dans des conditions et à compter d'un âge donnés, dont le financement est assuré par des cotisations à la charge soit de l'employeur seul, soit de l'employeur et du participant.

À moins qu'il ne soit garanti, tout régime de retraite doit avoir une caisse de retraite où sont notamment versés les cotisations ainsi que les revenus qui en résultent. Cette caisse constitue un patrimoine fiduciaire affecté principalement au versement des remboursements et prestations auxquels ont droit les participants et bénéficiaires.

²³ Voir notamment *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)* 2012 QCCS 1679, aux paragraphes 173, 174, 189 et 191 cités par QI dans son Plan d'Argumentation, pages 11 et 12, paragraphes 67 et 68.

[45] Voici, selon IQ, une fiducie parfaite et complète, créée par la loi et qui respecte en tous points les dispositions de l'article 1260 C.c.Q. Cette fiducie légale est d'ailleurs citée en exemple comme un modèle du genre.

[46] Cet article crée une caisse de retraite, donc un patrimoine fiduciaire séparé des actifs de l'employeur (le constituant), un apport fiduciaire (les cotisations), sous la responsabilité de fiduciaires (les dirigeants de la caisse)²⁴.

[47] Les articles 7, 8 et 9 LRRCR²⁵ distinguent entre les régimes à prestation déterminée, à cotisations déterminées, garantis ou non-garantis.

[48] Dans le cas qui nous occupe, les régimes sont non-garantis et à prestations déterminées.

[49] Les articles 37 à 52 LRRCR établissent la nature des diverses cotisations, l'obligation de les verser à la caisse de retraite ainsi que les modalités de perception et de versement de ces mêmes cotisations aux régimes de retraite concernés. Il n'y a pas lieu de reproduire ces articles, toutes les parties s'entendent pour reconnaître que :

- a) la *cotisation salariale* est la quote-part du participant alors que la *cotisation patronale* est constituée de la quote-part de l'employeur (article 37 LRRCR) ;
- b) la *cotisation d'exercice* est la somme que l'employeur doit verser au régime et qui représente la totalité des prestations prévues aux régimes de retraite au titre des services effectués. Il s'agit normalement de la

²⁴ Voir aussi les articles 14 à 18 LRRCR qui détaillent toutes les composantes d'un régime de retraite.

²⁵ 7. Le régime de retraite est à cotisation déterminée s'il détermine à l'avance les cotisations patronales et, le cas échéant, les cotisations salariales, ou la méthode pour les calculer, et si la rente normale est fonction des sommes portées au compte du participant.

Il est à prestations déterminées si la rente normale est soit un montant déterminé, indépendant de la rémunération du participant, soit un montant qui correspond à un pourcentage de cette rémunération.

Il est à cotisation et prestations déterminées s'il détermine à l'avance les cotisations patronales et, le cas échéant, les cotisations salariales, ainsi que la rente normale, ou la méthode pour les calculer.

8. Le régime de retraite est contributif si le participant y verse des cotisations salariales.

9. Est garanti le régime de retraite dont les remboursements et prestations sont à tout moment garantis par un assureur.

totalité des cotisations salariales et patronales couvrant une période donnée (article 38 LRRCR)²⁶.

Précisons tout de suite que ces trois types de cotisations ne sont pas ici en litige. Elles ont toutes été perçues et versées aux caisses de retraite requérants.

- c) L'article 39 LRRCR établit un autre type de cotisation : c'est la *cotisation d'équilibre*. Cette cotisation vise à compenser, selon certaines modalités déterminées par les actuaires du régime, les déficits actuariels de capitalisation et/ou de solvabilité du régime, rendues nécessaires par la fluctuation de l'actif de la caisse de retraite et l'ensemble des obligations de cette même caisse face à ses participants et retraités.

[50] Ce sont les cotisations d'équilibre de l'employeur SBI qui sont ici en jeu.

[51] Tel qu'indiqué ci-haut, tous s'entendent pour soutenir que les « cotisations » versées ou à être versées par l'employeur regroupent l'ensemble des cotisations salariales qu'il a perçues de ses employés participants, de sa cotisation patronale, ces deux éléments constituant la cotisation d'exercice, à laquelle la cotisation d'équilibre vient s'ajouter lorsque celle-ci est nécessaire.

[52] Vient alors l'article 49 LRRCR qui stipule que les « cotisations » sont réputées détenues en fiducie par l'employeur que ce dernier les ait gardées ou non séparément de ses biens.

[53] Il est donc acquis que les cotisations d'équilibre sont touchées par l'application de l'article 49 LRRCR. On ne saurait conclure que seules les cotisations perçues ou déduites par l'employeur sont visées par cet article.

[54] Si l'article 49 LRRCR crée une véritable fiducie opposable à IQ, il faut donc conclure que les cotisations d'équilibre non versées depuis l'ordonnance du juge Morawetz les suspendant seront visées par cette fiducie.

LES ARGUMENTS ADDITIONNELS DES CAISSES DE RETRAITE

[55] Les Comités de retraite ajoutent que les autres dispositions de la LRRCR pouvant trouver application sont les articles 228 et 264 LRRCR.

[56] Les Comités de retraite plaident en effet que non seulement les cotisations d'équilibre sont couvertes par la fiducie réputée de l'article 49 LRRCR mais aussi que les soldes des déficits actuariels sont aussi couverts. Or, cet argument additionnel ne peut résister longuement à l'analyse. L'article 228 LRRCR affirme plutôt que :

²⁶ Voir aussi les articles 138 et 139 LRRCR qui déterminent le calcul de la cotisation d'exercice.

228. Constitue une dette de l'employeur le manque d'actif nécessaire à l'acquittement des droits des participants ou bénéficiaires visés par le retrait d'un employeur partie à un régime interentreprises ou par la terminaison d'un régime de retraite. Ce manque d'actif doit être établi à la date de la terminaison.

Si l'employeur a, à la date de la terminaison, omis de verser des cotisations à la caisse de retraite ou, selon le cas, à l'assureur, cette dette est l'excédent du manque d'actif sur ces cotisations.

Dans le cas d'un régime interentreprises, le présent article s'applique à chaque employeur partie au régime et auquel se rapporte un groupe de droits formé en application de la sous-section 3 et composé des droits de participants ou bénéficiaires visé par le retrait ou la terminaison.

(soulignements ajoutés)

[57] Cet article fait partie du chapitre XIII de la LRCR qui traite de la liquidation des droits des participants et des bénéficiaires²⁷. Ce chapitre traite aussi de la terminaison d'un régime lorsqu'il n'y a plus de participant actif²⁸.

[58] Un processus de liquidation est alors mis en branle²⁹ et lorsque l'actif du régime s'avère insuffisant, l'article 228 s'applique : l'employeur est donc endetté envers le régime. Cette dette ne constitue pas une cotisation. D'ailleurs, nulle part dans les dispositions de la LRCR définissant ce qu'est une cotisation ne peut-on trouver une quelconque référence permettant de conclure que les soldes des déficits actuariels sont visés par l'article 49 LRCR.

[59] Il semble donc clair que la fiducie réputée de l'article 49 LRCR ne peut s'appliquer qu'aux « *cotisations* » visées par cet article et non aux soldes des déficits actuariels. D'ailleurs, le remboursement de ces soldes est régi par une série de règles particulières.³⁰

[60] Finalement, les Comités de retraite requérants invoquent l'article 264 LRCR qui se lit ainsi :

264. Sauf dispositions contraires de la loi, est incessible et insaisissable :

1° toute cotisation versée ou qui doit être versée à la caisse de retraite ou à l'assureur, ainsi que les intérêts accumulés;

2° toute somme remboursée ou toute prestation versée en vertu d'un régime de retraite ou de la présente loi;

²⁷ Articles 198 ss. LRCR.

²⁸ Article 205(3^e) LRCR.

²⁹ Articles 208 ss. LRCR.

³⁰ Articles 229-230 et 230.0.01 à 230.0.012.

3° toute somme attribuée au conjoint du participant à la suite d'un partage ou d'une autre cession de droits visés au chapitre VIII, avec les intérêts accumulés, ainsi que les prestations constituées avec ces sommes.

Sauf dans la mesure où elles proviennent de cotisations volontaires ou représentent une part d'excédent d'actif attribuée après la terminaison d'un régime de retraite, l'incessibilité et l'insaisissabilité valent également à l'égard des sommes susmentionnées qui ont fait l'objet d'un transfert dans un régime de retraite visé à l'article 98, avec les intérêts accumulés, de tout remboursement de ces sommes et de toute prestation en résultant, ainsi qu'à l'égard de la rente ou du paiement ayant remplacé une rente en application de l'article 92.

(soulignements ajoutés)

[61] Les Comités requérants plaident que la notion d'incessibilité et d'insaisissabilité des « *cotisations versées ou à être versées à la caisse de retraite* » vient renforcer leur argument que ces mêmes *cotisations* sont assujetties à la fiducie réputée de l'article 49 LRRCR. Inversement, si les cotisations dues mais non versées font l'objet d'une fiducie réputée, l'article 264 LRRCR doit alors s'appliquer à celles-ci et les rendre incessibles et insaisissables. Ainsi, il serait impossible pour l'employeur et ses créanciers d'avoir un quelconque accès aux sommes représentant ou pouvant représenter une cotisation « *à être versée* » à la caisse de retraite. Par l'effet combiné des articles 49 et 264 LRRCR, les cotisations d'équilibre non versées et les intérêts y afférant constitueraient des créances prioritaires à celle de IQ.

[62] La position de IQ est de soutenir que cet article ne peut s'adresser qu'aux sommes qui ont été clairement identifiées comme des cotisations et qui ont été clairement séparées du reste du patrimoine de l'employeur. Par exemple, si l'employeur ouvre un compte séparé dans lequel il dépose les cotisations qui seront versées à la caisse de retraite, ces sommes sont alors insaisissables et incessibles. Pour IQ, l'article 264 LRRCR ne peut s'appliquer que s'il y a séparation de patrimoines.

[63] Sinon, sur le plan pratique, à chaque fois qu'un employeur paie une somme d'argent à un créancier, ce dernier devrait alors s'assurer (ou l'employeur devrait être en mesure de lui démontrer) que toutes les cotisations à être versées à la caisse de retraite sont payées, et que le déficit actuariel est adéquatement couvert sous peine de voir ces montants réclamés par le Comité de retraite concerné, comme c'est le cas en l'espèce.

[64] Cela ne ferait, selon IQ, aucun sens.

[65] Il s'ensuivrait que tout employeur ne pourrait jamais être certain qu'il a payé valablement une dette à un tiers, lorsqu'il serait, par exemple, en retard de paiement

sur l'une ou l'autre de ses cotisations ou encore que le ou les régimes de retraite de ses employés soient adéquatement pourvus de manière à éviter tout risque de déficit.

[66] Pour IQ, la portée de cet article serait donc de rendre incessible ou insaisissable toute cotisation identifiée comme telle qui aura fait l'objet d'une séparation physique du patrimoine de l'employeur en vue d'effectuer un paiement à une caisse de retraite.

LES DISPOSITIONS DU CODE CIVIL DU QUEBEC EN MATIERE DE FIDUCIES

[67] Depuis 1994, le droit des fiducies au Québec a subi une transformation complète.

[68] Toutes les fiducies de droit québécois sont dorénavant assujetties aux règles édictées par les articles 1260 et suivants C.c.Q.

[69] Il n'est définitivement plus question au Québec de reconnaître autre chose que la fiducie du Code civil. Les fiducies de droit anglo-saxon ou dérivant de la Common Law en vigueur dans les autres provinces canadiennes n'ont donc pas d'existence légale.

[70] Le Code civil est une loi d'application générale de par son importance, de la multitude des sujets qu'elle couvre et du fait que l'on y retrouve l'ensemble des dispositions gouvernant notre droit civil et notre droit privé. Par contre, les Régimes de retraite requérants soutiennent que la LRRCR est une loi spécifique dont les dispositions doivent l'emporter sur une loi d'application générale.

[71] La question se pose différemment lorsqu'un chapitre entier consacré à un concept comme la fiducie est inséré au Code civil. On ne peut, selon IQ, du simple fait que ce chapitre est inséré au *Code civil*, conclure que les dispositions particulières en matière de fiducie perdent leur statut de loi particulière au point de prétendre que les dispositions de la LRRCR, elles, auraient préséance sur les articles 1260 et suivants du *Code civil*.

[72] Les articles pertinents du *Code civil* sont les suivants :

1260. La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

(soulignements ajoutés)

[73] Cet article, comme nous l'avons vu, détermine les composantes essentielles d'une fiducie de droit québécois :

- l'existence d'un constituant;
- la nécessité d'un transfert de son patrimoine à un autre patrimoine;
- des biens spécifiques;
- affectés à une fin particulière.

[74] L'article 1261 édicte ce qui suit :

1261. Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel.

(soulignements ajoutés)

[75] Il faut donc, selon cette façon de voir, qu'il y ait transfert complet des sommes ou des biens pour constituer un patrimoine autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire et que ni l'un ni l'autre d'entre eux ne puisse y faire valoir un quelconque droit réel.

[76] L'article 1262 C.c.Q. énonce les modes d'établissement d'une fiducie :

1262. La fiducie est établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi. Elle peut aussi, lorsque la loi l'autorise, être établie par jugement.

(soulignements ajoutés)

[77] Si la loi permet la création d'une fiducie selon l'article 1262 C.c.Q., la loi peut-elle déroger aux critères de l'article 1260 C.c.Q.?

[78] L'article 1263 C.c.Q. se lit ainsi :

1263. La fiducie établie par contrat à titre onéreux peut avoir pour objet de garantir l'exécution d'une obligation. En ce cas, la fiducie doit, pour être opposable aux tiers, être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers ou au registre foncier, selon la nature mobilière ou immobilière des biens transférés en fiducie.

Le fiduciaire est, en cas de défaut du constituant, assujetti aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires énoncées au livre Des priorités et des hypothèques.

[79] Il est intéressant de noter ici que pour être opposable aux tiers (ici, IQ est un tiers), la fiducie contractuelle doit être publiée au RDPRM ou au registre foncier. Une

fiducie créée par la loi opposable au tiers ne semble pas requérir un tel élément même si la fiducie a pour objet de garantir le paiement d'une cotisation par l'employeur à un régime de retraite.

[80] De ce qui précède, le Tribunal conclut que si l'article 49 LRRCR crée une véritable fiducie réputée opposable à IQ :

- a) cette fiducie réputée s'appliquera à toutes les cotisations non versées aux Comités de retraite requérants;
- b) plus spécifiquement, elle s'appliquera aux cotisations d'équilibre ayant fait l'objet de l'Ordonnance de Suspension émise par le juge Morawetz;
- c) par contre, cette fiducie réputée ne s'appliquera qu'aux cotisations et non aux soldes déficits actuariels qui, eux, sont des dettes de l'employeur conformément aux dispositions de l'article 228 LRRCR.
- d) l'article 264 LRRCR pourra s'appliquer aussi aux cotisations non versées aux Comités de retraite et non aux soldes des déficits actuariels.

[81] Il reste à déterminer

- a) si l'article 49 LRRCR crée une fiducie réputée opposable à IQ; et
- b) si oui, les biens visés par une telle fiducie réputée sont incessibles et insaisissables et, partant de là, s'ils sont exclus de la garantie hypothécaire dont bénéficie IQ.

ANALYSE

a) **La fiducie réputée de l'article 49 LRRCR**

[82] Pour les motifs qui suivent et malgré l'analyse du soussigné dans l'affaire *White Birch*, force est de conclure que l'article 49 LRRCR crée une fiducie réputée opposable à la créance de IQ. Toutefois, le présent dossier touche une question différente des affaires *White Birch* et *Indalex*. Dans ces deux dossiers, il s'agissait de décider si les contributions d'équilibre ou les soldes des déficits actuariels des régimes de retraite avaient préséance sur la créance du prêteur « DIP », elle-même protégée par une super-priorité en vertu de la LACC, et ce, alors que la loi provinciale entrevoyait l'existence d'une fiducie réputée applicable aux cotisations ou soldes actuariels en question, selon le cas.

[83] La présente instance porte sur la priorité des créances de deux créanciers qui ne bénéficient pas de super-priorités alors que la débitrice SBI est au stade de rembourser ses créanciers selon leur priorités respectives établies par le droit québécois. Il s'agit donc de décider si, aux termes du droit québécois, l'ordre de

priorité attaché à chacune de ces créances fait en sorte que les Comités de retraite peuvent se réclamer d'un rang prioritaire à celui de IQ.

[84] Ainsi, même si l'on doit conclure à l'existence d'une fiducie créée par la loi en vertu de l'article 49 LRCR, une telle conclusion, si elle avait été retenue dans *White Birch* n'aurait pas eu d'impact sur la finalité de ce débat car la question était toute autre.

[85] En effet, la conclusion finale retenue dans *White Birch* demeure la même car la doctrine de la préséance du droit fédéral fait en sorte que la fiducie de l'article 49 LRCR, si elle avait été retenue, ne lui aurait pas donné priorité de rang sur la créance super-prioritaire du prêteur DIP.³¹

[86] La question des fiducies réputées en droit québécois a donné lieu à plusieurs décisions au cours des quelques 20 dernières années, surtout en matière fiscale et presque exclusivement dans un contexte de faillite. Cependant, même si la fiducie réputée de l'article 49 LRCR s'inscrit dans un contexte fort différent, la façon dont nos tribunaux ont analysé la fiducie réputée en matière fiscale nous permet de comprendre comment l'on doit s'y prendre pour analyser celle que nous suggère l'article 49 LRCR.

[87] Il faut remonter à l'affaire *Nolisair*³² alors que la Cour d'appel renversait un jugement du juge Roland Durand du 16 octobre 1994³³. Le fond du litige portait sur la fiducie présumée dont se réclamait alors le Ministère du revenu et qui avait déposé une preuve de réclamation prioritaire couvrant l'ensemble des actifs de la débitrice. Le syndic a rejeté cette réclamation, alléguant l'absence d'une telle fiducie au motif que *Nolisair* n'avait pas gardé les retenues à la source perçues de ses employés dans un compte séparé de son patrimoine. Le SMRQ objectait que l'article 20 de la *Loi sur le Ministère du revenu*³⁴ (la LMRQ) créait une telle fiducie présumée.

[88] Le juge Durand a décidé en première instance que l'article 20 LMRQ ne créait pas de fiducie au sens de l'article 67(3) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

[89] Parallèlement à l'affaire *Nolisair*, le juge Roger Banford décidait dans l'affaire *Sécurité Saglac (1992) Inc. c. Sous-ministre du revenu du Québec*³⁵ que ce même article 20 créait une fiducie présumée.

[90] Les deux dossiers ont été entendus en même temps par la Cour d'appel et ont fait l'objet de deux jugements séparés, l'un accueillant l'appel formé à l'endroit du

³¹ Voir *Century Services* précité.

³² Re : *Faillite de Nolisair International Inc. c. Le Sous-ministre du revenu du Québec* (1997) AZ 97011738 (C.A.).

³³ 700-11-000069-932 (C.S. St-Jérôme) AZ-94021150.

³⁴ *LRQ c. M-31*.

³⁵ C.S. Chicoutimi, no. 150-11-000012-930.

jugement du juge Durand³⁶ et l'autre rejetant l'appel formé à l'endroit de celui du juge Banford³⁷.

[91] La Cour d'appel, à deux juges contre un, a alors reconnu l'existence d'une fiducie réputée créée par l'article 20 LMRQ qui se lisait alors ainsi :

20. Toute personne qui déduit, retient ou perçoit un montant quelconque en vertu d'une loi fiscale est réputée le détenir en fiducie pour Sa Majesté aux droits du Québec.

Un tel montant doit être tenu, par la personne qui l'a déduit, retenu ou perçu, distinctement et séparément de ses propres fonds et dans les cas d'une liquidation, cession ou faillite, un montant égal au montant ainsi déduit, retenu ou perçu doit être considéré comme formant un fonds séparé ne faisant pas partie des biens sujets à la liquidation, cession ou faillite.

Toutefois, cette personne peut, lors de la production au ministre d'une déclaration en vertu des articles 468 ou 470 de la *Loi sur la taxe de vente au Québec* et modifiant certaines dispositions législatives d'ordre fiscal (1991 c. 67) retirer du total des fonds tenus séparément et distinctement de ses propres fonds, les montants qu'elle a droit de déduire et qu'elle a effectivement déduits dans le calcul de son montant à remettre.

[92] On aura remarqué , et c'est là l'intérêt de la chose, que ce texte vise des montants « déduits, retenus ou perçus » par une personne à des fins fiscales et non des montants dus par cette même personne. Somme toute, les sommes ici visées sont des sommes qui n'appartiennent pas et qui n'ont jamais appartenu à la personne en question.

[93] On aura aussi remarqué que l'article 20 LMRQ, tel qu'il existait alors, ne contenait pas les mots qui y seront ajoutés quelques mois plus tard et qui se liront, après l'amendement en question³⁸ :

« ... que ce montant ait été ou non, dans les faits tenu séparé des éléments du patrimoine de cette personne ou de ses propres fonds. »

[94] C'est d'ailleurs à cause de l'absence de ces mots que le juge Durand refusera de reconnaître la fiducie réputée de l'article 20 LMRQ. On remarquera, cependant, la présence de ces mêmes mots dans l'article 49 LRQR.

³⁶ 1997 CanLii 10022 (QC.CA); **1**

³⁷ 1997 CanLii 10026 (QC.CA).

³⁸ Article 39, *Loi modifiant la Loi concernant l'Impôt sur le tabac, la Loi sur le Ministère du Revenu et d'autres dispositions législatives d'ordre fiscal L.Q. 1993 c. 79* sanctionnée le 17 décembre 1993 et applicable à toute faillite, liquidation ou cession survenue après le 23 avril 1993.

[95] Malgré le bénéfice de cet amendement, les juges Bamford (dans l'affaire *Sécurité Saglac*) en première instance et Chamberland en Cour d'appel, se basant sur une analyse des mots ... « *un montant égal au montant ainsi déduit, retenu ou perçu doit être considéré comme formant un fonds séparé* »... du deuxième alinéa de l'article 20 LMRQ ont décidé que le texte était suffisant pour que cet article puisse créer une fiducie réputée créée par la loi. Le juge Chamberland conclut en ces termes³⁹ :

La fiducie réputée

Aux fins de cette opinion, j'entends par «fiducie réputée» la fiducie qui n'existe que parce que le législateur, provincial ou fédéral, dit qu'elle existe, alors que, dans les faits, elle ne revêt pas tous les attributs d'une fiducie. L'existence de la fiducie dépend de la présence conjuguée de trois certitudes: 1) certitude quant à l'intention du constituant de créer une fiducie, 2) certitude quant à l'identité du bénéficiaire de la fiducie, et enfin, 3) certitude quant aux biens assujettis à la fiducie, en ce sens que ces biens doivent être conservés par le fiduciaire de façon autonome et distincte de son patrimoine (L.W. HOULDEN et C.H. MORAWETZ, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd Ed., mis à jour 1996 (No 7), aux pages 3-17 à 3-30, chapitre intitulé «Trust Property»).

...

La fiducie réputée est l'un «des moyens auxquels les législateurs ont souvent recours pour recouvrer des sommes qui auraient dû leur être versées, mais qui ont été illégalement détournées par un débiteur qui a, par la suite, éprouvé des difficultés financières et s'est vu forcé de liquider son entreprise» (Banque Royale c. Sparrow Electric Corp., 1997 CanLII 377 (CSC), [1997] 1 R.C.S. 411, le juge Gonthier, à la page 435).

Revenant à la première question soulevée par ce litige, il s'agit donc de décider si l'article 20 de la LMRevenu Québec crée une fiducie réputée.

L'appelant plaide que non parce que certains mots, à son avis essentiels à la création d'une fiducie réputée - et que l'on retrouve, par exemple, au paragraphe 5 de l'article 227 de la LIR fédérale - ne s'y trouvent pas. En somme, en l'absence des mots «que ce montant ait été ou non, en fait, tenu séparé des propres fonds de la personne ou des éléments du patrimoine», l'article 20 de la LMRevenu Québec ne créerait pas de fiducie réputée; il ne ferait que confirmer l'existence d'une fiducie réelle, opposable à la masse des créanciers que dans la mesure où les

³⁹ Opinion du juge Chamberland dans *Sécurité Saglac*.

sommes déduites ont été réellement détenues à part par le débiteur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Je ne partage pas ce point de vue.

...

De fait, le texte de l'article 20 est bien différent de celui que la Cour supérieure étudiait, en 1977, dans l'affaire Joe's Steak House, précitée. Le législateur y a ajouté des mots «un montant égal au montant ainsi déduit, retenu ou perçu» - qui ont, à mon avis, le même effet - la création d'une fiducie réputée - même si les mots «que ce montant ait été ou non, en fait, tenu séparé des propres fonds de la personne ou des éléments du patrimoine», utilisés au paragraphe 227(5) de la LIR fédérale ne s'y trouvent pas.

Comparons les textes de l'article 20 à l'époque de l'affaire Joe's Steak House, précitée, (en 1979) et durant la période en litige (en 1992):

Toute personne qui déduit, retient ou perçoit un montant quelconque en vertu d'une loi fiscale est réputée le détenir en fiducie pour Sa Majesté aux droits du Québec.

Un tel montant doit être tenu par la personne qui l'a déduit, retenu ou perçu distinctement et séparément de ses propres fonds et dans les cas d'une liquidation, cession ou faillite, doit être considéré comme formant un fonds séparé ne faisant pas partie des biens sujets à la liquidation, cession ou faillite.

Toute personne qui déduit, retient ou perçoit un montant quelconque en vertu d'une loi fiscale est réputée le détenir en fiducie pour Sa Majesté aux droits du Québec.

Un tel montant doit être tenu, par la personne qui l'a déduit, retenu ou perçu, distinctement et séparément de ses propres fonds et dans les cas d'une liquidation, cession ou faillite, un montant égal au montant ainsi déduit, retenu ou perçu doit être considéré comme formant un fonds séparé ne faisant pas partie des biens sujets à la liquidation, cession ou faillite.

[...]

(soulignements ajoutés)

Le premier paragraphe est identique; le législateur y prévoit expressément, en utilisant les mots «est réputée», qu'une personne qui a déduit, retenu ou perçu un montant en vertu d'une loi fiscale détient ce montant en fiducie et que Sa Majesté aux droits du Québec est la bénéficiaire de cette fiducie. Le début du deuxième paragraphe est également identique; le législateur y crée l'obligation pour la personne visée de tenir le montant ainsi déduit, retenu ou perçu «distinctement et séparément de ses propres fonds». Si tel est le cas, il y a fiducie réelle et, advenant faillite, ces montants constituent des «biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne», au sens de l'alinéa 67(1)(a) de la Loi FI, et ils ne sont pas compris dans les biens du failli.

La seconde partie du deuxième paragraphe a été modifiée par l'ajout des mots «un montant égal au montant ainsi déduit, retenu ou perçu [...]».[2] L'ajout de ces mots ne s'explique, à mon avis, que par la volonté du législateur de créer une fiducie réputée et de la distinguer de la fiducie réelle en éliminant expressément la nécessité de respecter la troisième des conditions essentielles à l'existence d'une fiducie, soit le fait pour le fiduciaire de conserver les biens affectés à la fiducie séparément et distinctement de son patrimoine. En effet, les mots «un montant égal au montant ainsi déduit, retenu ou perçu» sont inutiles dans le contexte où le failli tient un compte distinct et séparé de ses propres fonds pour les montants déduits, retenus ou perçus; les mots n'ont de sens que si le failli ne tient pas un tel compte distinct et séparé. Dans le contexte, ces mots suffisaient pour conclure à la création d'une fiducie réputée; le premier paragraphe de l'article 20 et le début du second visaient la fiducie réelle alors que le premier paragraphe et la fin du second visaient la fiducie réputée.

D'où, à mon avis, la conclusion que le législateur a ainsi créé une fiducie réputée même s'il n'a pas repris tous les mots du législateur fédéral au paragraphe 5 de l'article 227. L'utilisation des mots «un montant égal au montant ainsi déduit, retenu ou perçu» rendait, à mon avis, inutile l'utilisation des mots «que ce montant ait été ou non, en fait, tenu séparé des propres fonds de la personne».

(soulignements ajoutés)

[96] Cette longue citation indique la manière retenue alors par la Cour d'appel pour conclure à l'existence d'une fiducie réputée en se basant sur les mots retenus par le législateur. En appliquant ce genre d'analyse à l'article 49 LRQR, on doit d'abord se poser la question à savoir si le texte de cet article est suffisamment clair et complet pour conclure à l'existence d'une fiducie réputée. Un tel exercice convainc le Tribunal que l'on doit répondre affirmativement à cette question surtout lorsque l'on constate que l'article 49 LRQR reprend les mots alors présumés manquants à l'article 20 LMRQ et qui, plus tard, feront en sorte que l'article 20 LMRQ crée effectivement une fiducie réputée.

[97] Ainsi, pour le juge Chamberland, les mots utilisés par le Législateur dans l'ancien article 20 LMR étaient suffisamment clairs pour établir une fiducie réputée, faisant des déductions déduites, retenues ou perçues par la partie débitrice un patrimoine fiduciaire suffisamment bien défini, « ...comme formant un fonds séparé ne faisant pas partie des biens... » de ladite débitrice dans le contexte d'une cession ou d'une faillite.

[98] Malgré l'intérêt et la logique du raisonnement, la Cour suprême ne verra pas les choses de la même façon.

[99] Tant dans *Nolisair* que dans *Sécurité Saglac*, le juge Fish, siégeant alors à la Cour d'appel, était dissident. Pour lui, en l'absence des mots ajoutés à l'article 20 LMRQ par l'amendement de 1993, ledit article ne créait pas de fiducie réputée⁴⁰. Il écrira :

« In fact and in effect, these deductions simply consisted in book keeping entries: no moneys were actually retained by the employer in an identifiable form, separate from the employer's own funds.»

[100] Pour le juge Fish, l'amendement de 1993 vient corriger le problème pour le futur mais non pour les deux cas dont la Cour est saisie, dont les faits remontent à une date antérieure à la prise d'effet dudit amendement. Il se dit d'accord avec le raisonnement du juge Durand dans *Nolisair* et en désaccord avec celui du juge Banford dans *Sécurité Saglac*.

[101] Par contre, une lecture attentive de l'opinion du juge Fish fait ressortir que l'amendement de 1993 n'a pour effet que de rendre l'article 20 LMRQ compatible avec l'article 67 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et l'article 227 de la *Loi sur les impôts fédérale*.

[102] Le juge Fish écrira donc, et c'est là où il est en désaccord avec le raisonnement du juge Chamberland :

As I have already mentioned, the Minister of Revenue seeks to recover, from an estate in bankruptcy, income tax and pension contributions that were deducted at source by the debtor, but not separated from the rest of the debtor's patrimony, and never remitted to the government.

To succeed on this claim, the Minister must establish that s. 20 MRA, prior to its amendment in 1993, created a deemed trust "substantially similar to subs. 227(4) of the Income Tax Act", within the meaning of s. 67(3)(a). The Minister must demonstrate as well that the Crown's beneficial interest under the trust attached to unremitted deductions at source whether or not the amounts deducted were held separately from the patrimony of the bankrupt debtor.

⁴⁰ Opinion du juge Fish dans *Nolisair* en Cour d'appel.

Deductions at source under the ITA are in law the property of the employee. The employer, at the point of withholding, therefore holds the amounts deducted as trustee of a fund belonging to the employees, not to the Crown. It is subs. 227(4) ITA that has the effect of making Her Majesty the beneficiary under that trust.

When the employer fails to retain the deductions in a separate fund, however, Her Majesty's beneficial interest becomes intermingled with the employer's general assets and "Her Majesty's claim ... then becomes that of a beneficiary under a non-existent trust".

Here, the employer failed to separate the source deductions from his own property. Accordingly, the deemed trust created by s. 20 MRA, if it were "substantially similar" to the deemed trust of subs. 227(4) ITA, would likewise make the Minister of Revenue "a beneficiary under a non-existent trust".

In considering whether a provincial deemed trust is substantially similar to the federal standard created by subs. 227(4), however, one cannot insulate the text of subs. 227(4) from its context. Subsection 227(5) is linked by reference to subs. 227(4) and, together, the two subsections may be said to create a coherent whole in the context of a bankruptcy.

For the purposes of disposing of the appeal, we should therefore, I believe, take into account the impact of subs. 227(5) ITA on the kind of deemed trust that will meet the requirements of subs. 67(3) BIA. In my view, we are also bound to read subs. 67(3) in a manner that respects the evident intent of Parliament to place deemed trusts, provincial and federal, on the same footing with respect to priority in the event of a bankruptcy.

To benefit from the full protection afforded by subs. 67(3), the deemed trust referred to in subs. 227(4) ITA must also conform to subs. 227(5). And to be eligible for that same protection, a provincial provision creating a deemed trust must be "substantially similar", having essentially the same reach and complying with the same basic requirements.

In particular, the provincial deemed trust must, to achieve the result of its federal counterpart under subs. 227(5), explicitly impress upon the amount of the unremitted deductions at source whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the debtor's own moneys or from the assets of the estate.

Prior to its amendment in 1993, s. 20 MRA did not, in my respectful view, meet this test.

Accordingly, even on the assumption that subs. 67(3) BIA authorized the creation by Quebec of a deemed trust substantially similar to the type

contemplated either by subs. 227(4) ITA read alone, or by subss. 227(4) and (5) read together, I would feel bound to dismiss the appeal.

(soulignements ajoutés)

[103] Rappelant par la suite les affaires Re: *Deslauriers Construction Productions Ltd* (1970)3 O.R. 599 (C.A.), *Dauphin Plains Credit Union Ltd c. Xyloid Industries Ltd* [980] 1 S.C.R. 1182, *British Columbia c. Henfrey Samson Bélair Ltd* [1989] 2 SCR 24 et *Royal Bank of Canada c. Sparrow Electric Corp.* [1997] 1 S.C.R. 411, le juge Fish conclut que le texte de l'article 20 LMRQ, tel qu'il existait antérieurement à l'amendement de 1993, ne rencontrait pas les exigences des articles 67 LFI et 227(5) de la *Loi fédérale sur les impôts*. Le texte de l'amendement de 1993 a eu pour effet de régler le problème de la fiducie présumée de l'article 20 LMRQ mais force est de constater que le texte de l'article 49 LRRCR contient les mots « sacramentels » confirmant l'existence d'une fiducie réputée, même si l'employeur n'a pas gardé les cotisations qu'il doit verser aux Comités de retraite requérants séparées ou non de ses autres biens.

[104] Les affaires *Saglac* et *Nolisair* ont été portées en appel devant la Cour suprême du Canada⁴¹ et dans un jugement aussi court qu'unanime, les jugements de la Cour d'appel ont été renversés au profit de la dissidence du juge Fish, sans rien y ajouter.

[105] L'opinion combinée des juges Chamberland et Fish démontre en fait une seule chose : pour qu'une fiducie réputée existe, il faut que le langage qui la constitue soit sans équivoque et qu'il démontre que les sommes ou biens réputés être détenus en fiducie le sont, même sans séparation desdits biens ou sommes du reste des actifs de la partie débitrice.

[106] C'est ce qui semble exister en l'espèce, à la lecture de l'article 49 LRRCR.

[107] Pourtant, plusieurs années plus tard, dans *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. De Courval*, 2009 QCCA 409⁴², la Cour d'appel avait à décider des conditions d'existence ou non d'une fiducie au sens de l'article 20 de la *Loi sur le Ministère du Revenu*. La juge Dutil a écrit ceci :

[10] S'appuyant sur un jugement de la Cour supérieure, dans l'affaire de la faillite de *Chibou-Vrac inc. (Syndic de) et Groupe Thibault Van Houtte & Associés Itée*, le juge de première instance conclut que la TVQ peut être détenue dans une fiducie présumée au sens de l'article 20 LMR. Toutefois, pour que ces sommes d'argent ne soient pas considérées comme des biens du failli, par l'application de l'alinéa 67(1)a) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)*, il doit s'agir d'une fiducie réelle, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

⁴¹ 1999, 1 RCS 759.

⁴² En appel du jugement du soussigné dans Services Sécurité Québec.

[11] Le juge de première instance estime également que l'*obiter dictum* du juge Letarte, dans l'arrêt *Giguère (Syndic de) c. Lloyd Woodfine [Giguère]*, concernant des sommes détenues en fiducie, « ne peut servir de base juridique qui aurait pour effet de modifier profondément tout le courant jurisprudentiel antérieur sur la question de l'application des articles 15.3.1 et 20 de la Loi. »

[108] Après avoir cité les dispositions pertinentes de la *Loi sur le Ministère du Revenu* et de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la juge Dutil pose le problème en ces termes :

[19] Le syndic soutient que l'article 20 LMR ne confère aucun droit de propriété aux autorités fiscales en ce qui a trait aux montants dus à titre de TVQ. Prenant appui sur un arrêt récent de notre Cour, dans *9083-4185 Québec inc. (Syndic de) et Caisse populaire Desjardins de Montmagny [9083-4185 Québec inc.]*, le syndic plaide que le paragraphe 67(2) LFI fait en sorte que des biens détenus dans une fiducie pour Sa Majesté, par le biais d'une disposition législative, demeurent des biens du failli. Seuls ceux détenus par un failli dans une fiducie réelle, pour une autre personne, sont exclus de la faillite. En outre, puisque les sommes détenues en fiducie sont entremêlées avec d'autres fonds, elles ne sont plus identifiables. En conséquence, le ministre ne peut en être propriétaire.

...

[28] L'article 20 LMR édicte qu'une personne qui perçoit un montant dû en vertu d'une loi fiscale est réputée le détenir pour l'État, séparé de son patrimoine et de ses propres fonds. Il précise qu'en cas de non-versement à l'État dans le délai et selon les modalités prescrites, ce montant est réputé former un fonds séparé ne faisant pas partie des biens de cette personne.

[29] En vertu de cet article, il y avait donc une présomption que les montants détenus par la Banque en date du 10 juillet 2006 l'étaient en fiducie pour l'État. Toutefois, ces montants perçus par la débitrice avaient été déposés dans un compte où elle en détenait également d'autres provenant de différentes sources. Il ne s'agissait donc que d'une fiducie créée par l'effet de la LMR et non d'une fiducie réelle.

[30] Dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey, Samson, Belair Ltd. [Colombie-Britannique]*, la Cour suprême explique que dès que le montant de la taxe est confondu avec d'autres sommes, il n'existe plus de fiducie de common law :

[...] Au moment de la perception de la taxe, il y a fiducie légale réputée. À ce moment-là, le bien en fiducie est identifiable et la fiducie répond aux exigences d'une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit. La difficulté que présente l'espèce, qui est la même que dans la plupart

des cas, vient de ce que le bien en fiducie cesse bientôt d'être identifiable. Le montant de la taxe est confondu avec d'autres sommes que détient le marchand et immédiatement affecté à l'acquisition d'autres biens de sorte qu'il est impossible de le retracer. Dès lors, il n'existe plus de fiducie de *common law*. Pour obvier à ce problème, l'al. 18(1)b prévoit que la taxe perçue sera réputée être détenue de manière séparée et distincte des deniers, de l'actif ou du patrimoine de celui qui l'a perçue. Mais, comme l'existence de la disposition déterminative le reconnaît tacitement, en réalité, après l'affectation de la somme, la fiducie légale ressemble peu à une fiducie véritable. [...]

[31] Je conclus donc que l'avis expédié en vertu de l'article 15 *LMR* n'a pas transformé cette fiducie présumée en fiducie réelle, ce qui aurait pu, effectivement, faire en sorte que ces biens ne soient pas compris dans le patrimoine de la débitrice faillie en vertu de l'alinéa 67(1)a *LFI*.

[32] En effet, le paragraphe 67(2) *LFI* édicte que, sous réserve de certaines exceptions (dont entre autres les retenues à la source), un bien n'est pas considéré être détenu en fiducie aux fins de la *LFI* si, en l'absence d'une disposition législative, il ne le serait pas. Or, c'est exactement le cas dans la présente affaire : les montants étaient réputés être détenus en fiducie en vertu de l'article 20 *LMR*, mais il n'existait aucune fiducie réelle.

[109] Cette décision suivait alors la logique de l'arrêt *Sparrow Electric*⁴³ en Cour suprême, où il fut établi que la garantie bancaire consentie à la Banque Royale du Canada en vertu de l'article 427 de la *Loi sur les banques* (LB)⁴⁴ avait priorité sur la fiducie réputée que l'on retrouve à l'article 227(5) de la *Loi sur l'impôt sur le revenu* (LIR)⁴⁵.

[110] Pour conclure ainsi dans *Sparrow*, la Cour suprême a dû constater que la garantie de l'article 427 de la *Loi sur les banques* avait été mise en place avant que la débitrice soit en défaut de remettre à l'État les retenues fiscales prévues à l'article 227(5) LIR. Donc, en l'absence d'une autre disposition donnant priorité de rang à la fiducie réputée, les termes de la garantie bancaire n'étaient pas affectés par le défaut subséquent de la débitrice à l'égard de la Couronne fédérale.

[111] Voici comment le juge Gonthier (dissident sur le fond) pose le problème :

23 Il est malheureux que, jusqu'à maintenant, la jurisprudence n'ait pas su susciter la certitude qui est si manifestement souhaitable dans ce domaine du droit commercial. En fait, la jurisprudence a été qualifiée de [TRADUCTION] «secteur trouble du droit» (*Manitoba (Minister of Labour) c. Omega Autobody Ltd. (Receiver of)* 1989 CanLII 178 (MB CA), (1989), 59

⁴³ *Royal Bank of Canada c. Sparrow Electric Corp.* [1997] 1 RCS 411.

⁴⁴ LC (1991) ch. 46.

⁴⁵ LRC (1985) ch. 1.

D.L.R. (4th) 34 (C.A. Man.), à la p. 36), et elle a fait l'objet, à certains moments, de critiques acerbes de la part d'auteurs de doctrine (Roderick J. Wood, «Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*» (1995), 10 *B.F.L.R.* 429, ainsi que Roderick J. Wood et Michael I. Wylie, «Non-Consensual Security Interests in Personal Property» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1055). L'opinion générale a, je crois, été résumée par le professeur Wood dans son commentaire de décision fort utile, «Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*», *loc. cit.*, à la p. 430: [TRADUCTION] «[i] est quelque peu embarrassant de constater qu'après plus de deux décennies, nous ne pouvons toujours pas prédire en toute confiance le résultat d'un litige quant à la priorité de rang entre une fiducie réputée et une garantie». Les commentaires ci-dessus tirés de la jurisprudence et de la doctrine invitent, je crois, notre Cour à s'orienter résolument vers une énonciation de principes clairs qui permettront de déterminer la priorité de rang entre les fiducies légales et les garanties consensuelles.

[112] Contrairement à ce que soutiendra la majorité, le juge Gonthier retrouvera dans les éléments de l'affaire *Sparrow Electric* les principes lui permettant de conclure à l'existence d'une priorité de rang de la fiducie réputée de la Couronne sur la garantie conventionnelle de la banque. Malgré la longueur du texte qui suit, il y a lieu de le reproduire :

30 Notre Cour a récemment eu l'occasion d'examiner les principes de droit qui doivent être appliqués à l'interprétation des lois fiscales. Dans *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.; Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.*, 1996 CanLII 244 (CSC), [1996] 1 R.C.S. 963, aux pp. 975 et 976, le juge Cory cite l'arrêt de notre Cour *Friesen c. Canada*, 1995 CanLII 62 (CSC), [1995] 3 R.C.S. 103, où les principes pertinents sont résumés ainsi, aux pp. 112 à 114:

Pour interpréter les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu, il convient, comme l'affirme le juge Estey dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, 1984 CanLII 20 (CSC), [1984] 1 R.C.S. 536, d'appliquer la règle du sens ordinaire. À la page 578, le juge Estey se fonde sur le passage suivant de l'ouvrage de E. A. Driedger, intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Le principe voulant que le sens ordinaire des dispositions pertinentes de la Loi de l'impôt sur le revenu prévale, à moins d'être en présence d'une opération simulée, a récemment été approuvé par notre Cour dans l'arrêt *Canada c. Antosko*, 1994 CanLII 88 (CSC), [1994] 2 R.C.S. 312. Le juge Iacobucci affirme, au nom de la Cour, aux pp. 326 et 327:

Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu'ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale, ces techniques ne sauraient altérer le résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l'effet juridique et pratique de l'opération est incontesté: *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, 1988 CanLII 58 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 175, à la p. 194; voir également *Symes c. Canada*, 1993 CanLII 55 (CSC), [1993] 4 R.C.S. 695.

J'accepte les commentaires suivants qui ont été faits à l'égard de l'arrêt *Antosko* dans l'ouvrage de P. W. Hogg et J. E. Magee, intitulé *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), dans la section 22.3c [TRADUCTION] «Interprétation stricte et fondée sur l'objet visé», aux pp. 453 et 454:

[TRADUCTION] La Loi de l'impôt sur le revenu serait empreinte d'une incertitude intolérable si le libellé clair d'une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions tacites tirées de la conception qu'un tribunal a de l'objet de la disposition. (. . .) (L'arrêt *Antosko*) ne fait que reconnaître que «l'objet» ne peut jouer qu'un rôle limité dans l'interprétation d'une loi aussi précise et détaillée que la Loi de l'impôt sur le revenu. Lorsqu'une disposition est rédigée dans des termes précis qui n'engendrent aucun doute ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée nonobstant son objet. Ce n'est que lorsque le libellé de la loi engendre un certain doute ou une certaine ambiguïté, quant à son application aux faits, qu'il est utile de recourir à l'objet de la disposition.

Aux pages 976 et 977 de l'arrêt *Alberta (Treasury Branches)*, précité, le juge Cory conclut:

En conséquence, lorsqu'il n'y a aucun doute quant au sens d'une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de son objet. Je reconnais que des juristes habiles pourraient probablement déceler une ambiguïté dans une demande aussi simple que «fermez la porte, s'il vous plaît», et très certainement même dans le plus court et le plus clair des dix commandements. Cependant, l'historique même de la présente affaire, conjugué aux divergences évidentes d'opinions entre les juges de première instance et la Cour d'appel de l'Alberta, révèle que, pour des juristes doués et expérimentés, ni le sens de la mesure législative ni son application aux faits ne sont clairs. Il semblerait donc convenir d'examiner l'objet de la mesure législative. Même si l'ambiguïté n'était pas apparente, il importe de signaler qu'il convient toujours d'examiner «l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur» pour déterminer le sens manifeste et ordinaire de la loi en cause.

31 En l'espèce, j'estime que le texte du par. 227(5) est clair et sans ambiguïté, compte tenu, particulièrement, du fait que cette disposition suit immédiatement le par. 227(4), qui prévoit que les sommes non versées sont conservées en fiducie pour Sa Majesté. À mon avis, ce

paragraphe vise, en cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, à rattacher le droit que Sa Majesté détient à titre bénéficiaire aux biens que le débiteur possède alors. À vrai dire, la fiducie n'est pas réelle, étant donné que son objet ne peut être identifié à compter de la date de création de la fiducie: D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), à la p. 117. Cependant, le par. 227(5) a pour effet de revitaliser la fiducie dont l'objet a perdu toute identité. L'identification de l'objet de la fiducie est donc faite après coup. À cet égard, je suis d'accord avec la conclusion que le juge Twaddle tire dans l'arrêt *Roynat*, précité, lorsqu'il affirme, à la p. 647, au sujet de l'effet du par. 227(5), que [TRADUCTION] «la Loi confère à Sa Majesté un droit d'accès à tous les éléments d'actif, quels qu'ils soient, que l'employeur possède alors, au moyen desquels elle peut réaliser la fiducie initiale dont elle est bénéficiaire».

32 J'ajoute que, dans l'arrêt *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, précité, à la p. 601, le juge en chef Gale a adopté ce point de vue relativement à une disposition semblable au par. 227(5), et que notre Cour a confirmé la validité de son raisonnement dans l'arrêt *Dauphin Plains*, précité. Dans l'affaire *Deslauriers*, précitée, un syndic de faillite et le bénéficiaire d'une fiducie légale réputée créée par le *Régime de pensions du Canada*, S.C. 1964-65, ch. 51, se faisaient la lutte pour obtenir la priorité de rang. Les paragraphes 24(3) et (4) de cette loi prévoyaient ceci:

24. . . .

(3) L'employeur qui a déduit de la rémunération d'un employé un montant au titre de la cotisation que ce dernier est tenu de verser, ou à valoir sur celle-ci, mais ne l'a pas remis au receveur général du Canada, doit garder ce montant à part, en un compte distinct du sien et il est réputé détenir le montant ainsi déduit en fiducie pour Sa Majesté.

(4) En cas de liquidation, de cession ou de faillite d'un employeur, un montant égal à celui qui, selon le paragraphe (3), est réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté doit être considéré comme étant séparé et ne formant pas partie des biens en liquidation, cession ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, conservé distinct et séparé des propres fonds de l'employeur ou de la masse des biens.

À la page 1198 de l'arrêt *Dauphin Plains*, précité, notre Cour approuve la conclusion du juge en chef Gale (à la p. 601 de l'arrêt *Deslauriers*, précité) quant à l'interprétation du par. 24(4):

[TRADUCTION] Il nous semble que le par. (4), en particulier les six derniers mots, a été inséré dans la Loi dans le but spécifique de soustraire de la masse des biens du failli, par la création d'une fiducie, un montant équivalent aux déductions et d'en faire la propriété du ministre.

33 Cette interprétation du par. 227(5) a aussi l'avantage d'être compatible avec le régime de répartition établi par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3. L'article 67 de cette loi retire expressément de la masse des biens du failli les créances relatives à des retenues sur la paye non versées et conservées en fiducie (notamment) en vertu de l'art. 227 *LIR*:

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

...

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des paragraphes 227(4) et (5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 57(2) et (3) de la *Loi sur l'assurance-chômage* . . .

Il faut remarquer qu'en plus de rattacher le droit de Sa Majesté aux biens du débiteur lorsque survient l'un des événements précisés au par. 227(5), la fiducie réputée profite encore à Sa Majesté d'une manière accessoire, en ce sens que le par. 227(5) permet de rattacher le droit de Sa Majesté à un bien donné en garantie qui est grevé d'un privilège fixe, si les déductions à l'origine de la demande de Sa Majesté ont été faites avant que le privilège ne soit rattaché au bien donné en garantie. Cette proposition découle de l'arrêt de notre Cour *Dauphin Plains*, précité, où il était question de déterminer l'ordre de priorité quant au produit d'une vente de liquidation d'un administrateur-séquestre. Dans cette affaire, les créances de Sa Majesté (notamment) résultaient du non-versement de retenues sur la paye liées à l'application du *Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5, et de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48. Ces lois rendaient Sa Majesté bénéficiaire de créances conformément à des fiducies réputées créées en vertu de dispositions dont le texte était fort semblable à celui des par. 227(4) et (5) dont il est question en l'espèce. En concluant que ces créances avaient priorité sur un privilège flottant qui s'était cristallisé après que les retenues en cause eurent été faites, le juge Pigeon a affirmé à la p. 1199:

Il faut d'abord faire remarquer que, pour des raisons analogues à celles qui motivent l'arrêt *Avco* précité, la réclamation des déductions

au titre du Régime de pensions et de l'assurance-chômage ne peut affecter le produit de la réalisation de biens grevés d'un privilège fixe et spécifique. À partir de la création de cette charge, l'actif qui en est grevé n'est plus la propriété du débiteur qu'à charge de ce privilège. La réclamation des déductions est née plus tard et ne peut donc primer ce privilège en l'absence d'une loi le prescrivant spécifiquement. Cependant, le privilège général ne s'est pas cristallisé avant la délivrance du bref d'assignation et la nomination du séquestre. En l'espèce, que l'on choisisse l'une ou l'autre date n'a pas d'importance, les deux étant postérieures aux déductions. [Je souligne.]

Ainsi, le par. 227(5) permet subsidiairement de rattacher rétroactivement le droit de Sa Majesté au bien en litige donné en garantie, si la garantie concurrente s'est concrétisée après que les déductions à l'origine de la créance de Sa Majesté eurent été faites. Sur le plan conceptuel, la fiducie réputée, visée au par. 227(5), permet à la créance de Sa Majesté de s'appliquer rétroactivement et de rattacher le droit qu'elle possède en vertu du par. 227(4) au bien donné en garantie avant qu'il devienne grevé d'un privilège fixe. La même chose se produit lorsqu'un privilège légal s'applique avant la constitution d'une hypothèque sur un bien en litige donné en garantie. Dans l'arrêt *Avco*, précité, le juge Martland, s'exprimant au nom de notre Cour, fait le commentaire suivant au sujet d'un tel scénario (à la p. 706):

À compter de ce jour, le privilège s'applique aux biens de l'employeur et, comme le prévoit le par. (1), il prévaut sur toute autre créance, y compris une cession ou une hypothèque. En d'autres termes, lorsque le privilège s'applique, l'ordre de préférence n'est pas modifié par une disposition du bien par l'employeur. L'hypothèque consentie avant la création du privilège n'est pas touchée. Le privilège s'applique uniquement au droit de l'employeur dans ce bien. [Je souligne.]

[113] Le juge Gonthier reconnaît donc dans ces énoncés que les dispositions de la LIR créent une fiducie réputée mais que ces dispositions ne sont pas nécessairement suffisantes pour donner priorité de rang à la créance de la Couronne. Pour ce faire, il faut que l'article 227(5) LIR (tel qu'il existait alors) accorde cette priorité.

[114] Le juge Gonthier ajoute :

76 En l'espèce, la CGG accordait expressément à Sparrow la permission de vendre les biens de l'inventaire dans le cours de ses affaires et d'utiliser le produit dont elle disposerait; la GLB comportait implicitement la même permission. Bien qu'il soit vrai que la CGG comportait une clause de produit en fiducie, je considère que cela ne peut pas avoir pour effet de limiter la portée de la permission alors que l'arrangement réel intervenu entre les parties voulait, comme cela a été précisé, que Sparrow puisse utiliser le produit de la vente des biens de l'inventaire dans le cours de ses affaires. Dans cette affaire, la banque n'était pas un petit financier de biens d'inventaire, qui exigeait que

Sparrow lui verse immédiatement le produit de la vente des biens de l'inventaire. Au contraire, la banque était un gros bailleur de fonds qui permettait à Sparrow d'utiliser le produit de la vente des biens de l'inventaire pour maintenir la viabilité de son entreprise. Pour ces motifs, appliquant le critère du professeur Wood, je conclus que, en vertu de la permission de «vendre [. . .] les biens figurant dans l'inventaire» «dans le cours normal de[s] affaires» et d'«utiliser les sommes d'argent dont [elle] dispose[rait]», la banque permettait à Sparrow de vendre les biens de l'inventaire pour payer des salaires et, nécessairement, pour verser des retenues sur la paye.

77 Pour tous ces motifs, en application de la thèse de la permission, je conclus que la fiducie réputée dont bénéficie l'appelante en vertu du par. 227(5) doit avoir priorité de rang sur les garanties que la banque détient sur les biens en litige donnés en garantie. Le fonds en fiducie constitué des retenues effectuées, bien que sans objet identifié au moment de sa constitution, est capable de viser après coup les biens faisant l'objet de cette fiducie. Encore une fois, la banque a consenti à la diminution de sa garantie sur les biens de l'inventaire pour payer les retenues sur la paye au moment où elles ont été effectuées, et le par. 227(5) *LIR* a pour effet de reporter ce consentement jusqu'au moment de la mise sous séquestre. En consentant à ce que Sparrow paie les salaires au moyen du produit de la vente des biens de l'inventaire dans le cours de ses affaires, la banque consentait par le fait même au régime légal de recouvrement des retenues sur la paye non versées, établi par la *LIR*. Bref, en l'espèce, la permission d'aliéner le produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire, conjuguée au régime légal des par. 227(4) et (5) *LIR*, accorde priorité de rang aux demandes de Sa Majesté relatives aux retenues légales sur la paye. Cela vaut tant à l'égard de la CGG de la banque que de sa GLB.

[115] Le juge Gonthier finira par conclure ainsi :

87 Il est possible de résumer mes conclusions en l'espèce au moyen des cinq propositions suivantes:

1. On résout la question de la priorité de rang entre des fiducies légales et des garanties consensuelles en déterminant quel droit grève les biens en litige donnés en garantie, au moment où la fiducie légale devient opérante.
2. La fiducie réputée du par. 227(5) *LIR* grève tous les biens du débiteur qui existent au moment de la liquidation, cession, faillite ou mise sous séquestre.
3. Par exemple, si des retenues sont effectuées avant qu'un privilège fixe grève les biens donnés en garantie, la fiducie réputée du par. 227(5) fera en sorte que le droit que Sa Majesté possède à titre bénéficiaire grèvera rétroactivement ces biens. Le privilège fixe

applicable à ces biens sera, par la suite, assujetti aux créances préexistantes de Sa Majesté relatives aux retenues sur la paye non versées.

4. Sous cette réserve, si une garantie tient d'un privilège fixe et spécifique, elle confère à son détenteur le droit de propriété sur les biens donnés en garantie, de sorte qu'une fiducie légale concurrente subséquente ne pourra pas s'y appliquer. Dans ce cas, tout ce que la fiducie légale peut grever est le droit de rachat que l'*equity* reconnaît relativement aux biens donnés en garantie.
5. Cependant, à titre d'exception aux deuxième et quatrième propositions, si le détenteur d'une garantie fixe permet au débiteur de vendre les biens donnés en garantie, cela peut donner ouverture à l'application de la fiducie légale. Cette éventualité dépend entièrement des faits de chaque affaire. Le critère applicable consiste à déterminer si, au moment où les retenues ont été effectuées, le débiteur avait le droit de vendre les biens donnés en garantie et d'utiliser le produit de cette vente pour exécuter l'obligation liée à la fiducie légale.

[116] Les juges majoritaires se rallieront cependant à l'opinion du juge Iacobucci qui refuse de voir dans les dispositions de la LIR, les mots sacramentels permettant de confirmer la priorité de la fiducie réputée de la Couronne sur les garanties antérieures de la Banque Royale.

[117] Le juge Iacobucci énonce plutôt ce qui suit :

11 La présomption n'est donc pas un moyen de supprimer une garantie existante. Elle permet plutôt de retourner en arrière pour chercher un élément d'actif qui, au moment où l'impôt est devenu exigible, n'était pas assujetti à une garantie opposée. Bref, la disposition en matière de fiducie réputée ne peut s'appliquer que s'il est préalablement déterminé qu'il existe des éléments d'actifs libres de toute charge qui peuvent faire l'objet d'une fiducie réputée. La présomption suit la réponse à la question de la garantie mobilière; elle ne détermine pas cette réponse.

12 En fait, le juge Gonthier considère que la nature particulière de la fiducie réputée peut justifier l'établissement d'une distinction entre le droit de Sa Majesté et les droits opposés. Toutefois, son argument diffère de celui que j'ai exposé dans la mesure où il met l'accent sur l'exécution réputée de l'obligation qui existe envers Sa Majesté. Mon collègue semble considérer que la permission de vendre ne contribue à réduire la valeur de la garantie qu'à l'égard des obligations exécutées et non à l'égard des obligations inexécutées. À son avis, cela représente un obstacle suffisant à la thèse de la permission. Je conviens que, si la distinction entre les obligations exécutées et les obligations inexécutées

pouvait être maintenue, la probabilité que la permission anéantisse la garantie serait alors considérablement réduite. J'estime cependant que cette distinction ne saurait être maintenue. Comme le juge Gonthier l'affirme à plus d'une reprise dans ses motifs, la thèse de la permission repose sur le consentement des parties. Toutefois, les parties en l'espèce ont consenti à ce que les biens figurant dans l'inventaire soient vendus [TRADUCTION] «dans le cours normal de[s] affaires [du débiteur]». Les termes utilisés sont formels. Aucune distinction n'est établie entre les obligations exécutées et les obligations inexécutées. La seule exécution prévue par la permission est la vente réelle des biens figurant dans l'inventaire et l'utilisation du produit de cette vente pour rembourser une dette. Comme je l'ai déjà affirmé, le mécanisme de la présomption ne satisfait pas à l'exigence de vente réelle. Je conclus donc que si l'on veut rendre justice au libellé de la permission en tant qu'indice de l'intention des parties, il ne saurait y avoir de distinction entre les obligations exécutées et les obligations inexécutées.

13 Mon collègue attache beaucoup d'importance au fait que le débiteur s'est engagé, dans la convention de garantie générale, à [TRADUCTION] «payer tous les impôts, tarifs, redevances, cotisations et autres sommes de toute nature qui peuvent être légalement perçues, cotisées ou imposées à l'égard du débiteur ou d'un bien donné en garantie, lorsque ces sommes sont dues et exigibles». Toutefois, cet engagement qui, du reste, n'est qu'un engagement à respecter la loi, ne fait pas partie de la permission donnée. Il n'ajoute rien au par. 153(1) *LIR*. Il ne prescrit pas non plus l'issue d'une lutte pour obtenir la priorité de rang. Qui plus est, l'engagement à payer des impôts n'est qu'un seul parmi plusieurs engagements contenus dans la convention. Un autre engagement veut que le débiteur [TRADUCTION] «exploite [son] entreprise [. . .] d'une manière appropriée et efficiente». Le débiteur pourrait vraisemblablement contracter des dettes subséquentes en exploitant son entreprise. Le juge Gonthier n'énonce aucun principe qui pourrait permettre de régler les luttes que Sa Majesté et des prêteurs subséquents se feraient pour obtenir la priorité de rang. En cas de conflit, chacun d'eux bénéficierait de la permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire ainsi que d'engagements explicites, de sorte qu'il faudrait trouver un autre critère pour déterminer qui a priorité. Ici, comme auparavant, la perspective d'un renversement des règles ordinaires en matière de priorité est immédiate et inquiétante.

[118] Et plus loin, il ajoute :

23 De plus, pour les raisons que j'ai déjà exposées, il est fort probable qu'une interprétation large de la thèse de la permission contreviendrait à la *PPSA*. La Loi prévoit clairement que le financement des biens figurant dans un inventaire est un outil commercial important. Toutefois, permettre que la simple mise à exécution potentielle d'une permission de vendre fasse obstacle à une garantie sur les biens figurant dans un

inventaire dépouillerait cette garantie de toute efficacité. Ce ne serait plus une garantie contre des obligations subséquentes.

24 Finalement, je tiens à souligner qu'il est loisible au législateur d'intervenir et d'accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. Le paragraphe 224(1.2) LIR illustre clairement comment cela pourrait se faire. Cette disposition attribue à Sa Majesté certaines sommes «malgré toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s]», et prévoit qu'elles «doi[vent] être payée[s] au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s]». Pour obtenir le résultat souhaité, il suffit d'utiliser des termes aussi clairs. En l'absence de pareils termes, l'innovation judiciaire n'est pas souhaitable parce qu'il s'agit d'une question qui regorge de considérations de principe et parce qu'une prescription du législateur est plus susceptible d'être claire qu'une règle dont les limites précises ne seront établies que par suite d'une longue et coûteuse série de poursuites.

(soulignements ajoutés)

[119] On sait donc comment éviter l'impact de l'arrêt *Sparrow Electric*. Il suffit que la LRCR comporte un texte produisant le même effet juridique que l'amendement apporté à la LIR pour assurer la préséance de la fiducie réputée de la LIR sur les hypothèques mobilières sans dépossession. Il faudra voir si l'article 264 LRCR rencontre cet objectif.

[120] Donc, en 2009, après l'affaire *SMRQ c. De Courval*, force est de constater que la Cour d'appel n'est pas enclin à lire dans l'article 20 LMRQ l'existence d'une fiducie réputée, alors que les jugements dans les affaires *Nolisair* et *Sécurité Saglac* proposent une lecture fort différente du texte de loi (avec ou sans les mots qui y furent ajoutés par l'amendement de 1993).

[121] D'ailleurs, l'opinion du soussigné dans *White Birch* a été, entre autres choses, basée sur l'interprétation de la Cour d'appel dans *De Courval*.

[122] Par ailleurs, la décision de la Cour d'appel dans *SMRQ c. De Courval* a été critiquée et non suivie par la Cour d'appel fédérale dans une affaire de la *Banque Toronto Dominion c. S.M. la Reine* rapportée à 2010 CAF 174.

[123] Vient alors l'affaire *Banque nationale du Canada c. Agence du revenu du Québec*, 2011, QCCA 1943 en appel d'un jugement de la Cour du Québec, 2009, QCCQ 8079⁴⁶. Cette affaire est une autre illustration de la difficulté d'interprétation de la notion de fiducie réputée (dans l'article 20 LMRQ). Dans cette instance, le juge Gilson Lachance de la Cour du Québec a conclu que l'article 20 LMRQ créait une fiducie réputée mais sans considérer ni l'arrêt de la Cour d'appel dans *Québec*

⁴⁶ La décision de la Cour du Québec date du 16 juillet 2009.

(SMRQ) c. *De Courval* précitée⁴⁷ et sans non plus analyser les dispositions du *Code civil du Québec* en matière de fiducies.

[124] Le juge Lachance analyse cependant la portée de l'article 20 LMRQ sur les créances de créanciers garants, à la lumière de *R. c. First Vancouver Finance et Great West Transport Ltd* [2002] CSC 49; [2002] 2 RCS 720, qui a apparenté la fiducie réputée de l'article 227 (4.1) LFI à une « charge flottante⁴⁸ grevant la totalité des biens du débiteur fiscal au profit de Sa Majesté »⁴⁹.

[125] La décision du juge Lachance a fait l'objet d'un appel⁵⁰ et le juge Dalphond accepte le raisonnement du juge de première instance sauf en ce qui a trait à une correction de chiffres.

[126] Voici comment le juge Dalphond aborde la question :

[16] Le premier juge conclut que Revenu Québec bénéficie d'une fiducie présumée en vertu de l'article 20 de la Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., c. M-31 (LMR), sur les sommes retenues à la source par Canouxa. Cette fiducie s'applique, selon lui, sur l'ensemble des biens de la débitrice fiscale, sauf sur les biens vendus dans le cours normal des activités de l'entreprise, où la fiducie se transporte sur le produit de cette vente ou sur le bien de remplacement. La BNC, créancière de Canouxa, n'est pas un tiers acquéreur et est assujettie à la fiducie, comme la Cour suprême l'a établi dans l'arrêt *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49 (CanLII), [2002] 2 R.C.S. 720, 2002 CSC 49. De plus, cette situation n'est pas modifiée par la faillite de Canouxa selon l'article 67(1)a de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3 (LFI). L'intention du législateur est d'assujettir les créanciers garantis au respect de la fiducie présumée en cas de faillite, ce qui emporte une obligation de remettre à l'autorité fiscale le produit de la vente des biens assujettis à cette fiducie.

[127] Il ajoute cependant ce qui suit :

[29] Je n'ai pas d'hésitation à conclure que les sommes réclamées de la débitrice fiscale en vertu de l'art. 1015 de la Loi sur les impôts, L.R.Q., c. I-3 (retenues à la source sur salaire) sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu et que la loi provinciale prévoit un impôt semblable à celle de la loi fédérale. Il en va de même pour les contributions au RRQ par rapport à celles au RPC.

⁴⁷ L'arrêt de la Cour d'appel est du 3 mars 2009.

⁴⁸ Cette notion de « charge flottante » a été écartée dans *White Birch*⁴⁸ aux paragraphes [203] à [207].

⁴⁹ Paragraphe 18 [2009] QCCQ 8099. Voir aussi paragraphe [25] de la même décision.

⁵⁰ *Banque Nationale du Canada c. Agence du Revenu du Québec*, 2011, QCCA 1943.

[30] Quant à la nature et l'étendue de l'assiette de la fiducie invoquée, elles sont précisées à l'article 20 LMR :

20. Toute personne qui déduit, retient ou perçoit un montant quelconque en vertu d'une loi fiscale est réputée le détenir en fiducie pour l'État, séparé de son patrimoine et de ses propres fonds, et en vue de le verser à l'État selon les modalités et dans le délai prévus par une loi fiscale.

En cas de non-versement à l'État, selon les modalités et dans le délai prévus par une loi fiscale, d'un montant qu'une personne est réputée par le premier alinéa détenir en fiducie pour l'État, un montant égal au montant ainsi déduit, retenu ou perçu est réputé, à compter du moment où le montant est déduit, retenu ou perçu, être détenu en fiducie pour l'État, séparé de son patrimoine et de ses propres fonds, et former un fonds séparé ne faisant pas partie des biens de cette personne, que ce montant ait été ou non, dans les faits, tenu séparé du patrimoine de cette personne ou de ses propres fonds.

Toutefois, cette personne peut, lors de la production au ministre d'une déclaration en vertu des articles 468 ou 470 de la Loi sur la taxe de vente du Québec (chapitre T-0.1), retirer du montant total qu'elle est réputée par le premier alinéa détenir en fiducie pour l'État, les montants qu'elle a droit de déduire et qu'elle a effectivement déduits dans le calcul de son montant à remettre. [je souligne]

[31] La fiducie présumée porte donc sur les montants perçus et, en cas de non-remise, sur des montants équivalents appartenant au débiteur fiscal. La situation est donc équivalente à ce que prévoit l'art. 227 (4) de la Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), c. 1 (5^e suppl.), mais ne s'étend pas aux biens autres du débiteur, comme le prévoit l'art. 227 (4.1) de la loi fédérale :

227(4) Montant détenu en fiducie

Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l'absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi.

(4.1) Non-versement

Malgré les autres dispositions de la présente loi, la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus

par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d'une valeur égale à ce montant sont réputés:

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie. [je souligne]

[32] Commentant l'art. 227 de la loi fédérale, M. le juge Iacobucci écrit dans *First Vancouver Finance* :

27 Le législateur a donné suite à l'arrêt *Sparrow Electric* en modifiant les dispositions relatives à la fiducie réputée en 1998 (avec effet rétroactif en 1994) pour adopter leur libellé actuel. Plus particulièrement, les mots « malgré toute autre garantie [...] le concernant » ont été ajoutés au par. 227(4). De même, le par. 227(4.1) (l'ancien par. 227(5)) a accru la portée de la fiducie réputée de façon qu'elle englobe les « biens détenus par son créancier garanti [...] qui, en l'absence d'une garantie [...] seraient ceux de la personne ». Le paragraphe 227(4.1) a également été modifié par la suppression du renvoi aux événements déclencheurs (liquidation, faillite, etc.), le législateur établissant plutôt une présomption selon laquelle les biens du débiteur fiscal et de ses créanciers garantis sont détenus en fiducie « en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté ». Enfin, le par. 227(4.1) précise désormais que les biens sont réputés être détenus en fiducie « à compter du moment où le montant est déduit ou retenu ».

28 Ces modifications démontrent que le législateur a voulu que les par. 227(4) et (4.1) accordent la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque les biens sont par ailleurs grevés d'une garantie, que celle-ci ait pris effet avant ou après les retenues à la source ou l'application de la fiducie réputée. C'est ce qui ressort clairement de l'expression « malgré toute autre garantie » employée aux par. 227(4) et (4.1). En d'autres termes, vu la manière dont les dispositions relatives à la fiducie réputée avaient été interprétées dans l'affaire *Sparrow Electric*, le législateur les a modifiées de façon à accorder la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque le

ministre et des créanciers garantis font valoir concurremment un droit sur les biens du débiteur fiscal.

29 Comme je l'indique précédemment, le législateur a également modifié le moment auquel la fiducie se matérialise. Tout renvoi à un événement déclencheur emportant l'application de la fiducie, comme la liquidation ou la faillite, a été supprimé. Le paragraphe 227(4.1) dispose désormais qu'une fiducie réputée s'applique « en cas de non-versement [de retenues à la source] à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi » (je souligne). Ainsi, l'application de la fiducie réputée est désormais enclenchée dès qu'il y a manquement à l'obligation de verser les retenues à la source. En outre, suivant l'al. 227(4.1)a), les biens sont réputés être détenus en fiducie « à compter du moment où le montant est déduit ou retenu » Par conséquent, bien que l'omission de verser les retenues à la source enclenche l'application de la fiducie, cette dernière est réputée prendre effet rétroactivement au moment où les retenues à la source ont été faites. Ces modifications révèlent que le législateur a manifestement voulu consolider la fiducie réputée et en accroître la portée afin de faciliter les opérations de recouvrement du ministre. [je souligne]

[128] Ainsi, la fiducie réputée de l'article 20 LMRQ est donc reconnue sans équivoque. Plus encore, l'interprétation que nous donne le juge Dalphond dissipe les doutes et, une fois cette interprétation appliquée au texte de l'article 49 LRCR, le soussigné doit conclure que cette disposition établit une fiducie réputée touchant les cotisations suspendues et non versées aux Comités de retraite requérants.

[129] Plusieurs auteurs supportent une telle conclusion.

[130] Louis Payette dans son texte « *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* », 2010, EYB2010SUR3, indique au paragraphe 63, pages 19 et 20, que le législateur peut prévoir qu'une fiducie légale réputée peut exister dans la mesure où les biens visés par la fiducie sont simplement réputés détenus en fiducie (i.e. sans séparation physique du patrimoine du débiteur). Au paragraphe 1821 du même texte, page 104, Me Payette ajoute :

Certaines lois créent une fiction aux termes de laquelle les biens d'un contribuable sont « réputés » être détenus en fiducie au profit des pouvoirs publics dont il est le débiteur. L'existence d'une hypothèque sur un bien n'empêche pas la naissance de telles fiducies sur ce bien et une prise en paiement n'entraîne pas leur extinction; le preneur en paiement doit par conséquent rendre compte des sommes dues au bénéficiaire de la fiducie présumée, à hauteur de la valeur du bien ou du prix de sa revente.

[131] Voir aussi John Claxton « *Studies on the Quebec Law of Trust* », Thomson Carswell 2005, pages 84 et suivantes, nos. 4.2 et suivants, viz : « *Trust Constituted*

by *Operation of Law*»; Roger P. Simard dans *Juris Classeur Québec – sûreté viz : « Fiducies réputées »*.

[132] Cette revue de la jurisprudence pertinente en matière de fiducies réputées permet donc de conclure ainsi :

- a) Pour qu'une fiducie réputée existe en droit québécois, il faut que le législateur intervienne clairement en ce sens. C'est le cas en l'espèce.
- b) La fiducie réputée de l'article 49 LRCR stipule que celle-ci produit ses effets, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas séparation physique des biens visés par la fiducie du patrimoine de l'employeur. Ces mots, une fois qu'ils furent ajoutés aux dispositions de l'article 20 de la LIR, ont permis à cette dernière fiducie réputée de produire les effets visés par le législateur. Après réflexion, il apparaît évident que les mêmes mots utilisés dans l'article 49 LRCR doivent produire les mêmes effets;
- c) Contrairement à ce que le soussigné a conclu dans *Whilte Birch* précitée, l'article 49 LRCR crée une véritable fiducie légale au sens de l'article 1262 C.c.Q. et fait en sorte que les cotisations d'équilibre dues et non payées à cause de l'effet suspensif de l'ordonnance du juge Morawetz sont visées par ladite fiducie réputée, laquelle doit donc produire ses effets;
- d) Cependant, cela n'est pas suffisant pour conclure que cette fiducie prend rang avant l'hypothèque mobilière sur l'universalité des biens de SBI en faveur de IQ;
- e) En effet, contrairement aux « Personal Property Security Acts » de certaines autres provinces, le Québec ne possède aucune disposition législative faisant en sorte qu'une fiducie réputée puisse avoir préséance sur les sûretés légales ou conventionnelles que l'on retrouve au Code civil du Québec;
- f) Donc, à moins que la LRCR ne contienne d'autres dispositions faisant en sorte que les biens visés par la fiducie réputée de l'article 49 LRCR échappent à l'hypothèque universelle de IQ, cette dernière devra donc recevoir son plein effet à l'égard de la totalité des biens de SBI, défaisant en cela toute possibilité de récupération par les Comités de retraite requérants;
- g) Il faut donc décider si l'article 264 LRCR permet de remédier à la question et faire en sorte que les biens faisant l'objet de la fiducie réputée de l'article 49 LRCR ne soient pas touchés par l'hypothèque universelle de IQ. Voilà la question que l'on doit maintenant débattre.

b) **L'effet de l'article 264 LRRCR sur la créance de IQ**

[133] Les Comités de retraite plaident que l'article 264 LRRCR vient renforcer leur thèse selon laquelle les cotisations d'équilibre sont affectées d'une fiducie réputée et ne font pas partie du gage commun des créanciers de SBI.

[134] Rappelons ici la disposition pertinente de l'article 264 LRRCR :

264. Sauf dispositions contraires de la loi, est incessible et insaisissable:

1° toute cotisation versée ou qui doit être versée à la caisse de retraite ou à l'assureur, ainsi que les intérêts accumulés;

[135] Serait donc insaisissable ou incessible toute cotisation versée ou qui doit être versée à la caisse de retraite des employés syndiqués ou non-syndiqués de SBI. S'il faut donner un sens à cet article, il faut conclure que les cotisations ... « à être versées »... sont littéralement hors de la portée des autres créanciers de SBI, que ces derniers soient garantis ou non, qu'ils bénéficient d'une garantie antérieure à la date d'exigibilité des cotisations payées ou non.

[136] Le mot « cotisation » utilisé à l'article 264 LRRCR se doit d'avoir le même sens que celui qu'on lui donne à l'article 49 LRRCR. Il inclut donc la cotisation d'équilibre « qui doit être versée » mais qui fait l'objet d'une suspension depuis l'émission de l'ordonnance initiale.

[137] Les Comités de retraite plaident aussi que l'article 264 LRRCR n'est pas la seule disposition qui rendrait insaisissables les cotisations non versées à la caisse de retraite. L'article 553(7) du *Code de procédure civile* stipule en effet que sont insaisissables :

7. Les prestations accordées au titre d'un régime complémentaire de retraite auquel cotise un employeur pour le compte des employés, les autres sommes déclarées insaisissables par une loi régissant ces régimes ainsi que les cotisations qui sont ou qui doivent être versées à ces régimes.

(soulignement ajouté)

[138] En conséquence, ces montants ne tomberaient pas dans le gage commun des créanciers de SBI et ne pourraient faire l'objet ni d'une hypothèque ou d'une autre forme d'affectation en faveur d'un tiers.

[139] Les articles 2644 et 2645 C.c.Q. viennent renforcer cette approche :

Art. 2644. Les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers.

Art. 2645. Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont insaisissables et de ceux qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi.

Toutefois, le débiteur peut convenir avec son créancier qu'il ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils désignent

(soulignement ajouté)

[140] Il s'ensuit donc, selon les Comités requérants que les cotisations d'équilibre suspendues par l'ordonnance initiale sont incessibles et insaisissables en vertu de l'article 264 LRRCR en plus de faire l'objet d'une fiducie réputée selon l'article 49 LRRCR. L'effet combiné de ces deux dispositions fait donc en sorte que les sommes non versées aux régimes de retraite sont exclues du patrimoine de SBI et ne peuvent être utilisées pour rembourser la créance hypothécaire de IQ.

[141] Dans *Marché Bernard Lemay c. Beljaars*, 2003 CanLii 30892, la Cour supérieure a décidé ce qui suit :

[40] Les dispositions de cette loi particulière [la LRRCR] devraient primer sur les articles généraux du Code civil ou de la Loi sur les sociétés de fiducie... et sont très claires.

[41] Il semble évident que l'article 264 de la LRRCR, jumelé à l'article 553,7 C.p.c. qui traite aussi de l'insaisissabilité, conférant ce caractère aux droits accordés au titre d'un régime de retraite, doivent primer sur toutes autres dispositions moins pertinentes ou moins spécifiques parce que plus générales, comme les articles du Code civil sur le sujet et dont nous avons traité.

[142] Voir aussi : *Loi sur les régimes complémentaires de retraite – Annotations et Commentaires* par la Régie des rentes du Québec, Bibliothèque nationale du Québec 1998, paragraphe 264.3.⁵¹

⁵¹ Un bien incessible est un bien qui ne peut faire l'objet d'une transmission entre vifs, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit. La cession de droit pourrait se concrétiser par la vente du bien cédé, par sa donation, par sa mise en garantie ou tout simplement au moyen d'une renonciation à un droit dans le bien. Le bien insaisissable, quant à lui, ne peut faire l'objet d'une saisie, qui est une procédure en vertu de laquelle un créancier met sous le contrôle de la justice des biens qui appartiennent à son débiteur dans le but d'assurer la conservation de ses droits*. Soulignons qu'il existe deux types de saisies : la saisie-arrêt, qui consiste à ordonner au détenteur d'un bien de ne pas s'en départir, et la saisie-exécution, qui consiste à ordonner au détenteur d'un bien de le remettre afin de payer la créance de son propriétaire.

[143] Qui plus est, dans un contexte de faillite, ces sommes n'entreraient pas, non plus, dans les « biens du failli » et ne feraient pas partie de la saisine d'un syndic, vu le libellé de l'article 67(1)(b) LFI qui édicte que :

67(1) Les biens d'un failli constituant le patrimoine attribué à ses créanciers ne comprennent pas les biens suivants :

- a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;
- b) les biens qui, selon le droit applicable dans la province dans laquelle ils sont situés et où réside le failli, ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution ou de saisie contre celui-ci;

(soulignements ajoutés)

[144] Force est de reconnaître que ces arguments sont, à première vue, convaincants.

[145] IQ prétend, à l'encontre de ce qui précède, que pour que l'article 264 LRCR puisse recevoir application, il faut qu'il y ait eu séparation physique des cotisations qui doivent être versées pour que leur qualité d'incessibilité et d'insaisissabilité puisse recevoir pleine application. IQ ajoute que ces cotisations font l'objet d'une ordonnance de suspension de paiement suite à l'ordonnance initiale prononcée par le juge Morawetz. Ces cotisations ne seraient donc pas « dues et exigibles ».

[146] Le soussigné n'est pas d'accord avec une telle proposition.

[147] Le soussigné est d'avis qu'effectivement, les articles 49 et 264 LRCR doivent être lus et interprétés dans le même contexte.

[148] Si l'article 49 LRCR crée une fiducie réputée opposable à IQ, cela veut dire que les biens visés par la fiducie réputée sont non seulement facilement identifiables et que les montants qu'ils représentent sont disponibles mais qu'effectivement, ils se trouvent clairement « identifiés » par l'effet même de l'article 49. De même, l'article 264 LRCR peut s'appliquer aux montants auxquels l'article 49 LRCR s'applique.

[149] Il ne sera donc pas plus nécessaire dans ce contexte particulier de procéder à une séparation physique des cotisations d'équilibre à être versées du reste des actifs de SBI pour que le produit desdites cotisations jouissent du caractère d'incessibilité et

L'article 2465 du *Code civil du Québec* prévoit qu'une personne qui est obligée personnellement est tenue de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir, à moins qu'ils ne soient insaisissables. Ainsi, en règle générale, les biens d'une personne sont saisissables; ce n'est qu'exceptionnellement qu'ils sont insaisissables. L'article 264 constitue donc une exception à la règle générale. ...

(soulignements ajoutés)

d'insaisissabilité que leur procure l'article 264 LRCR, qu'il n'est nécessaire de le faire pour que la fiducie réputée de l'article 49 LRCR ne produise ses effets.

[150] En ce sens, l'article 264 LRCR vient compléter la logique de l'article 49 LRCR et, autrement, ces deux mêmes articles deviennent complètement dénudés de leur sens de leur portée et de leur effet.

[151] Lorsque la requête des Comités de retraite requérants est formulée, les seuls actifs de SBI sont constitués d'une somme liquide de quelques 30 millions\$. Les parties ont convenu que ce montant devait être versé à IQ pour atténuer l'impact des intérêts courant sur la créance de cette dernière.

[152] La fiducie réputée de l'article 49 LRCR pouvait donc affecter cette portion des liquidités de SBI représentant le total des cotisations d'équilibre dues et non encore versées aux Comités de retraite requérants, à cause de l'ordonnance de suspension, sans qu'il soit nécessaire de les séparer du reste des actifs liquides de SBI et, du même fait, les caractères d'incessibilité et d'insaisissabilité de ces mêmes montants aux termes de l'article 264 LRCR pouvaient les affecter.

[153] Finalement, le fait que les sommes aient été distribuées à IQ sous réserve des droits des Comités de retraite requérants n'ont pas eu pour effet de faire perdre à ces actifs leur caractère de biens fiduciaires, incessibles et insaisissables.

[154] Quant à l'argument de IQ à l'effet que lors de la suspension des paiements des cotisations d'équilibre par l'émission de l'ordonnance initiale rendue par le juge Morawetz, aucune cotisation d'équilibre n'était due et non encore versée (et, partant, aucune somme ne pouvait être assujettie ni à l'article 49 LRCR, ni à l'article 264 LRCR), cet argument doit aussi être rejeté. En effet, il faut distinguer entre l'effet suspensif de l'obligation de payer ces sommes et leur assujettissement aux articles 49 et 264 LRCR. Ces articles couvrent toute somme non encore versée. Il faut distinguer entre l'exigibilité d'une dette et une suspension (temporaire) de l'obligation d'en effectuer le paiement. Les cotisations demeurent donc dues et exigibles mais seule l'exécution du paiement de ces sommes est suspendue.

[155] La notion d'incessibilité et d'insaisissabilité des cotisations dues et non versées empêche l'employeur et ses créanciers d'utiliser ces sommes à des fins autres que celles prévues à la LRCR. Ces sommes ne peuvent donc faire l'objet d'une hypothèque mobilière universelle avec ou sans dépossession.

[156] La conséquence de ce qui précède est que le raisonnement de l'arrêt Sparrow Electric ne peut s'appliquer en l'espèce.

[157] IQ plaide aussi l'application de l'affaire *Poulin c. Morency*⁵², où il s'agissait de déterminer si les sommes cotisées par un employé dans un régime de retraite

⁵² 1999 3 RCS 351; 1999 CanLii 662

insaisissable avait perdu son caractère d'insaisissabilité suite au transfert des biens du régime à un REER. La Cour d'appel du Québec avait décidé que la totalité du REER de l'appelant Poulin était saisissable, ce qui fut confirmé par la Cour suprême, et que la disposition d'insaisissabilité ne protégeait pas les sommes transférées à la demande de l'appelant aux fins d'investissement dans un REER.

[158] En l'instance, sont incessibles et insaisissables les cotisations dues par l'employeur et qui ne sont pas encore versées aux Comités de retraite requérants. La vente des actifs de SBI et leur transformation en actifs liquides n'enlève donc rien au caractère d'incessibilité et d'insaisissabilité desdites cotisations.

[159] Dans *Poulin c. Morency* (précitée) ce qui a fait perdre le caractère d'insaisissabilité et d'incessibilité aux sommes en litige, c'est leur transfert dans un REER car alors les sommes en question devaient nécessairement passer sous le contrôle de l'appelant avant qu'elles aboutissent dans un REER. D'ailleurs, comme l'expose le juge Gonthier⁵³ lorsque le législateur québécois veut étendre l'insaisissabilité de certaines sommes visées par l'article 264 LRCR, il le fait expressément⁵⁴.

[160] Finalement, force est de constater que l'article 264 LRCR a, par analogie, sensiblement le même effet que l'article 30(7) de la *Loi ontarienne sur les sûretés mobilières* (LRO 1990, ch. D-10) que l'on appelle communément le « PPSA » et qui subordonne les sûretés mobilières à l'intérêt du bénéficiaire d'une fiducie réputée créée par une loi portant sur les régimes de retraite. Comme le confirme la Cour suprême dans *Indalex*, n'eût été de l'application de la doctrine de la prépondérance du droit fédéral, une telle fiducie réputée aurait eu priorité sur une créance garantie en vertu d'une sûreté consentie par une débitrice.

[161] L'exécution d'une garantie en faveur de IQ de la nature d'une hypothèque immobilière et mobilière sans dépossession, même dûment enregistrée au RDPRM, n'a pas pour effet d'anéantir ce caractère. Si c'était le cas, l'article 264 LRCR n'aurait aucun effet pratique. De fait, les cotisations à être versées et qui ne l'ont pas été n'appartenant pas à SBI à cause notamment de l'effet de la fiducie réputée de l'article 49 LRCR portant sur les mêmes actifs, ne font ni partie des biens de SBI ni du gage commun des créanciers de cette dernière.

[162] En conclusion, le Tribunal est d'avis que :

- 1) les cotisations d'équilibre objet du présent litige, font l'objet d'une fiducie réputée créée par la loi;
- 2) lesdites cotisations sont incessibles et insaisissables;

⁵³ Voir les paragraphes 37 et suivants de son opinion.

⁵⁴ Voir article 264(3), second alinéa. Voir aussi l'article 28(3) du Règlement sur les régimes complémentaires de retraite (1990) 122 C.O. II-3246.

- 3) elles ne sont pas affectées par l'hypothèque universelle dont bénéficie IQ, et ce, même si lesdites cotisations d'équilibre sont devenues payables aux Comités de retraite requérants après la mise en place de ladite hypothèque universelle.

Conclusion générale

[163] Nous sommes à la fin d'un processus de réorganisation sous l'empire de la LACC qui a pris la forme d'une vente des actifs de SBI à une nouvelle entité (qui continuera les activités de cette dernière). Il s'agit maintenant de distribuer le produit de cette vente d'actifs aux créanciers de SBI. Ces créanciers ne détiennent aucune super-priorité qui aurait pu leur être accordée sous l'empire de la LACC. La priorité accordée aux créances des Comités de retraite, d'une part, et de IQ, d'autre part, doit donc être analysée à la seule lumière du droit québécois. Il n'est nullement question de l'application de la doctrine de la préséance du droit fédéral sur le droit provincial.

[164] S'opposent ici deux obstacles à l'exercice du droit de IQ sur la totalité des actifs de SBI : certains de ces actifs sont incessibles et insaisissables en plus de faire l'objet d'une fiducie réputée.

[165] Sont donc hors de la portée de IQ, les cotisations d'équilibre non versées depuis l'ordonnance de suspension du 16 janvier 2012. Les déficits actuariels des régimes de retraite existant à la date de terminaison de ces derniers ne sont visés ni par l'article 49 ni par l'article 264 LRRCR.

[166] Les articles 49 et 264 LRRCR doivent être lus et appliqués restrictivement compte tenu du fait qu'ils créent un régime exceptionnel. Une fiducie réputée ne peut faire l'objet d'une interprétation large et libérale, et ce, même si la LRRCR, dans son ensemble, doit être interprétée de façon généreuse. On ne peut donc étendre l'application de l'article 49 ou de l'article 264 LRRCR aux déficits actuariels.

[167] L'article 49 LRRCR ne s'applique qu'aux cotisations et aux intérêts accumulés sur ces cotisations.

[168] C'est l'effet combiné des articles 49 et 264 LRRCR qui viennent soustraire les actifs de SBI représentant le montant des cotisations d'équilibre non versées aux Comités de retraite (plus les intérêts y afférant) à la créance hypothécaire de IQ. Ces deux dispositions ont pour effet de sortir littéralement ces actifs du gage commun des créanciers de SBI.

[169] Dans *Indalex* en Cour suprême, la juge Deschamps écrit :

[51] ... Les priorités dont bénéficient les créanciers sont définies par la législation provinciale, à moins que ces droits soient écartés par une loi fédérale. Le législateur fédéral n'a pas expressément édicté que toutes les priorités établies en matière de faillite s'appliquent aux instances

relevant de la LACC ou aux propositions régies par la LFI. Bien que les créanciers d'une société tentant de se réorganiser puissent, dans leurs négociations, tenir compte des droits qu'ils pourraient exercer en cas de faillite, ces droits ne constituent rien de plus qu'une considération tant que la faillite n'est pas survenue. Au début des procédures en matière d'insolvabilité, Indalex a choisi un processus régi par la LACC, ne laissant aucun doute sur le fait que, bien qu'elle cherchât à protéger les emplois, elle ne demeurerait pas leur employeur. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où l'échec d'un arrangement a entraîné la liquidation d'une société sous le régime de la LFI. Indalex a atteint l'objectif qu'elle poursuivait. Elle a choisi de vendre son actif sous le régime de la LACC, et non sous celui de la LFI.

[52] La fiducie réputée créée par la LRR continue de s'appliquer dans les instances relevant de la LACC, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale (Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd., 2004 CSC 3 (CanLII), 2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60, par. 43). La Cour d'appel a donc jugé à bon droit que, à l'issue d'un processus de liquidation relevant de la LACC, les priorités peuvent être établies selon le régime prévu dans la LSM, plutôt que selon le régime fédéral établi dans la LFI.

(soulignements ajoutés)

[170] Il en va de même pour la fiducie réputée de l'article 49 LRRCR et de la protection que l'article 264 LRRCR accorde à ces actifs.

[171] En l'absence de l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale, force est de conclure que ces dispositions doivent recevoir leur plein effet.

[172] Supposons le scénario suivant : au lieu de se retrouver dans un contexte de réorganisation sous l'empire de la LACC, SBI aurait tout simplement décidé de vendre ses actifs à une nouvelle société avant de payer ses créanciers à même le produit de cette vente, sans pour autant faire honneur à son obligation de verser aux Comités de retraite requérants les cotisations d'équilibre qui leur sont dues. Le raisonnement qui précède aurait été applicable sans que l'on s'interroge plus loin. Le Tribunal est d'avis que dans le contexte du présent débat, ce raisonnement doit être appliqué.

[173] Avec égards pour l'opinion contraire, le soussigné est d'avis que les questions en litige ne se résolvent ni par une référence à l'affaire *Sparrow Electric* ni par une référence à l'article 37 LACC. Dans *Sparrow*, il n'était pas question d'insaisissabilité ou d'incessibilité des sommes devant revenir à la Couronne fédérale mais uniquement de la non-application prioritaire des sommes visées par la fiducie réputée contenue à la LIR, problème qui a été corrigé par un amendement subséquent à la *Loi de l'impôt*. Ici, les biens constituant l'assiette de la fiducie réputée sont littéralement exclus de l'application de la garantie dont bénéficie IQ. Pour IQ, ces biens sont inaccessibles car ils ne peuvent faire partie d'une quelconque cession ou transfert par SBI.

[174] Il n'est, non plus, ni utile, ni possible d'en référer aux pouvoirs inhérents de la Cour supérieure sous l'empire de l'article 46 C.p.c. pour faire en sorte que les cotisations d'équilibre soient versées aux Comités de retraite, car elles le sont de toutes façons. Il n'est pas approprié d'appliquer ce concept afin de permettre à ces mêmes requérants de récupérer les soldes des déficits actuariels réclamés, ces déficits étant clairement identifiés comme des dettes de l'employeur (article 228 LR R) et clairement exclus de la portée de l'article 49 LR CR. En présence de dispositions législatives aussi claires, il n'y a aucune justification de recourir aux pouvoirs inhérents de la Cour, le législateur ayant déjà pris position sur la question.

[175] Ce débat a été fort bien préparé et plaidé par les procureurs impliqués. Même après l'audition des 27 et 28 mai 2013, les procureurs ont pu soumettre plusieurs textes additionnels au soussigné, clarifiant certaines de leurs positions ou répondant aux questions du soussigné. Le Tribunal leur en sait gré et les remercie. Les échanges entre les procureurs se sont échelonnés de juin à octobre 2013, ce qui explique en partie la longueur du délibéré.

POUR L'ENSEMBLE DE CES MOTIFS, le Tribunal

[176] **ACCUEILLE** en partie la requête des Comités de retraite requérants;

[177] **DÉCLARE** que les cotisations d'équilibre ainsi que les intérêts y afférant et non versés aux Comités de retraite requérants font l'objet d'une fiducie réputée opposable à l'Intimée Investissement Québec Inc. aux termes de l'article 49 LR CR.

[178] **DÉCLARE** que ces cotisations et intérêts y afférant sont incessibles et insaisissables, sont exclus de l'application de l'hypothèque mobilière et immobilière sans dépossession dont bénéficie Investissement Québec Inc. et ont priorité sur la créance de cette dernière, par l'effet combiné des articles 49 et 264 LR CR.

[179] **REJETTE** la requête des Comités de retraite requérants quant à leur prétention que les déficits actuariels desdits régimes de retraite jouissent du même avantage que les cotisations d'équilibre et des intérêts y afférant.

[180] **CONTINUE** la requête pour directives à une date à être déterminée pour fins de fixation du quantum des sommes devant être remboursées aux Comités de retraite requérants par Investissement Québec Inc.

[181] **LE TOUT**, sans frais

Me Tina Hobday
Me Alexander Herman
Langlois Kronström Desjardins
Procureurs de la partie demanderesse

Me Charles Mercier
Me Émilie Truchon
Fasken Martineau
Procureurs de la partie défenderesse

Me Adam Spiro
Me Steven Weisz
Blake, Cassels & Graydon
Procureurs de la partie intimée

Date d'audience : Les 27 et 28 mai 2013