

visé 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 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 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 » (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] 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 :

- 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 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 [en anglais, « *accrued* »] 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.

[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] 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 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) 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 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 *dues*. 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 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] 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 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 débentures] qui sont alors accumulées [accrued], mais qui ne sont pas exigibles » (p. 344 (je souligne)). Suivant les conditions des obligations et des débentures, 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 juge Duff fait remarquer que le terme « *accrued* » (par opposition à « *due* ») est employé dans les obligations et les débentures, 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] 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;*

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) *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 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] 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 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 refléterait 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 *LLR* 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 *LLR* 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 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, 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 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, 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, 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] 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] 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'*equity* 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 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 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 « superpriorité » 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) 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 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 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 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 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. 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 conflit d'intérêts dès qu'Indalex prend une décision de nature commerciale [TRADUCTION] « susceptible d'avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132) et qu'il y a alors 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 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 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] 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 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 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 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] 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 *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. (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] 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 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 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] 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. [. . .] [I]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 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 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 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 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 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 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] 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. 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] 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 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 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 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 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 entraînait 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

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 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 appelants, 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 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, 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] 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) 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

[TRADUCTION]

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) 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) 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) 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) 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 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) 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) [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 : 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) [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 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 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.