

TRIBUNAL DES SERVICES FINANCIERS

DANS L'AFFAIRE DE la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O., c. P-8, telle qu'amendée (la «Loi»);

ET DANS L'AFFAIRE DE l'intention du surintendant des services financiers («le surintendant»), en vertu de la Loi, de refuser de consentir au paiement d'un surplus provenant du régime de retraite des travailleurs sur le terrain de l'Ordre indépendant des forestiers, numéro d'agrément 0354399 (le «régime»);

ET DANS L'AFFAIRE DE l'intention du surintendant, en vertu de la Loi, de refuser d'approuver le rapport de liquidation à l'égard du régime de retraite;

ET DANS L'AFFAIRE DE l'audience en vertu du paragraphe 89(8) de la Loi;

ENTRE :

L'ORDRE INDÉPENDANT DES FORESTIERS

Partie requérante

-et-

LE SURINTENDANT DES SERVICES FINANCIERS et IRVIN GRAINGER

Partie intimée

DEVANT :

Monsieur Colin H.H. McNairn
Vice-président du Tribunal et président du comité

Monsieur Louis Erlichman
Membre du Tribunal et du comité

Madame Heather Gavin
Membre du Tribunal et du comité

ONT COMPARU :

Madame Lisa J. Mills
Madame Elizabeth Brown
pour l'Ordre indépendant des forestiers

Monsieur Mark Bailey
Madame Deborah McPhail
pour le surintendant des services financiers

DATE D'AUDIENCE :

Le 18 juin 2002

MOTIFS DE LA DÉCISION DE MONSIEUR MCNAIRN

Contexte

La présente instance découle du résultat de la demande d'audience déposée le 12 avril 2001 par l'Ordre indépendant des forestiers («l'OIF») qui contestait l'avis d'intention du surintendant des services financiers (le «surintendant») daté du 19 mars 2001 («l'avis d'intention»). Dans cet avis, le surintendant signifiait son intention de refuser d'accéder à la demande faite par l'OIF quant au paiement de l'excédent provenant du régime de retraite des travailleurs sur le terrain de l'Ordre indépendant des forestiers (le «régime»), à la date de sa dissolution le 31 décembre 1997, et de refuser d'approuver le rapport de dissolution à l'égard du plan déposé par l'OIF. Le fondement des intentions de refuser comporte deux volets :

- l'OIF n'a pas réussi à prouver que les éléments d'actif détenus dans la caisse de retraite, qui constituaient l'excédent supérieur aux prestations de base auxquelles avaient droit les participants actuels et anciens au régime et les dépenses prévues liées à la dissolution dudit régime, constituaient un excédent aux fins de la *Loi sur les régimes de retraite*, telle qu'amendée (la «Loi»), et
- les éléments d'actif détenus dans la caisse de retraite, y compris l'actif excédentaire, étaient assujettis à une fiducie pour le compte des participants, et, dans ce cas, le régime ne pouvait être réputé servir à restituer l'excédent à l'OIF.

La valeur estimative de l'actif excédentaire, au 31 décembre 1999, était de 1 433 760 \$.

La demande de remboursement déposée par l'OIF à l'intention du surintendant était fondée sur le fait qu'au moins les deux tiers des participants au régime avaient consenti à une proposition relativement à la distribution de l'excédent en vertu de laquelle l'OIF

devait partager ledit excédent moitié-moitié avec les participants actuels et anciens au régime. Le paragraphe 79 (3) de la Loi stipule, entre autres, qu'avant qu'une demande de paiement d'un excédent à la dissolution d'un régime de retraite puisse être approuvée, le surintendant doit être convaincu qu'il y a un excédent dans le régime de retraite et que le régime de retraite prévoit le paiement de l'excédent à l'employeur à la liquidation du régime de retraite.

La question ayant mené à l'audience devant le Tribunal est d'établir si le régime prévoit le paiement de l'excédent à l'OIF. Les parties ont invité le Tribunal à statuer sur cette question fondée sur l'hypothèse que l'actif excédentaire détenu dans la caisse de retraite du régime constitue bel et bien un surplus. Quant à la question de déterminer si cette dernière hypothèse est confirmée ou non, elle pourra faire l'objet d'une audience subséquente, au besoin.

Analyse

1. Nature de la caisse de retraite à la date d'entrée en vigueur du régime, en 1953

Dans ses représentations écrites, monsieur Grainger, ancien participant au régime ayant obtenu le statut de partie dans la présente procédure, a évoqué que les sommes cotisées de temps à autre par l'OIF et les participants au régime, en vertu dudit régime, et le revenu provenant de ces mêmes cotisations (formant ensemble le «fonds de retraite») constituaient des fonds en fiducie pour le bénéfice des participants et que ces derniers avaient droit, par conséquent, de toucher tout excédent. Cette observation s'appuyait sur une disposition du régime prévoyant que la caisse de retraite ne devait servir qu'à rembourser les prestations prévues en vertu dudit régime. Cette disposition exclusive à l'égard des prestations se trouve au paragraphe 7 (2) du régime initial et a été reportée dans les versions subséquentes du régime de retraite. Toutefois, le régime n'indique pas spécifiquement que la caisse de retraite doit être détenue en fiducie et ne fait pas non plus référence à un fiduciaire à l'égard de ladite caisse. En fait, l'élément de preuve dans ce cas est à l'effet que, jusqu'en 1995, les éléments d'actif comprenant la caisse de retraite, bien qu'on en ait tenu compte séparément, étaient détenus comme faisant partie des éléments d'actif de l'OIF, conformément au statut et aux lois de l'OIF. Un des éléments essentiels à la création d'une fiducie valide est l'intention de créer une fiducie. Il n'y a eu aucune intention évidente, de la part de l'OIF, de créer une fiducie pour la caisse de retraite au moment de la création du régime. Une disposition exclusive relativement aux prestations et similaire à celle contenue dans le régime a été décrétée insuffisante, à elle seule, pour établir l'existence d'une telle intention; voir *Schmidt c. Air Products Canada Ltée*, [1994] 2 R.S.C. 611, p. 666, et *Howitt c. Howden Group Canada Ltd.* (1999), 179 D.L.R. (4^e) 423, p. 429-430 (Cour d'appel de l'Ont.).

Par conséquent, je conclus que la caisse de retraite n'était assujettie à aucune fiducie au moment de l'entrée en vigueur du régime. De plus, aucune modification n'a été apportée au régime ou au financement du fonds avant 1995 et dont l'une ou l'autre des parties aurait présumé qu'elle aurait eu pour effet la mise en fiducie de la caisse de retraite.

2. Droit à l'excédent en vertu du régime initial

L'article 9 du régime initial stipulait ce qui suit :

[TRADUCTION]

Dans l'éventualité de la dissolution du [R]égime, le fonds [de retraite] sera immédiatement acquis par les participants et devra être distribué ou autrement administré pour le compte des participants de la façon aussi équitable que l'aura décidé, sur les conseils d'un actuare, au moyen d'une résolution, la Cour suprême [de l'OIF].

Cette disposition est demeurée inchangée jusqu'en 1990, année où le régime a été amendé de façon exécutoire à compter du 1^{er} janvier 1988. La validité de cette modification, qui prétend affecter la disposition mentionnée plus haut, est prise en considération plus bas (voir le troisième point).

La compétence de la Cour suprême de l'OIF de décider, sur avis de l'actuaire, d'une façon équitable de distribuer ou de disposer autrement de la caisse de retraite ne peut être raisonnablement interprétée comme le pouvoir qu'a la Cour suprême d'exiger que tout excédent au fonds de retraite serve le bénéfice de l'OIF. La compétence de la Cour suprême devrait plutôt, logiquement, être interprétée comme étant l'autorité visant l'adoption d'un plan pour distribuer ou disposer autrement de la caisse de retraite qui permettrait d'établir de façon équitable le degré de participation des divers participants.

J'en conclus que le régime ne prévoyait pas le paiement de l'excédent à l'OIF et que cette disposition était toujours valide à l'adoption, en 1990, de la modification au régime.

3. Validité de la modification au régime prévoyant le paiement de l'excédent à l'OIF

En 1990, le régime a été amendé de façon exécutoire à compter du 1^{er} janvier 1988 («la modification de 1988 au régime») afin de prévoir, entre autres, le paiement de tout excédent détenu dans la caisse de retraite à l'OIF. Je me réfère à cette disposition précise de la modification de 1988 au régime comme étant «la modification de 1988 visant l'excédent». Le surintendant a contesté la modification de 1988 visant l'excédent en évoquant qu'elle n'était pas autorisée, et donc sans effet, sur la base de deux motifs.

D'abord, le surintendant a maintenu que le régime faisait partie du statut et des lois de l'OIF et, qu'en tant que tel, il ne pouvait être amendé que par la Cour suprême (maintenant appelée l'Assemblée internationale) de l'OIF. La modification de 1988 au régime a apparemment été adoptée par le Conseil exécutif (maintenant appelé le Conseil d'administration) de l'OIF en vertu de la délégation générale des pouvoirs conférés par la Cour suprême au Conseil exécutif. Bien qu'il y ait eu une certaine confusion quant à la preuve de ce point, j'en conclus que le régime ne faisait pas partie du statut et des lois de l'OIF, malgré la référence faite à cet égard à l'effet que la caisse de retraite comptait

comme l'une des caisses appartenant à l'OIF. Par conséquent, le Conseil exécutif avait le pouvoir d'amender le régime conformément à la délégation générale des pouvoirs lui ayant été conférée par la Cour suprême.

Ensuite, le surintendant a soutenu qu'en vertu des modalités du régime rien ne prévoyait la possibilité d'apporter des modifications au dit régime et que l'OIF ne pouvait pas non plus, par conséquent, altérer unilatéralement la modification de 1988 visant l'excédent puisque le régime constituait un contrat entre l'OIF, en tant qu'employeur, et ses employés. Dans l'arrêt *Crownx Inc. c. Edwards* (1994), 120 D.L.R. (4^e) 270, la Cour d'appel de l'Ontario décrit ainsi le droit de modifier un régime de retraite :

[TRADUCTION]

Selon que l'on applique les lois fiduciaires ou les lois contractuelles aux régimes de retraite, le droit de modifier unilatéralement, à une date ultérieure, un régime de retraite en vue de prévoir le paiement des sommes excédentaires à la cessation dudit régime doit se trouver dans les dispositions du régime initial. Il est banal de dire que si le régime constitue un contrat entre l'employeur et ses employés, le droit d'une partie d'apporter d'importantes modifications au contrat à une étape subséquente doit être stipulé expressément ou implicitement dans le contrat initial. (Pages 280-281.)

Dans le cas présent, il est opportun d'appliquer les principes contractuels afin d'établir si l'OIF avait ou non le pouvoir d'effectuer, dès lors, la modification de 1988 visant l'excédent, tel que statué par la Cour suprême du Canada dans sa décision rendue dans l'arrêt *Schmidt*.

[S]i la totalité ou une partie de la caisse de retraite n'est pas assujettie à une fiducie, il faut alors résoudre toutes les questions relatives aux prestations de retraite dues ou au droit à un surplus en appliquant les principes d'interprétation des contrats. (Page 655.)

Dans l'arrêt *Schmidt*, la Cour suprême a étudié les pouvoirs relativement à la modification d'un régime de retraite dont la caisse n'était pas assujettie à une fiducie (le régime Stearns) afin d'établir la validité d'une modification au régime prévoyant la restitution d'un excédent à l'employeur (voir [1994] 2 R.C.S. 611, pages 671-674). Dans ce cas, il a été établi que la modification cadrait avec le pouvoir de modification exprès.

Dans le cas présent, aucun pouvoir de modification n'était expressément stipulé dans le contrat avant 1990, à l'adoption de la modification de 1988 visant l'excédent. Je ne peux non plus trouver quelque indication que ce soit concernant l'existence d'un tel pouvoir suffisamment important pour autoriser l'altération des modalités de la modification de 1988 sur l'excédent. Il va sans dire que le pouvoir d'apporter toute autre modification au régime – touchant, par exemple, la conformité à la législation fiscale ou de retraite, la bonification des prestations ou la mise sur pied d'une convention collective avec un syndicat – ne peut être sous-entendu non plus que l'on peut déduire que les employés avaient donné leur consentement à l'égard de certaines ou de toutes ces modifications.

Compte tenu de l'effet sur leur droit à l'excédent à la dissolution du régime, les employés ayant participé au régime ne peuvent, à mon avis, être réputés avoir consenti à la modification de 1988 visant l'excédent.

Alors que le régime initial prévoyait la cessation du régime (paragraphe 10 (5)), cela ne signifie pas que l'OIF peut également modifier le régime de façon à s'arroger tout surplus. En effet, tel qu'il a été mentionné plus haut, toute cessation du régime signifiait que la caisse de retraite était immédiatement acquise par les participants et devait être distribuée ou administrée autrement pour le compte de ces derniers. Si, tel que je l'ai conclu, la modification de 1998 visant l'excédent n'était pas comprise dans le pouvoir de modification implicite du régime, alors la modification devient sans effet et le traitement de l'excédent à la cessation du régime doit correspondre aux dispositions du régime avant les modifications. Plus particulièrement, l'excédent doit être distribué ou administré autrement, en tant que portion de la caisse de retraite, pour le compte des participants à la dissolution du régime, ledit régime étant maintenant dissout.

Malgré l'absence de preuve à cet effet ayant été portée à notre attention, je présume que l'enregistrement de la modification de 1988 au régime a été accepté par le surintendant, conformément aux modalités de la Loi. Un tel enregistrement ne signifie pas que la modification doive, par conséquent, être considérée intégralement valide. Rien, dans la loi ou les règlements afférents à la loi, n'indique que l'enregistrement d'une modification résout toute annulation (voir les articles 12-17 de la Loi et l'article 3 du Règlement 909, Règl. de l'Ont. 1990, concernant l'enregistrement des modifications à un régime de retraite).

Ma conclusion à l'effet que la disposition initiale du régime relativement au traitement de la caisse de retraite en cas de cessation demeure en vigueur à la dissolution du régime aliène la contestation de l'OIF de l'avis d'intention du surintendant. Cette disposition prévoit que la caisse de retraite, y compris tout excédent, doit être affectée au paiement de prestations aux participants du régime et que, par conséquent, le régime ne peut être réputé prévoir le paiement de l'excédent à l'employeur, soit l'OIF, à la dissolution dudit régime. Par conséquent, le surintendant doit, en vertu du paragraphe 79 (3) de la Loi, rejeter la requête de l'OIF lui demandant de consentir au paiement de l'excédent provenant du régime. Il s'ensuit, également, que le surintendant a droit, en vertu du paragraphe 70 (5) de la Loi, de refuser d'approuver le rapport déposé par l'OIF relativement à la dissolution du régime, du fait qu'il ne protège aucunement les intérêts des participants au régime, et en particulier les intérêts de ces derniers relativement à l'excédent à la dissolution dudit régime. De tels refus sont, par conséquent, bien exposés par le surintendant dans son avis d'intention.

Les autres membres du comité ayant entendu la présente cause appuient l'intention de refuser du surintendant pour d'autres motifs, comme en témoigne la section qui en traite plus loin, à savoir les éléments qu'ils considèrent avoir préséance, selon les modalités du régime, sur les deux actes de fiducie successifs signés par l'OIF relativement au régime de retraite. Puisque je ne suis pas d'accord avec ces motifs, je poursuivrai en exposant ma vision relativement aux répercussions découlant de ces actes.

4. Effet des actes de fiducie signés par l'OIF en 1995 et en 1999

En 1995, l'OIF a signé un acte de fiducie et un acte de service de garde avec la société de fiducie de la Banque de Montréal, prenant effet le 21 juin 1995 («l'acte de fiducie de 1995»), et qui demandait à la société de fiducie d'agir en tant que fiduciaire et de fournir certains services de garde relativement à la caisse de retraite. À la démission de la société de fiducie initiale en tant que fiduciaire, l'OIF a signé un acte similaire avec la société de fiducie CIBC Mellon prenant effet le 1^{er} octobre 1999 («l'acte de fiducie de 1999»).

Le surintendant a déclaré que même si la modification de 1988 de l'excédent était valide, la disposition qu'il renferme à l'égard du paiement de l'excédent à l'OIF est subalterne à la fiducie en regard de la caisse de retraite établie, successivement, par les actes de fiducie de 1995 et de 1999. Compte tenu que ces actes ne désignent pas expressément l'OIF en tant que bénéficiaire de la fiducie, l'OIF n'a plus droit, selon le surintendant, au paiement de l'excédent en vertu du régime. L'OIF a répliqué que chaque acte de fiducie devait être lu conjointement avec les modalités du régime, auquel cas il apparaissait clairement que l'OIF constituait une personne ayant droit de recevoir des paiements à même la caisse de retraite et, par conséquent, que l'OIF était bénéficiaire de la fiducie liée à la caisse de retraite. L'OIF a déclaré que chaque acte de fiducie conférait expressément à l'OIF le pouvoir de révoquer la fiducie. Dans ce cas, il est dans les limites des pouvoirs de l'OIF de mettre fin à la fiducie et, de ce fait de rétablir la disposition concernant le paiement de l'excédent à l'OIF en vertu de la modification de 1988 visant l'excédent.

Les autres membres du comité, dans les motifs qu'ils évoquent séparément, s'appuient sur un passage de la décision de la majorité du juge Cory dans l'arrêt *Schmidt* à l'effet que le transfert de propriété, par le constituant d'une fiducie, au fiduciaire, est généralement absolu et que tout contrôle de ladite propriété sera perdu à moins que le transfert y soit expressément assujéti. Toutefois, la question, dans le cas présent, n'est pas de savoir si l'OIF s'est effectivement arrogé le pouvoir, en vertu des modalités de l'acte de fiducie, de se désigner en tant que bénéficiaire de la fiducie lorsqu'il a transféré la caisse de retraite au fiduciaire, mais bien de déterminer si les modalités prévoyaient que l'OIF était bénéficiaire de la fiducie depuis le moment de sa création.

Le surintendant n'a pu nous donner preuve relativement au fait que le constituant d'une fiducie pouvait ne pas être bénéficiaire de ladite fiducie à moins d'avoir expressément été nommé comme tel ou que le promoteur d'un régime pouvait ne pas être bénéficiaire d'une fiducie à l'égard d'un régime de retraite à moins d'avoir expressément été nommé comme tel. Je suis d'avis qu'il faut déterminer, dans le cas présent, si oui ou non l'OIF peut être considéré bénéficiaire de la fiducie créée par les actes de fiducie compte tenu des modalités expresses desdits actes et de toute conséquence pouvant être raisonnablement tirée de ces mêmes modalités. Il va sans dire que l'absence du terme «bénéficiaire», dans l'acte de fiducie, pour décrire tout intérêt que l'OIF pourrait avoir dans la caisse de retraite ne devrait être déterminant.

L'acte de fiducie laisse le soin à l'OIF de donner des directives à la société de fiducie relativement aux paiements à verser issus de la caisse de retraite. De telles directives sont réputées «certifier... que de tels paiements sont conformes au... régime» (article 4 (h) de l'acte de fiducie de 1995 et article 5.1 de l'acte de fiducie de 1999). L'acte de fiducie prévoit également qu'à la cessation du fonds fiduciaire dont fait partie la caisse de retraite, les paiements seront effectués selon les directives de l'OIF (article 8 de l'acte de fiducie de 1955 et article 16.3 de l'acte de fiducie de 1999), malgré le fait que, dans le cas de l'acte de fiducie de 1999, ces directives doivent être conformes aux modalités du régime. À mes yeux, tout ceci signifie purement et simplement que l'OIF est bénéficiaire de la fiducie dans la mesure où le régime prévoit le paiement d'une portion des sommes détenues dans la caisse de retraite à l'OIF. La modification de 1988 visant l'excédent, qui, si elle est valide, fait partie du régime, prévoit une telle disposition relativement à tout excédent dans ladite caisse de retraite.

L'acte de fiducie stipule clairement que le rôle d'une société de fiducie en tant que fiduciaire ne s'étend pas jusqu'à l'établissement des droits en vertu d'un régime de retraite. Lorsqu'il s'agit du paiement des sommes provenant de la caisse de retraite, le rôle de la société de fiducie peut être caractérisé comme étant celui d'un «simple fiduciaire» qui doit simplement suivre les directives de l'OIF. Par conséquent, à l'égard de la répartition de la caisse de retraite, le fiduciaire agit principalement en tant que mandataire de l'OIF, le constituant de la fiducie. Dans ce type de situation, la relation du mandataire avec le constituant a prédominance sur l'aspect fiduciaire des arrangements (voir *Trident Holdings Ltd. c. Danand Investments Ltd.* (1988), 64 Règl. de l'Ont. (2d) 65, pages 73-79 (Cour d'appel de l'Ont.)). En conséquence, dans le présent cas, la fiducie ne devrait pas servir à inhiber le droit de l'OIF de réclamer le paiement de tout surplus, conformément au régime et, plus particulièrement, à l'amendement de 1988 visant l'excédent, ce dernier fut-il valide.

Le surintendant s'est appuyé sur la déclaration du juge Cory rendant le jugement de la majorité à la Cour suprême dans l'arrêt *Schmidt*, à l'effet que :

...lorsqu'une fiducie est créée [relativement à un fonds de retraite], le fonds qui forme le capital est assujéti aux exigences du droit des fiducies. Les modalités du régime de retraite ne sont alors pertinentes, quant aux questions de répartition, que dans la mesure où elles sont insérées par renvoi dans l'acte qui crée la fiducie. Le contrat ou régime de retraite peut influencer sur le paiement des fonds de la fiducie, mais ses modalités ne peuvent forcer un résultat qui soit incompatible avec l'existence de la fiducie. (Pages 639-640.)

Pour les motifs énoncés plus haut, je ne considère pas que le régime force un résultat qui soit incompatible avec la fiducie créée par les actes de fiducie de 1995 et de 1999; je crois plutôt qu'il peut influencer sur les paiements à même la caisse de retraite d'une manière qui soit compatible avec la fiducie. Alors qu'aucun des actes ne peut, techniquement, incorporer les modalités du régime, je ne crois pas que cela doive empêcher l'exploitation de ces modalités dans les circonstances entourant le cas présent, compte tenu de la portée limitée de la fiducie. Chaque acte fait certainement référence aux modalités du régime,

leur laissant le soin de dicter la disposition ultime des éléments d'actif de la caisse de retraite. Il m'apparaît qu'il s'agit de la même chose qu'incorporer par renvoi les conditions du régime dans l'instrument fiduciaire.

Enfin, je suis d'avis que chacun des actes de fiducie prévoit expressément la révocation de la fiducie qui en découle et prévoit, par conséquent, que l'OIF peut exercer son pouvoir de révoquer de façon à ce que les dispositions du régime relativement à son exploitation ne soient pas affectées par l'existence d'une fiducie pour la caisse de retraite. Chaque acte prévoit expressément la cessation, par l'OIF, des fonds placés en fiducie comprenant les éléments d'actif de la caisse de retraite (paragraphe 8 de l'acte de fiducie de 1995 et paragraphe 16.3 de l'acte de fiducie de 1999). Dans l'un ou l'autre des cas, la disposition pertinente a une vaste portée et n'est pas limitée aux situations où la société de fiducie a démissionné ou a été retirée et doit être remplacée par un nouveau fiduciaire. Il m'apparaît que la cessation d'une fiducie par son constituant mène à la révocation de ladite fiducie et qu'aucun tour de magie particulier n'a été pratiqué dans l'utilisation du terme «révoquer» par opposition aux termes «cessation» ou «annulation». Effectivement. La Cour suprême, dans l'arrêt *Schmidt*, indique que le terme «révoquer» signifie annuler (p. 646) et que le terme «cessation» a le sens certainement très proche, dans son acception habituelle, d'«annulation». Révoquer quelque chose signifie simplement y mettre fin ou l'annuler, au lieu de sa création initiale, par la personne exerçant le pouvoir de révoquer. Contrairement aux autres membres du comité, je ne trouve rien dans l'arrêt *Schmidt* à l'effet que le pouvoir exprès du constituant d'une fiducie de mettre fin à une caisse de retraite ne se traduit pas par un pouvoir exprès de révoquer ladite fiducie.

5. Pertinence de la question à savoir si l'actif excédentaire que renferme la caisse de retraite constitue bel et bien un excédent

Je suis d'accord avec les autres membres du comité qu'il n'est pas nécessaire que le Tribunal entende l'argumentation sur la question visant à déterminer si l'actif excédentaire détenu dans la caisse de retraite constitue bel et bien un excédent. S'il ne constituait pas un excédent, le surintendant aurait deux excellents motifs de refuser d'approuver à la fois la demande de remboursement de l'excédent et le rapport de dissolution relativement au régime. Si l'actif excédentaire constitue bel et bien un excédent, les intentions du surintendant de refuser de donner son approbation demeurent, néanmoins, recevables compte tenu que le régime ne prévoit pas le paiement d'un tel excédent à l'OIF. Nous pouvons, par conséquent, clore la présente affaire sans qu'aucune audience supplémentaire sur la question visant à déterminer si la caisse de retraite contient bel et bien un excédent n'ait lieu.

Disposition

Malgré mon désaccord avec les membres du comité quant à la conclusion à laquelle ils se sont rendu relativement aux actes de fiducie, je suis d'accord avec l'issue de la présente affaire. J'arrive à cette décision commune parce que je conclus que la modification de 1988 au régime n'est pas valide.

FAIT à Toronto, Ontario, ce 16^e jour de septembre 2002.

“Colin H.H. McNairn”
Colin H.H. McNairn,
Vice-président du Tribunal
et président du comité

MOTIFS DE LA DÉCISION DE MONSIEUR ERLICHMAN ET DE MADAME GAVIN

Contexte

Nous convenons du contexte tel que formulé dans les motifs de monsieur McNairn qui figurent ailleurs dans le présent document.

Analyse

Le surintendant et l'OIF ont demandé au Tribunal de statuer sur la question qui est de déterminer si le régime prévoit le paiement d'un excédent à l'OIF. Compte tenu que cette condition est nécessaire, mais insuffisante, en vertu du paragraphe 79 (3) de la Loi, pour autoriser tout paiement d'un excédent à un employeur, une décision négative dans ce cas serait déterminante à l'égard de l'avis d'intention du surintendant, et aucune autre audience relativement aux autres questions soulevées ne serait nécessaire. En effet, si le régime ne prévoyait pas le paiement de l'excédent à l'OIF, l'existence d'un excédent et les autres questions potentiellement soulevées dans ce cas seraient sans intérêt.

En conséquence, les représentations lors de cette audience se sont concentrées très étroitement sur la formulation du texte du régime, des actes de fiducie et des autres documents liés au régime de retraite. L'avocat de l'OIF et celui du surintendant se sont fortement appuyés sur le cas *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.* [1994] 2 R.C.S. 611(*Schmidt*) portant sur un excédent provenant d'un régime de retraite et ayant été entendu devant la Cour suprême.

Dans l'arrêt *Schmidt*, la Cour suprême a déclaré : «la première question à trancher dans une affaire de surplus de caisse de retraite est de savoir s'il existe une fiducie» (p. 639).

En 1995, l'OIF a signé un acte de fiducie et un acte de service de garde avec la société de fiducie de la Banque de Montréal, prenant effet le 21 juin 1995 («l'acte de fiducie de 1995»), et qui demandait à la société de fiducie d'agir en tant que fiduciaire et de fournir certains services de garde relativement à la caisse de retraite. À la démission de la société de fiducie initiale en tant que fiduciaire, l'OIF a signé un acte similaire avec la société de fiducie CIBC Mellon prenant effet le 1^{er} octobre 1999 («l'acte de fiducie de 1999»).

Aucune des parties n'a contesté le fait que, depuis l'acte de fiducie de 1995, le régime de retraite était une caisse de retraite en fiducie. Dans l'arrêt *Schmidt*, la Cour suprême a indiqué ce qui suit :

La caisse de retraite assujettie à une fiducie est soumise à tous les principes applicables du droit des fiducies. Cela revêt une double importance en l'espèce. Premièrement, l'employeur ne pourra revendiquer le droit aux fonds assujettis à une fiducie que s'il est bénéficiaire aux termes de la fiducie ou s'il s'est réservé le pouvoir de révoquer la fiducie au moment où elle a été créée. Deuxièmement, si

les objets de la fiducie sont atteints mais qu'il reste des éléments d'actif dans la fiducie, ces fonds peuvent faire l'objet d'une fiducie par déduction.

Le constituant d'une fiducie peut se réserver les pouvoirs qu'il désire à condition de le faire au moment où la fiducie est créée. Il peut ainsi se réserver le droit de nommer des fiduciaires, de changer les bénéficiaires de la fiducie ou de retirer les biens en fiducie. En général, toutefois, le transfert des biens en fiducie au fiduciaire est absolu. Tout pouvoir de contrôler ces biens sera perdu, sauf si le transfert est expressément assujéti à ce pouvoir. (Page 643)

L'OIF a déclaré que, puisque l'acte de fiducie de 1995 ne nommait aucun bénéficiaire en particulier ni n'excluait explicitement que l'OIF pût être bénéficiaire, on ne pouvait empêcher l'OIF d'être bénéficiaire de la caisse de retraite. Ensuite, l'OIF a cité le texte de l'acte de fiducie, qui lui a permis de donner des directives à la société de fiducie relativement aux paiements à même la fiducie et conformément avec les dispositions du régime de retraite, et de désigner la disposition des biens placés en fiducie si l'acte de fiducie devait cesser d'exister, pour argumenter que l'acte de fiducie de 1995 donnait à l'OIF le pouvoir de se désigner en tant que bénéficiaire de ladite fiducie.

L'acte de fiducie de 1995 définit la «caisse de retraite» comme étant «les valeurs mobilières ou autres biens remis à la société Trustco ou étant détenus par celle-ci [Société Trustco de la Banque de Montréal] de temps à autre et qui constituent la caisse de retraite associée au régime de retraite devant être détenue en tant que biens en fiducie conformément aux modalités du présent contrat, y compris le capital et le revenu qui en découlent» (alinéa 1 (m)). L'acte de fiducie de 1995 autorise également la société de fiducie à «effectuer les paiements... conformément aux dispositions prévues par le régime de retraite» (alinéa 4 (h)). Les participants au régime de retraite sont de façon évidente les bénéficiaires d'une caisse de retraite créée dans le but de verser des prestations de retraite à ses membres.

D'un autre côté, on ne peut présumer que l'employeur, l'OIF, est bénéficiaire de la fiducie. Pour ce faire, il faudrait que l'acte de fiducie de 1995 comporte un énoncé très clair à cet effet, et non pas les pouvoirs généraux attribués à l'OIF en tant qu'administrateur du régime. Puisqu'il n'y avait aucun énoncé clair en ce sens, l'OIF n'est pas bénéficiaire de la fiducie.

L'OIF a déclaré que l'article 22 de l'acte de fiducie de 1995, qui permettait à l'OIF de décider de la distribution des biens placés en fiducie à la cessation de l'acte de fiducie, a eu pour effet de réserver à l'OIF le pouvoir de révoquer la fiducie. Cette proposition va à l'encontre de la décision rendue dans l'arrêt *Schmidt*, dans laquelle la Cour suprême décrète (p. 646) qu'on ne peut soutenir qu'un acte de fiducie évoque le pouvoir de révoquer en l'absence d'un «texte extrêmement clair et explicite». La Cour suprême a poursuivi :

Le pouvoir général de modification ne devrait pas investir le constituant du pouvoir de révoquer une fiducie, et ce, d'autant plus si on considère que les

employés bénéficiaires ont versé une contrepartie en échange de la création de la fiducie. Dans le cas des régimes de retraite, non seulement les employés cotisent-ils à la caisse, mais encore ils conviennent presque toujours d'accepter un salaire inférieur et des avantages sociaux réduits en échange de l'établissement par l'employeur d'une fiducie de régime de retraite en leur faveur. Le texte du régime de retraite et l'acte de fiducie sont habituellement rédigés par l'employeur. Les employés doivent, en principe, s'en remettre à la bonne foi de l'employeur pour ce qui est d'assurer que les modalités de l'acte de fiducie en question seront équitables. Il serait, à mon avis, injuste d'accepter la proposition voulant qu'un pouvoir général de modification incorporé unilatéralement par l'employeur comporte le pouvoir de révoquer la fiducie. L'employeur qui souhaite effectuer un transfert restreint de biens doit expliciter ces restrictions. De plus, modifier signifie changer et non annuler comme le connote le terme «révoquer».

En fait, dans l'arrêt *Schmidt*, la Cour suprême a spécifiquement statué que le pouvoir d'orchestrer la distribution des fonds de fiducie à la cessation du régime, mentionné dans le document fiduciaire initial du régime de retraite de la société Catalytic, ne constituait pas un droit de révoquer.

L'OIF a également indiqué que le texte du régime de retraite, amendé en 1990 pour inclure une disposition à l'effet que tout excédent devait retourner à l'OIF à la dissolution du régime, avait été implicitement incorporé dans l'acte de fiducie de 1995. Par conséquent, a-t-il été débattu, l'OIF était bénéficiaire du régime, plus précisément en ce qui a trait à l'excédent à la dissolution du régime, à l'époque de l'acte de fiducie initial.

Ici encore, la Cour suprême a fixé une norme élevée en matière d'incorporation des termes associés aux régimes de retraite dans les modalités d'une fiducie. J'évoque à nouveau la décision rendue dans l'arrêt *Schmidt* (pages 639-640) :

Les modalités du régime de retraite ne sont alors pertinentes, quant aux questions de répartition, que dans la mesure où elles sont insérées par renvoi dans l'acte qui crée la fiducie. Le contrat ou régime de retraite peut influencer sur le paiement des fonds de la fiducie, mais ses modalités ne peuvent forcer un résultat qui soit incompatible avec l'existence de la fiducie.

Dans ce cas, les références faites, dans l'acte de fiducie de 1995, aux dispositions du régime de retraite peuvent influencer sur les paiements provenant de la caisse de retraite, mais, en l'absence d'une incorporation par renvoi explicite, les modalités du texte du régime ne peuvent servir à faire dire à l'acte de fiducie de 1995 l'existence des droits de l'OIF en tant que bénéficiaire ni celle du droit de révocation.

La création d'une fiducie par déduction constitue l'autre option en vertu de laquelle l'OIF pourrait prétendre pouvoir toucher l'excédent d'un régime de retraite, à condition que les objectifs de ladite fiducie soit entièrement satisfaits et que le fonds en fiducie renferme toujours de l'argent. L'objectif précis de cette fiducie était de fournir des prestations de retraite aux participants au régime de retraite. L'objectif d'un régime à cotisation

déterminée, tel que celui de l'OIF, est de distribuer toute prestation pouvant découler des cotisations et des produits de placement, et il n'existe aucune base d'argumentation raisonnable pour établir que l'objectif de ladite fiducie a été atteint alors que les éléments d'actif demeurent dans la fiducie. Dans le cas présent, il n'existe donc aucune fiducie par déduction.

Par conséquent, nous concluons que, parce que l'OIF n'est pas bénéficiaire de la fiducie et n'a pas non plus le pouvoir de révoquer la fiducie et qu'aucune fiducie par déduction n'a été créée, le régime ne prévoit pas le remboursement de l'excédent à l'OIF.

À la lumière de ces conclusions, nous ne voyons aucune raison de traiter les autres arguments soulevés par les parties relativement au droit de l'OIF de toucher l'excédent.

DISPOSITION

Nous demandons au surintendant de donner suite à l'avis d'intention, daté du 19 mars 2001, de refuser de consentir à la demande de l'OIF quant au remboursement de l'excédent du régime de retraite à sa dissolution et d'approuver le rapport de dissolution relativement au régime de retraite.

FAIT à Toronto, Ontario, ce 16^e jour de septembre 2002.

“Louis Erlichman”
Louis Erlichman
Membre du Tribunal et
du comité

“Heather Gavin”
Heather Gavin
Membre du Tribunal et
du comité