

**TRIBUNAL DES SERVICES FINANCIERS**

**Dossier TSF numéro PO192-2002  
Décision n° P0192-2002-1**

**DANS L’AFFAIRE DE** la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. de 1990, chapitre P. 8, telle que modifiée (ci-après, la « *Loi* »);

**ET DANS L’AFFAIRE DE** l’intention de la surintendante des services financiers de refuser de rendre une ordonnance aux termes des articles 69 et 87 de la *Loi* relativement au régime de retraite des employés de Kerry (Canada) Inc., numéro d’enregistrement 238915 (ci-après, le « Régime »);

**ET DANS L’AFFAIRE** d’une audience tenue conformément au paragraphe 89 (8) de la *Loi*;

**ENTRE :**

**ELAINE NOLAN, GEORGE PHILLIPS, ELISABETH RUCCIA, KENNETH R. FULLER, PAUL CARTER, R.A. VARNEY et BILL FITZ, membres du COMITÉ DE RETRAITE DES EMPLOYÉS DE DCA et représentant certains membres actuels et anciens du régime de retraite des employés de Kerry (Canada) Inc.**

**Requérants**

**-et-**

**SURINTENDANTE DES SERVICES FINANCIERS et KERRY (CANADA) INC.**

**Intimés**

**DEVANT :**

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

Shiraz Y.M. Bharmal  
Membre du Tribunal et du comité

David A. Short  
Membre du Tribunal et du comité

## **COMPARUTIONS :**

Pour les membres du Comité de retraite des employés de DCA  
Bill Fitz (durant la phase de présentation de la preuve de l'audience)  
Ari N. Kaplan et  
Leanne Hull (durant la phase d'argumentation verbale de l'audience)

Pour la surintendante des services financiers  
Deborah McPhail

Pour Kerry (Canada) Inc.  
Ronald J. Walker et  
Christine Tabbert

## **AUDIENCES TENUES LES :**

2 et 3 mars 2004 (phase de présentation de la preuve)  
8 et 9 juin 2004 (phase d'argumentation verbale)

## **MOTIFS DE LA DÉCISION**

### **LES FAITS**

#### **Contexte - Régime et accords de fiducie**

Kerry (Canada) Inc. (ci-après, « Kerry Canada »), un des intimés dans cet acte de procédure, est l'employeur subséquent de DCA Canada Inc. (ci-après, « DCA Canada ») et le répondant d'un régime de retraite des employés constitué à l'origine par l'employeur qu'il remplace. Nous utilisons parfois le terme « Société » pour désigner l'employeur et le répondant du régime, et le terme « Régime » pour désigner le régime de retraite constitué à l'égard des employés de la Société. Kerry Canada est devenu le répondant du régime en raison de l'acquisition de DCA Canada à la fin de l'année 1994, transaction qui visait l'achat des biens, et de la modification subséquente des dispositions du Régime afin d'officialiser la prise en charge du Régime par Kerry Canada, comme le prévoyait les conditions de la transaction.

Le Régime a été constitué à titre de régime à prestations déterminées conformément au texte entré en vigueur le 31 décembre 1954 (ci-après, « Régime de 1954 »). Les cotisations de la Société et des employés ont servi à alimenter un régime constitué en fiducie aux termes d'un accord de fiducie intervenu le 31 décembre 1954 entre, d'une part, la Société et, d'autre part, la National Trust Company Limited, le fiduciaire (ci-après l'« Accord de fiducie de 1954 »). Nous utilisons le terme « Caisse » pour désigner la caisse de retraite constituée à l'égard du Régime. L'Accord de fiducie de 1954 décrit la Caisse et les limites de la fiducie dans ces termes :

La Société établit par la présente une Caisse avec le fiduciaire, composée de fonds et de biens réputés acceptables par ce dernier et laquelle devra, à l'occasion, être versée ou remise au fiduciaire, de même que les gains et profits réalisés. Tous ces fonds et ces biens, tous les placements effectués en ce sens et les produits correspondants de même que tous les gains et profits réalisés, moins tout paiement effectué par le fiduciaire durant la période de référence tel qu'autorisé par les présentes dispositions, composeront la Caisse ainsi créée et établie. La Caisse sera constituée en fiducie par le fiduciaire et gérée selon les dispositions du présent accord. Aucune partie du capital ou du revenu de la caisse ne doit être remise à la Société, ni être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés, actuels et passés, ou leurs représentants successoraux participant au régime pouvant être désignés à l'occasion dans le cadre du régime, si ce n'est en conformité avec ses propres dispositions.

Les bénéficiaires initiaux de la fiducie étaient les employés et les employés retraités de la Société, leurs ayants droit ou leurs successions ainsi que leurs rentiers subsidiaires (tel que précisé à la section 22 du Régime de 1954).

La Société et le même fiduciaire ont conclu un nouvel accord de fiducie le 31 mai 1958 (ci-après, l'« Accord de fiducie de 1958 »), dont les termes sont similaires à ceux de l'Accord de fiducie de 1954 qu'il remplaçait. Nous avons tenu compte des deux Accords de fiducie dans ces Motifs, puisque les parties étaient incapables de s'entendre sur le fait qu'à la date d'entrée en vigueur de l'Accord de fiducie de 1958, les dispositions applicables de la fiducie sont celles qui se retrouvent dans cet accord et ce, de façon exclusive.

Au cours des ans, le Régime a été modifié à plusieurs reprises, parfois avec un rajustement au texte intégral du Régime tel que modifié. Les modifications au Régime comprennent celles qui sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1965 (ci-après, les « Modifications du régime de 1965 ») et celles qui ont paru dans un Régime révisé et rajusté le 1<sup>er</sup> janvier 2000 (ci-après, le « Régime de 2000 »). Le Régime de 2000 a été soumis pour fins d'enregistrement à la surintendante des services financiers (ci-après, la « Surintendante »), l'autre intimée dans cette procédure, mais il n'a pas encore été enregistré. Les Modifications du régime de 1965 et le Régime de 2000 apportent des changements à l'obligation de la Société d'effectuer les cotisations prévues par le Régime. Depuis 1985 et au cours des années subséquentes, au moins jusqu'en 2001, la Société s'est accordé une période d'exonération de cotisations au Régime, apparemment sur la foi de la révision de ses obligations en matière de cotisations.

Le 22 novembre 1999, ou autour de cette date, la Société a transmis un avis à ses employés, les informant qu'elle leur offrait une occasion unique de transformer, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2000, leur pension à prestations déterminées dans un « nouveau régime » à cotisations déterminées. Cet avis exigeait que toute levée de cette option ait lieu avant le 15 décembre 1999, ce qui aurait pour effet d'éliminer toute prestation de retraite « aux termes du régime actuel à prestations déterminées ». Le Régime de 2000 prévoit, entre autres, l'ajout d'une composante à prestations déterminées au

Régime. Les participants à cette composante (désignée sous le nom de « Partie 2 » aux termes du Régime de 2000), financée par une police d'assurance, comprennent les employés qui ont levé leur option de transformer leur pension de retraite en un régime à cotisations déterminées ainsi que les nouveaux employés embauchés après le 1<sup>er</sup> janvier 2000 (désignés collectivement sous le nom de « Membres aux termes de la Partie 2 »). Ceux qui n'ont pas levé l'option de transformation sont demeurés membres de la composante à prestations déterminées du Régime (désignée sous le nom de « Partie 1 » aux termes du Régime de 2000). À titre de « Membres aux termes de la Partie 1 », leurs prestations de retraite continuent d'être versées par la Caisse, laquelle est maintenant réduite des fonds transférés le 31 décembre 1999, soit les prestations accumulées par les employés qui ont levé leur option de devenir des membres aux termes de la Partie 2 de l'entente.

### **Contexte du litige**

Le comité de retraite des employés de DCA (ci-après, le « Comité »), le requérant dans la présente instance, a déposé une requête à la Surintendante afin :

- d'ordonner à la Société de rembourser le Régime pour toutes les cotisations qu'elle devrait avoir versées à la Caisse, ainsi que tous les revenus qui auraient pu autrement être tirés de ces montants, si l'exonération de cotisations n'avait pas eu lieu;
- de refuser l'enregistrement du Régime de 2000;
- d'ordonner la liquidation du Régime au 31 décembre 1994, aux termes de l'article 69 de la *Loi sur les régimes de retraite* (ci-après, la « Loi »).

Le Comité a présenté une requête supplémentaire à la Surintendante pour lui demander d'ordonner le remboursement de certaines dépenses facturées à la Caisse. L'intention de la Surintendante en réponse à cette requête a fait l'objet d'une instance précédente devant le tribunal (voir *Kerry (Canada) Inc. c. la surintendante des services financiers et Elaine Nolan, George Phillips, Elisabeth Ruccia, Kenneth R. Fuller, Paul Carter, R.A. Varney et Bill Fitz, en leur qualité de membres du comité de retraite des employés de DCA* (Dossier TSF numéro PO191-2002), dans le Bulletin sur les régimes de retraite de la Commission des services financiers de l'Ontario, mai 2004, vol. 13, numéro 2, pages 132 à 145).

Dans l'avis d'intention du 22 avril 2002 (ci-après, l'« Avis d'intention »), le surintendant adjoint des services financiers, à titre de délégué de la Surintendante, a proposé de ne prendre aucune des trois mesures demandées par le Comité telles qu'indiquées plus haut.

En vertu des paragraphes 89 (6) et (8) de la *Loi*, le Comité a demandé une audience auprès du tribunal relativement aux propositions contenues dans l'avis d'intention, ce qui a donné lieu à la présente instance. À la suite d'une requête auprès du Tribunal, Kerry Canada a été constituée partie à l'instance.

## Questions en litige

Aux fins de la présente instance, les parties ont déterminé trois questions principales pouvant être résumées comme suit :

- Les conditions du Régime et les dispositions applicables de l'accord de fiducie permettent-elles à la Société de s'accorder une exonération de cotisations depuis 1985? Si ce n'est pas le cas, la Surintendante ne devrait-elle pas recevoir la directive d'ordonner à la Société de verser dans la Caisse toutes les cotisations de l'employeur qu'il n'a pas versées en raison de l'exonération de cotisations, en plus d'une somme équivalant aux revenus qui auraient été tirés de ces montants (ci-après, la « Question de l'exonération de cotisations »)?
- Le Régime de 2000 permet-il la transformation facultative en un mode à prestations déterminées, valide aux termes du Régime et de la *Loi*? Si ce n'est pas le cas, la Surintendante devrait-elle recevoir la directive de refuser l'enregistrement du Régime de 2000 (ci-après, la « Question de la transformation »)?
- Les circonstances entourant et suivant immédiatement la vente d'actif de DCA Canada à Kerry Canada et les modifications résultantes au Régime établissent-elles des motifs suffisants pour que la Surintendante ordonne la liquidation du Régime? Si c'est le cas, la Surintendante devrait-elle recevoir la directive d'ordonner la liquidation du plan? Dans le cas contraire, existe-t-il d'autre recours que le Tribunal devrait ordonner (ci-après, la « Question de la liquidation »)?

Nous traiterons de ces questions séparément et dans l'ordre où nous les avons décrites.

## QUESTION DE L'EXONÉRATION DE COTISATIONS

### **Pouvoir de la Société de s'accorder une exonération de cotisations aux termes du Règlement général**

Depuis 1966, le Règlement général pris en application de la *Loi* permet (voir le Règl. de l'Ont. 103/66, par. 2 (11)) à un employeur de s'accorder une exonération de cotisations, c'est-à-dire de cesser de cotiser à un Régime de retraite actif dont il est le répondant pourvu que le Régime présente un surplus (voir le par. 7 (3) du Règl. de l'Ont. 909 et ses prédécesseurs). Dans l'arrêt *SCFP section locale 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 58 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 552, la Cour d'appel de l'Ontario affirme qu'un employeur ne peut pas s'appuyer sur cette permission à moins que le Régime lui-même ne prévoie la possibilité d'une exonération de cotisations (p. 564). Cependant, dans l'arrêt *Askin c. Association des hôpitaux de l'Ontario* (1991), 2 O.R. (3d) 641, une formation différemment constituée du même Tribunal a qualifié cette dernière affirmation en affirmant qu'elle s'applique à une situation où une cotisation calculée est prévue par les termes d'un

régime de retraite de la nature de celle exigée par le régime instauré par la loi en cause dans *Ontario Hydro* (voir *Askin*, pages 651, 657 et 658). Dans l'arrêt *Askin*, toutefois, l'employeur était tenu de cotiser à un régime de retraite « selon l'assiette déterminée par un actuaire » (voir p. 644). Dans ces circonstances, le Tribunal a conclu qu'un employeur agit dans la portée de l'autorisation d'exonération de cotisations, telle que définie dans le Règlement général, où son actuaire tient compte des surplus lorsqu'il détermine la cotisation que l'employeur est tenu de verser au régime de retraite, sous réserve uniquement des restrictions à l'encontre d'une telle pratique contenues dans le texte du régime de retraite (voir p. 651). En d'autres mots, les surplus peuvent théoriquement être utilisés pour réduire l'obligation de cotiser, dans la mesure où le régime ne l'interdit pas.

### **Pouvoir de la Société de s'accorder une exonération de cotisations aux termes du Régime**

Nous passons maintenant à l'examen de l'obligation de cotiser de la Société aux termes du Régime qui était en vigueur au moment où la Société a commencé à s'accorder une exonération de cotisations, laquelle a débuté en 1985. Avant cette date, les dispositions originales du Régime sur la cotisation de l'employeur avaient été modifiées en raison des Modifications du régime de 1965, qui prévoyaient ce qui suit :

La Société cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent, certifie comme étant nécessaire pour verser les prestations de retraite qui, aux termes du régime, sont dues aux participants au cours de l'année en cours et pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises conformément aux exigences de la *Loi sur les régimes de retraite*, et après avoir pris en compte l'actif du fonds en fiducie, la cotisation des membres durant l'année et d'autres facteurs pouvant être jugés appropriés (article 14 (b)).

Si cette disposition est valide, elle permettrait à la Société de s'accorder une exonération de cotisations, puisqu'elle est virtuellement identique à la disposition sur la cotisation de l'employeur qui a été relevée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.* (1994), 115 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 631, laquelle permet l'exonération de cotisations (voir p. 671 à 672). Dans l'arrêt *Schmidt*, le Tribunal a conclu que la disposition en question sur la cotisation de l'employeur était analogue à celle de l'arrêt *Askin* plutôt qu'à celle de l'arrêt *Ontario Hydro* (voir p. 671 à 672). Si c'est le cas en ce qui concerne l'obligation de cotiser de l'employeur en question dans l'arrêt *Schmidt*, cela doit l'être également dans la présente affaire, puisque les deux obligations sont essentiellement identiques. Rien dans le Régime, tel qu'altéré par les Modifications du régime de 1965 (ni dans l'Accord de fiducie de 1954 ou de 1958), n'impose de restrictions en matière d'exonération de cotisations par la Société, ce qui pourrait distinguer cette situation de celle des arrêts *Askin* et *Schmidt*.

## **Effet de la fiducie sur le pouvoir de la Société de s'accorder une exonération de cotisations**

Le fait que la Caisse soit assujettie à une fiducie pour le bénéfice des employés n'est pas incompatible avec le pouvoir de la Société de s'accorder une exonération de cotisations puisque cette dernière n'équivaut pas à une utilisation ni à un détournement de l'actif de la Caisse à des fins autres que le bénéfice exclusif des employés et des autres bénéficiaires. Elle ne contrevient donc pas à l'article 1 de l'Accord de fiducie de 1954 (les termes de l'article 1 de l'Accord de fiducie de 1958 sont semblables). Il ne s'agit pas d'un détournement de l'actif de la Caisse au préjudice des bénéficiaires, puisque aucun versement n'est effectué à partir de la Caisse et que le droit des bénéficiaires consiste simplement à recevoir les prestations déterminées de la Caisse qui sont prévues dans le Régime. Tous surplus de la Caisse, excédant les sommes requises pour verser ces prestations, auxquels la Société a recours aux fins de l'exonération de cotisations, sont indéfinis et deviennent vérifiables lors d'une liquidation du Régime (y compris dans le cas d'une liquidation partielle, auquel cas une part du surplus correspondant à la partie du régime qui est liquidée, devient réelle plutôt que théorique; voir *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (surintendant des services financiers)*, une décision non publiée de la Cour suprême du Canada datée du 29 juillet 2004, particulièrement au par. 46). Par conséquent, accorder une exonération de cotisations ne constitue pas une atteinte à la fiducie établie relativement à la Caisse. Ces conclusions sont directement appuyées par l'arrêt *Schmidt* (voir (1994), 115 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 631, p. 665).

## **Validité des dispositions du Régime autorisant l'exonération de cotisations**

La prochaine question que nous devons étudier est celle de savoir si les dispositions sur la cotisation de l'employeur introduites par les Modifications du Régime de 1965 sont des modifications d'un type autorisé en bonne et due forme.

### ***Effet de l'absence d'un pouvoir explicite de révoquer la fiducie***

Dans l'arrêt *Schmidt*, la Cour suprême du Canada a dit : « [...] j'estime que le pouvoir illimité de modifier une fiducie que se réserve le constituant [la Société, dans le cas présent] n'inclut pas le pouvoir de la révoquer, tout au moins dans le contexte des fiducies de régime de retraite »; au contraire, « pour être valide, le pouvoir de révocation doit être explicitement réservé » (p. 660). Le pouvoir de modifier la fiducie établie par les Accords de fiducie de 1954 et de 1958 qui y sont énoncés (à l'article 11) ne réserve pas explicitement un tel pouvoir de révocation à la Société.

L'Accord de fiducie de 1954 contient une énonciation, laquelle est conforme au corps de l'Accord (notamment, en particulier, l'article 1), et qui est ainsi libellé :

[Traduction] ATTENDU QU'IL est souhaitable que les fonds cotisés de manière irrévocable pour le versement des prestations aux termes du Régime soient séparés et détenus en fiducie dans une caisse fiduciaire pour le bénéfice exclusif

des employés ou de leurs bénéficiaires ou représentants successoraux pouvant être inclus aux termes du Régime.

L'Accord de fiducie de 1958 contient une énonciation semblable, mais rédigée au passé.

Par conséquent, il est clair que la fiducie pertinente porte sur les fonds cotisés aux termes du Régime. La fiducie ne porte pas sur les fonds qui auraient fait l'objet d'une cotisation aux termes du Régime, n'eut été de l'affirmation par la Société du droit de s'accorder une exonération de cotisations (ou de l'insolvabilité ou de toute autre circonstance touchant la Société). La Société n'est pas non plus obligée de contribuer au Régime assujetti à une fiducie. En fait, cette obligation est fondée sur le Régime plutôt que sur un quelconque accord de fiducie. Le Régime ne fait pas partie de l'Accord de fiducie de 1954 ou de 1958. En fait, l'Accord de fiducie de 1958 prévoit l'inverse, c'est-à-dire que l'Accord fait partie du Régime. Ni le Régime ni les deux Accords de fiducie n'affirment que le Régime, qui contient l'obligation de cotiser de la Société, fait partie de l'Accord de fiducie. Dans ces circonstances, l'obligation de cotiser de la Société ne peut pas faire partie de la fiducie.

Ainsi, toute modification de l'obligation de la Société aux termes du Régime de cotiser à la Caisse ne constitue pas une révocation de la fiducie, auquel cas il n'est pas nécessaire que la Société l'appuie en se réservant le pouvoir de révoquer la fiducie.

Dans l'arrêt *Schmidt*, la disposition sur la cotisation de l'employeur était, comme dans la présente affaire, le résultat d'une modification des conditions originales du régime de retraite (voir les p. 671 et 682 à 683) et, comme dans le cas présent, l'accord de fiducie établissant la caisse fiduciaire du régime de retraite n'avait pas réservé explicitement le pouvoir de révoquer la fiducie (voir p. 670). Rien n'indique dans les motifs de la majorité de l'arrêt *Schmidt* que la modification puisse être invalide en raison de ces facteurs, bien qu'il puisse simplement s'agir du fait que le point n'a pas été soulevé par les parties contestant l'exonération de cotisations que s'est accordée l'employeur dans cette affaire.

### ***Effets de la décision Maurer***

Dans la présente affaire, le Comité s'est reporté sur la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Maurer c. l'Université McMaster* (1995), 23 O.R. (2d) 577, laquelle établit que lorsqu'un régime de retraite est assujetti à une fiducie pour le bénéfice des employés, le texte du Régime ne peut pas être modifié unilatéralement par l'employeur pour permettre une exonération de cotisations, à moins que le pouvoir de révoquer la fiducie ait été réservé expressément pour l'employeur. Malheureusement, les motifs rendus par la Cour d'appel dans l'arrêt *Maurer* contiennent des contradictions apparentes, ce qui fait naître un doute quant à savoir si, dans les faits, la Cour adoptait cette proposition ou remettait à plus tard la résolution de cette question ou si une telle modification pouvait être apportée de manière valide en l'absence du pouvoir explicite de révoquer la fiducie.

La Cour a affirmé, dans les motifs de l'arrêt *Maurer*, qu'il était souhaitable d'attendre jusqu'à ce que la question survienne dans une affaire avant de décider si un employeur a le droit de modifier unilatéralement un régime de retraite en fiducie afin de lui permettre de s'accorder une exonération de cotisations (p. 580). Comme il n'était pas nécessaire de trancher cette question dans l'arrêt *Maurer*, la Cour a simplement refusé d'appuyer la conclusion du juge de première instance selon laquelle il y avait bel et bien un tel droit. Toutefois, elle a ensuite modifié le redressement accordé par le juge de première instance afin d'émettre une déclaration selon laquelle les modifications du régime de retraite en question étaient invalides dans la mesure où elles avaient pour but de donner à l'employeur le droit de s'accorder une exonération de cotisations, de recevoir le surplus actuariel pendant l'existence du régime ainsi que les surplus lors de la cessation ou de la liquidation du régime (pages 580 et 581).

Nous croyons que le redressement modifié accordé par la Cour était simplement le reflet de son désaccord, sur la base de la décision *Schmidt*, tandis que la décision du juge de première instance précédant l'arrêt *Schmidt* affirme que l'employeur peut modifier unilatéralement le régime de retraite pour lui conférer des dispositions l'autorisant à recevoir les surplus durant l'existence et à la liquidation du régime même s'il ne dispose pas du pouvoir explicite de révoquer la fiducie dans le cadre de la caisse de retraite. Puisque certains aspects des modifications ne sont pas recevables, c'est-à-dire que leur tentative de faire en sorte que l'employeur reçoive des surplus de la Caisse, la Cour a probablement supposé que les modifications étaient en général invalides. En d'autres mots, l'apparence d'association peut bien avoir fait en sorte que les modifications échouent même dans la mesure où elles confèrent à l'employeur le droit de s'accorder une exonération de cotisations. La décision de première instance de l'arrêt *Maurer* semble traiter ces modifications comme un ensemble (voir (1991), 4 O.R. (3d) 139, pages 156 et 159). Par conséquent, nous ne considérons pas que l'arrêt *Maurer* soutienne la même chose que le Comité prétend. Nous croyons plutôt que l'arrêt *Maurer* a, en effet, laissé en suspens la question qui devait être tranchée dans l'affaire actuelle, c'est-à-dire de savoir si un employeur a le droit de modifier un régime de retraite en fiducie pour lui permettre de s'accorder une exonération de cotisations en l'absence d'une réserve explicite du pouvoir de révoquer la fiducie. Comme nous l'avons déjà indiqué, nous croyons que la Société détenait ce droit en vertu du fait qu'une telle modification ne révoque pas la fiducie établie aux termes des Accords de fiducie de 1954 et de 1958.

### ***Possibilités de révocation de la fiducie par l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire à l'actuaire d'établir la cotisation annuelle de la Société au Régime***

Le Comité a fait valoir que les Modifications du Régime de 1965 ont réalisé une révocation partielle de la fiducie constituée par les Accords de fiducie de 1954 et de 1958 parce qu'elles visent à attribuer un pouvoir discrétionnaire à l'agent de la Société, l'actuaire du Régime, lequel permet d'établir le montant de la cotisation annuelle au Régime de l'employeur, alors que ce dernier a déjà abandonné plein contrôle sur les biens détenus en fiducie. À notre avis, cet argument se méprend sur la nature des biens détenus en fiducie, lesquels sont constitués des cotisations réelles versées à la Caisse et des gains et profits réalisés, moins tout paiement autorisé de la Caisse effectué par le fiduciaire

(article 1 des Accords de fiducie de 1954 et de 1958). Toute modification de la base de calcul du montant de la cotisation obligatoire de l'employeur aux termes du Régime ne constitue pas un emploi erroné de ces fonds et n'a que des répercussions indirectes sur la Caisse puisque, à l'avenir, le total de la Caisse peut être inférieur à ce qu'il aurait pu être autrement. Cependant, cela ne signifierait pas que la Caisse soit insuffisante à cette date pour satisfaire à ses obligations en matière de prestations de retraite aux termes du Régime, car toute exonération de cotisations autorisée serait limitée aux sommes qui représentent un surplus par rapport aux sommes requises pour satisfaire aux obligations en matière de prestations de retraite.

### ***Portée du pouvoir de la Société de modifier le Régime***

Lorsqu'elles sont comparées avec le pouvoir de modification général prévu dans le Régime de 1954, les dispositions sur la cotisation de l'employeur introduites dans les Modifications du régime de 1965 sont clairement autorisées. Ce pouvoir de modification réserve à la Société [traduction] « le droit de changer, de modifier, de suspendre ou de mettre fin au régime, si les conditions futures, de l'avis de la Société, justifient une telle mesure, pourvu qu'aucun changement ou qu'aucune modification ne porte atteinte aux droits que tout membre pourrait avoir relativement aux conditions ou au montant du paiement des prestations de retraite, dont les cotisations ont été effectuées par le membre, la Société, ou les deux entités, avant la date d'entrée en vigueur desdits changements ou modifications » (article 22). Les changements apportés à l'obligation de cotiser de l'employeur par les Modifications du Régime de 1965 ne contredisent pas cette disposition.

### ***Pertinence de la disposition sur la cotisation de l'employeur aux termes du Régime original***

Nous avons entendu l'argumentation du Comité voulant que la disposition sur la cotisation de l'employeur aux termes du Régime de 1954 ne permet pas à la Société de s'accorder une exonération de cotisations. Cependant, au moment où la Société a commencé à s'accorder une exonération de cotisations, en 1985, cette disposition précise avait été remplacée en raison de changements apportés dans les Modifications du Régime de 1965. Puisque nous avons déterminé que la nouvelle disposition sur la cotisation prévue dans les Modifications du Régime de 1965 est valide et autorise l'exonération de cotisations, il n'est pas nécessaire que nous examinions la question de savoir si la Société pouvait s'accorder une exonération de cotisations aux termes du Régime de 1954.

## **QUESTION DE LA TRANSFORMATION**

Le paragraphe 18 (1) de la *Loi* prévoit, à l'alinéa (d), que le surintendant peut refuser d'enregistrer une modification apportée à un régime de retraite « si la modification est nulle ou si le régime de retraite modifié n'était plus conforme à la présente loi et aux règlements ».

## **Contradictions entre le Régime de 2000 et les Accords de fiducie de 1954 et de 1958**

Le Comité a ait fait valoir que le Régime de 2000 n'aurait pas dû être enregistré en raison de certaines contradictions entre les Accords de fiducie de 1954 et de 1958, lesquelles rendent le Régime de 2000 nul étant donné que la fiducie constituée par ces Accords prime sur le texte du Régime. Le Comité a allégué que le Régime de 2000 contredit les Accords de fiducie puisqu'il permet à l'employeur, en vertu des paragraphes 18.08 et 25.02, de s'accorder une exonération de son obligation de cotiser au compte des membres de la Partie 2 (ceux qui ont participé à la composante à cotisations déterminées du Régime) en utilisant le surplus de la Caisse, laquelle est détenue pour le bénéfice des membres de la Partie 1 (ceux qui participent à la composante à prestations déterminées du Régime). Nous convenons que c'est effectivement le cas, puisque ces dispositions permettent à la Société d'utiliser ou de réaffecter une certaine partie de la Caisse, c'est-à-dire le surplus, « à d'autres fins que le bénéfice exclusif » des bénéficiaires de la fiducie relativement à la Caisse qui, en vertu du Régime de 2000, sont maintenant les membres de la Partie 1. Toute exonération dont se prévaut ainsi la Société relativement aux cotisations relevant de la Partie 2 peut uniquement être réalisée en retirant de l'argent de la Caisse et en le transférant à l'assureur qui joue le rôle de gestionnaire pour la Partie 2, afin de le déduire des comptes individuels des membres de la Partie 2. Cette action contrevient à l'article 1 de l'Accord de fiducie de 1954, citée plus haut sous la rubrique « FAITS » (les termes de l'article 1 de l'Accord de fiducie de 1958 sont semblables).

Il y a deux manières de résoudre cette contradiction. Le Régime de 2000 peut être modifié afin d'éliminer le pouvoir de la Société d'utiliser le surplus de la Caisse pour satisfaire à son obligation de cotiser relativement aux membres de la Partie 2 ou les membres de la Partie 2 peuvent être constitués bénéficiaires de la fiducie relativement à la Caisse (dans ce cas, il devrait s'ensuivre que la police d'assurance qui est l'instrument de financement pour la Partie 2 devrait être détenue par le fiduciaire).

Le fait que le Régime de 2000 confine les bénéficiaires de la fiducie relativement à la Caisse aux membres de la Partie 1 ne comporte aucun manquement à une obligation fiduciaire, puisque les Accords de fiducie de 1954 et de 1958 prévoient une catégorie possiblement mobile de bénéficiaires de la Caisse, à la condition que la catégorie ne puisse pas être élargie de sorte à inclure la Société elle-même. En particulier, les bénéficiaires de la fiducie relativement à la Caisse aux termes de ces Accords sont des personnes pouvant à l'occasion être désignées aux termes du Régime (selon l'article 1 des Accords de fiducie). Ainsi, le libellé de la fiducie délègue aux termes du Régime le soin de désigner les bénéficiaires de la fiducie. Le Régime de 2000 effectue une telle distinction en constituant les membres de la Partie 1 bénéficiaires de la Caisse, à l'exclusion des membres de la Partie 2. En raison des termes expressément employés dans la fiducie, tel que prévu dans les Accords de fiducie, cette désignation est conforme aux termes de la fiducie et, par conséquent, ne constitue pas un manquement à une obligation fiduciaire.

## **Pertinence de la décision *Aegon***

Nous remarquons que les circonstances de la présente affaire sont très différentes de celles de la décision *Aegon*, sur laquelle se fonde le Comité, où deux régimes de retraite ont été « fusionnés » à la condition, imposée par la Commission des régimes de retraite de l'Ontario, que l'actif et le passif de chaque régime soient comptabilisés séparément dans le régime fusionné. La caisse de retraite de l'un des régimes faisant l'objet de la fusion accusait un surplus et était assujéti à une fiducie au bénéfice des membres du régime. L'autre régime faisant l'objet de la fusion était en situation déficitaire. La Cour d'appel de l'Ontario a estimé qu'aucune partie de l'actif de la Caisse accusant un surplus ne pouvait être utilisée pour satisfaire aux engagements de l'autre Caisse sans entraîner un manquement aux obligations fiduciaires à l'égard des bénéficiaires de la Caisse accusant un surplus. Dans la présente affaire, nous n'avons pas deux fonds en relation avec un régime de retraite unique. Nous avons plutôt une caisse de retraite (la Caisse), qui était auparavant détenue en fiducie pour le bénéfice de tous les employés, qui, après la date d'entrée en vigueur du Régime de 2000, doit être détenue en fiducie pour les membres de la Partie 1 en vertu d'une modification de la classe de bénéficiaires prévue par les termes de ladite fiducie.

## **Nature et effet des lacunes en matière de divulgation associée à l'option de transformation**

En dernier lieu, le Comité a fait valoir qu'il convient de refuser l'enregistrement du Régime de 2000 en raison des lacunes du processus de divulgation de la Société auprès de ses employés relativement à l'exercice du droit de transformation associé aux modifications apportées par le Régime de 2000. Nous avons entendu des témoignages concernant les renseignements, l'accès à des conseillers et le délai accordé par la Société à ses employés pour obtenir et prendre connaissance des renseignements et des conseils. Il appert que le processus de divulgation présentait des lacunes, notamment une description erronée du changement des modalités de pension qui auraient lieu lors de la création du nouveau Régime à cotisations déterminées, alors qu'une composante à cotisations déterminées du Régime existant avait déjà été constituée. Ces lacunes soulèvent la question de savoir si les employés ont été informés adéquatement des facteurs pertinents pouvant influencer leur décision en matière de transformation en temps opportun. Cependant, nous ne croyons pas que les lacunes reprochées rendent le Régime de 2000 nul ou incompatible avec la *Loi* ou le Règlement général. En fait, l'option de transformation a été offerte avant la date d'entrée en vigueur du Régime de 2000 (c'est-à-dire avant le 1<sup>er</sup> janvier 2000) et n'a pas été établie aux termes de ce Régime; le processus de transformation est plutôt décrit au passé, simplement, dans le Régime de 2000 (à l'article 24.01). Par conséquent, nous ne pouvons pas considérer, en toute équité, que toute lacune sur le plan du processus touche la validité des modifications introduites par le Régime de 2000.

Ni la *Loi* ni le Règlement général n'établissent de processus pour aviser les membres d'un régime de retraite d'une option de transformation. Bien que la *Loi* exige, au paragraphe 26 (1), qu'un avis soit transmis en cas de modification défavorable à un

régime de retraite qui entraînerait une réduction des prestations de retraite accumulées, la transformation du régime de retraite à prestations déterminées en un régime à cotisations déterminées n'a pas nécessairement cet effet. Essentiellement, elle a plutôt pour conséquence de modifier les risques associés aux prestations de retraite. En tout état de cause, même si un avis de modification défavorable était exigé en vertu du Régime de 2000, aux termes du paragraphe 26 (1) de la *Loi*, la Surintendante aurait eu le droit, aux termes de l'article 26 (4), de s'abstenir d'exiger de la Société qu'elle transmette un tel avis si elle croyait que le Régime de 2000 n'influe pas de façon importante sur les prestations de retraite, les droits ou les obligations de tous les membres. La Surintendante a adopté la position selon laquelle, en réponse aux requêtes qui lui ont été présentées par la Société (dans la pièce jointe à une lettre du surintendant adjoint datée du 22 avril 2002 à l'intention du président du Comité), ainsi qu'à la présente instance, que les employés pouvant être touchés par le Régime de 2000 avaient reçu un avis adéquat. Dans tous les cas, la *Loi* n'affirme pas que le défaut de donner un avis de modification défavorable, lorsqu'il est exigé par la *Loi*, entraîne la nullité de la modification ou son inadmissibilité à l'enregistrement.

Pour tous ces motifs, les lacunes du processus de transformation ne peuvent pas, en soi, constituer une raison suffisante pour que la Surintendante refuse d'enregistrer le Régime de 2000.

## **QUESTION DE LA LIQUIDATION PARTIELLE**

Le Comité a fait valoir que la Surintendante avait non seulement le droit d'ordonner une liquidation partielle du Régime sur la base des circonstances entourant la vente d'actif de DCA Canada à Kerry Canada à la fin de 1994, mais qu'elle aurait dû le faire. L'article 69 de la *Loi* confère à la Surintendante un tel pouvoir. Cet article énumère des raisons justifiant une liquidation partielle ou une liquidation totale et finale d'un régime de retraite, mais il n'exige pas que la Surintendante ordonne une telle mesure lorsqu'elle est ainsi motivée. Aucune de ces raisons ne correspond aux circonstances entourant la vente de l'actif de DCA Canada à Kerry Canada en 1994. Évidemment, à cette époque, DCA Canada avait commencé à s'accorder des exonérations de cotisations, une pratique que Kerry Canada a poursuivie ensuite. Le Comité maintient que cela équivalait à une « cessation ou suspension des cotisations de l'employeur à la caisse de retraite, » au sens de l'alinéa (a) du paragraphe 69 (1) de la *Loi* et, par conséquent, constituait une raison justifiant la liquidation partielle du Régime. Nous pensons que l'alinéa (a) du paragraphe 69 (1) devrait logiquement être interprété comme une situation où un employeur n'effectue pas les cotisations à un régime de retraite qu'il n'est pas exonéré de le faire en vertu d'un surplus dans la caisse de retraite du Régime. Tel que noté plus haut, dans notre examen de la Question de l'exonération de cotisations, ni la *Loi* ni le Régime n'exigent que la Société contribue à la caisse de retraite dans le cadre du Régime, c'est-à-dire la Caisse, lorsque son solde est suffisant pour honorer ses engagements en matière de pension. En outre, le Règlement général en application de la *Loi* et le Régime autorisent expressément la Société à s'accorder une exonération de cotisations dans ces circonstances.

Bien que nous ayons constaté que l'exonération de cotisations que la Société s'est accordée relativement à la Partie 2 du Régime après le 1<sup>er</sup> janvier 2000 n'était pas autorisée de manière valide par le Régime de 2000, en raison d'une contradiction avec la fiducie relativement à la Caisse, cette situation sera corrigée par nos ordonnances dans cette affaire (voir plus bas, sous la rubrique « DÉCISION ») selon lesquelles le Régime de 2000 sera modifié pour conférer les pouvoirs nécessaires ou la Caisse sera remboursée d'une somme équivalente aux cotisations effectuées avec les fonds de la Caisse.

Le Comité a également fait valoir que même si rien, à l'heure actuelle, ne justifie une liquidation partielle du Régime, la Surintendante devrait néanmoins recevoir l'ordre de surveiller le Régime en vue de rendre une ordonnance exigeant sa liquidation partielle lorsqu'il n'y aura plus de membres actifs dans la Partie 1 du Régime, date à laquelle les cotisations de l'employeur liées aux bénéficiaires actuels des employés relevant de cette partie prennent nécessairement fin. Même si cette dernière éventualité constitue une raison de liquider partiellement le Régime aux termes de l'alinéa (a) du paragraphe 69 (1) de la *Loi*, nous ne sommes pas persuadés que, si la Surintendante doit « prendre les mesures que le Tribunal estime qu'[elle] devrait prendre conformément à la présente loi et aux règlements » (voir le paragraphe 89 (9) de la *Loi*), la surveillance du Régime soit nécessaire et que, par conséquent, nous devrions l'ordonner à la Surintendante.

En dernier lieu, le Comité a fait état de l'article 80 de la *Loi*, alléguant qu'il justifierait quelque forme de recours subsidiaire pour les employés dont l'intérêt potentiel à l'égard des surplus de la Caisse serait lésé en raison des circonstances entourant la vente d'actif de DCA Canada à Kerry Canada. Cependant, l'article 80 ne s'applique pas en relation avec une vente d'actif à moins que l'acheteur ne transfère des employés dans son propre régime de retraite. Ce n'est pas le cas dans la présente affaire, puisque les employés transférés de DCA Canada sont demeurés membres du Régime auquel ils appartenaient auparavant, bien qu'il ne s'agisse plus d'un régime de retraite de DCA, mais d'un régime de retraite de Kerry en vertu d'un changement de nom et de répondant.

## **DÉCISION**

Pour les motifs qui précèdent, nous ordonnons à la Surintendante :

- (a) d'exécuter les propositions contenues dans l'avis d'intention (sous réserve du paragraphe (c) plus bas), à l'exclusion de la proposition de dénier de refuser l'enregistrement du Régime de 2000;
- (b) de refuser l'enregistrement du Régime de 2000 sous sa forme actuelle;
- (c) si dans les 90 jours suivant la date des présents motifs, le Régime de 2000 n'est pas modifié rétroactivement au 1<sup>er</sup> janvier 2000, de rendre les membres de la Partie 2 des bénéficiaires de la fiducie relativement à la Caisse, d'ordonner Kerry Canada de rembourser à la Caisse une somme équivalant à toutes les cotisations que, si la Société ne s'était pas accordé une exonération de cotisations après le 1<sup>er</sup> janvier 2000, elle aurait dû verser aux termes du

Régime relativement aux membres de la Partie 2, mais qu'elle a effectuées avec les fonds de la Caisse, ainsi que tous les revenus découlant de la somme de ces cotisations qui auraient été réalisés dans la Caisse.

Si une partie veut présenter une requête relativement à une ordonnance d'adjudication des dépens dans la présente affaire, elle peut la déposer par écrit auprès du Tribunal et la signifier aux autres parties dans les 30 jours de la présente décision. Les autres parties disposent alors de 14 jours pour déposer et signifier par écrit leur réponse à cette requête.

**Fait** à Toronto, Ontario, en ce premier jour de septembre 2004.

« Colin H.H. McNairn »

\_\_\_\_\_  
Colin H.H. McNairn,  
vice-président du Tribunal  
et président du comité

« Shiraz Y.M. Bharmal »

\_\_\_\_\_  
Shiraz Y.M. Bharmal,  
membre du Tribunal  
et du comité

« David A. Short »

\_\_\_\_\_  
David A. Short,  
membre du Tribunal  
et du comité