

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

v.

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

and between

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

v.

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

INDEXED AS: SCHMIDT v. AIR PRODUCTS CANADA LTD.

File Nos.: 23047, 23057.

1993: December 1; 1994: June 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

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

a

c.

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

et entre

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

d

c.

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

e

RÉPERTORIÉ: SCHMIDT c. AIR PRODUCTS CANADA LTD.

f

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

g

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

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

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

j

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations doit également être déterminé en fonction de chaque cas. Ce droit peut être exclu explicitement ou implicitement dans les cas où le régime prescrit une formule de calcul des cotisations de l'employeur qui retire toute discrétion à l'actuaire. Les périodes d'exonération de cotisations peuvent également être autorisées par les modalités du régime. Lorsque le régime est silencieux sur la question, le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations ne peut être contesté dans la mesure où les actuaires continuent d'accepter comme pratique normale l'affectation d'un surplus existant aux coûts des services courants. Ces principes s'appliquent peu importe que la caisse de retraite

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By Cory J.

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

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

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

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

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

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

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

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Some Definitions

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

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

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

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

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

a Définitions

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Factual Background

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

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

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

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

Historique des faits

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Judgments Below

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

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

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

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

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

I. Les juridictions inférieures

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Issues on Appeal

A. *The Appeal (The Catalytic Plan)*

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

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

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

III. The Legislative Framework

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

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

II. Les questions en litige

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

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

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

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

III. Le cadre législatif

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

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

A. *The Income Tax Act*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. *Provincial Legislation*

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

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

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

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

B. *La législation provinciale*

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

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

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

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

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

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

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

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

34 . . .

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

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

(i) used to increase benefits,

(ii) left in the plan,

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

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

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

IV. Relevant Pension Plan Provisions

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

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

^a [TRADUCTION] 34 . . .

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

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

^c (i) utilisé pour accroître les prestations;

(ii) laissé dans le régime;

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

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

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

IV. Les dispositions pertinentes des régimes de retraite

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

V. Analysis

A. *Surplus Entitlement*

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

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

V. Analyse

A. *Le droit au surplus*

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

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

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

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

1. Trust or Contract?

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

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

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

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

1. Fiducie ou contrat?

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

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

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

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

2. Purpose or 'True' Trust?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. The Definition of the Trust Fund

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

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

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

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

3. La définition du fonds en fiducie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

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

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

[TRADUCTION]

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

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

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

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

4. Amendment of the Trust

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

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

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

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

4. Modification de la fiducie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. The Resulting Trust

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

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

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

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

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

5. La fiducie par déduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Contribution Holiday

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

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

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

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

B. Période d'exonération de cotisations

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

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

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

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

20. . . .

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

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

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

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

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

[TRADUCTION] 20. . . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Toutes ces affaires sont parfaitement compatibles les unes avec les autres. Ensemble, elles démontrent seulement que la question de savoir si la période d'exonération de cotisations est permise doit être résolue en fonction des dispositions applicables du régime. Je ne vois, en principe, aucune objection à ce que les employeurs s'accordent des périodes d'exonération de cotisations lorsque le régime de retraite les autorise à le faire. Lorsque le régime ne donne pas expressément cette autorisation, celle-ci peut être déduite du texte de l'obligation de l'employeur de cotiser. Toute disposition qui confie à un actuaire la tâche de calculer le montant requis pour financer les prestations promises devrait être considérée comme incorporant la pratique actuarielle reconnue quant à la façon d'effectuer ce calcul. Cette pratique comprend actuellement l'utilisation des sommes excédentaires calculées pour déterminer le coût global des services courants. C'est une pratique conforme à la nature d'un régime à prestations déterminées, que les autorités en matière d'impôt encouragent.

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

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

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

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

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

Les anciens employés de Catalytic ont soutenu avec succès devant le juge en chambre qu'autoriser une période d'exonération de cotisations revient à permettre un empiétement sur le fonds en fiducie dont ils sont bénéficiaires. Je ne suis pas d'accord. Comme je l'ai mentionné précédemment, les biens en fiducie se composent habituellement de toutes les sommes versées dans la caisse de retraite. Permettre une période d'exonération de cotisations ne réduit pas le capital de la caisse et ne revient pas à utiliser les sommes qu'elle contient à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés. Le droit des bénéficiaires de la fiducie n'est pas touché par une période d'exonération de cotisations. Ils ont droit au paiement sur la fiducie des prestations déterminées que prévoit le régime de retraite et, selon les modalités de la fiducie, à une part de tout surplus accumulé à la cessation du régime.

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

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

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

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

C. Summary

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

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

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

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

C. Résumé

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

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

Si, toutefois, la caisse est assujettie à une fiducie, différentes considérations entrent en jeu. Il s'agit non pas d'une fiducie à une fin, mais d'une fiducie classique. Elle est régie par l'*equity* et, dans la mesure où les principes d'*equity* applicables sont incompatibles avec les dispositions du régime, l'*equity* doit prévaloir. La fiducie s'étendra, dans la plupart des cas, au surplus existant ou réel de même qu'à la partie de la caisse de retraite qui est

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

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

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

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

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

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

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

Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations doit également être déterminé en fonction de chaque cas. Ce droit peut être exclu explicitement ou implicitement dans les cas où le régime prescrit une formule de calcul des cotisations de l'employeur qui retire toute discrétion à l'actuaire. Les périodes d'exonération de cotisations peuvent également être autorisées par les modalités du régime. Lorsque le régime est silencieux sur la question, le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations ne peut être contesté dans la mesure où les actuaires continuent d'accepter comme pratique normale l'affectation d'un surplus existant aux coûts des services courants. Ces principes s'appliquent peu importe que la caisse de retraite soit ou non assujettie à une fiducie. Aucune somme n'étant retirée de la caisse par l'employeur, la

siderations are, of course, subject to applicable legislation.

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

VI. Application to the Facts

A. Surplus Entitlement

1. The Catalytic Plan

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

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

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

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

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

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

VI. Application aux faits

A. Droit au surplus

1. Le régime de Catalytic

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

[TRADUCTION]

12. «acte de fiducie» L'entente conclue entre la compagnie et le fiduciaire, qui crée le fonds en fiducie.
13. «fiduciaire» La Société Canada Trust, ou toute autre société de fiducie subséquente, le cas échéant, que le conseil peut nommer.
14. «fonds en fiducie» La caisse de retraite établie conformément à l'acte de fiducie, dans laquelle des cotisations sont versées après le 1^{er} janvier 1959 par la compagnie et les cotisants, et sur laquelle les prestations de retraite et autres prestations prévues au régime sont versées.

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

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

ARTICLE I

ESTABLISHMENT OF TRUST

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

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

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

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

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

ARTICLE I

CONSTITUTION D'UNE FIDUCIE

1. Le présent acte fait partie du RÉGIME.

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

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

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

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

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

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

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

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

SECTION XV AMOUNT OF PENSION

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

ARTICLE XV PRESTATIONS DE RETRAITE

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

Annuity from an insurance company [Emphasis added.]

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

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

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

Section XXII of the 1959 plan provided:

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

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

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

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

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

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

L'article XXII du régime de 1959 prévoyait ceci:

[TRADUCTION]

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

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

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

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

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

ARTICLE V

MODIFICATION ET CESSATION

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

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

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

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

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

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

B. *Contribution Holiday*

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

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

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

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

B. *Période d'exonération de cotisations*

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

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

4.03 Company Contributions

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

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

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

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

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

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

a [TRADUCTION] 4.03 Cotisations de la compagnie

La compagnie cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent, certifie comme étant nécessaire pour verser les prestations de retraite qui, aux termes du régime, sont dues aux participants au cours de l'année en cours et pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises conformément aux exigences de la *Pension Benefits Act*.

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

- (i) du montant nécessaire pour verser les prestations de retraite acquises par les participants durant l'année en cours, et
- (ii) du montant requis pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises, conformément aux conditions de la *Pension Benefits Act*, compte tenu de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. The Stearns Plan

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

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

ARTICLE XIV

Amendment or Termination of the Plan

14.1 ...

c) ...

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

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

2. Le régime de Stearns

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

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

[TRADUCTION]

ARTICLE XIV

Modification et cessation du régime

14.1 ...

c) ...

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

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

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

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

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

14.1 . . .

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

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

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

14.1 . . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(b) *The Pension Brochure*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Future of the Plan

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

General

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

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

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

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

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

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

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

[TRADUCTION] Avenir du régime

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

Généralités

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a

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

b

c

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

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

e

f

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

g

h

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

i

j

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(c) *Interpretation of the Plan Provisions*

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

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

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

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

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

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

c) *Interprétation des dispositions du régime*

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

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

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

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

[TRADUCTION]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

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

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

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

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

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

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

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

(d) *The Contribution Holiday*

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

^a d) *La période d'exonération de cotisations*

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

(e) *The Need for Legislation*

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

^c e) *La nécessité de légiférer*

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

VII. Disposition

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

VII. Dispositif

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

The Appeal

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

Le pourvoi

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

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

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

The Cross-Appeal

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

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

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

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

APPENDIX A

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

I. HISTORY OF CATALYTIC PLANS

A. THE 1959 CATALYTIC PLAN

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

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

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

Le pourvoi incident

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

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

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

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

ANNEXE A

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

[TRADUCTION]

I. HISTORIQUE DES RÉGIMES DE CATALYTIC

A. LE RÉGIME DE 1959 DE CATALYTIC

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

SECTION V TRUST FUND

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

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

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

SECTION VIII MEMBERS' ACCOUNTS

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

1. Member's Account

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

2. The Company Account

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

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

SECTION XXII FUTURE OF THE PLAN

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

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

ARTICLE V CAISSE EN FIDUCIE

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

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

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

ARTICLE VIII LES COMPTES DES PARTICIPANTS

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

1. Compte du participant

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

2. Compte de la compagnie

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

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

ARTICLE XXII AVENIR DU RÉGIME

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

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

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

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

B. TRUST AGREEMENT

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

b B. ACTE DE FIDUCIE

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

ARTICLE I

ESTABLISHMENT OF TRUST

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

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

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

ARTICLE I

CONSTITUTION D'UNE FIDUCIE

1. Le présent acte fait partie du RÉGIME.

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

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

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

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

ARTICLE V

MODIFICATION ET CESSATION

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

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

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

C. THE 1966 CATALYTIC PLAN

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

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

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

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

D. THE 1978 CATALYTIC PLAN

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

SECTION 2 — DEFINITIONS

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

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

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

C. LE RÉGIME DE 1966 DE CATALYTIC

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

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

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

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

D. LE RÉGIME DE 1978 DE CATALYTIC

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

ARTICLE 2 — DÉFINITIONS

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

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

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

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

SECTION 4 — CONTRIBUTIONS

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

SECTION 17 — AMENDMENT TO OR TERMINATION OF THE PLAN

17.01 Continuation of Plan

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

17.02 Amendment of Plan

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

17.03 Discontinuance of Plan

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

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

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

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

ARTICLE 4 — COTISATIONS

4.03 La compagnie cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent, certifie comme étant nécessaire pour verser les prestations de retraite qui, aux termes du régime, sont dues aux participants au cours de l'année en cours et pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises conformément aux exigences de la Pension Benefits Act.

ARTICLE 17 — MODIFICATION OU CESSATION DU RÉGIME

17.01 Maintien du régime

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

17.02 Modification du régime

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

17.03 Cessation du régime

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

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

17.05 Distribution of Benefits

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

II. A HISTORY OF THE STERNS PLANS

A. THE 1962 STEARNS PLAN

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

B. THE 1970 STEARNS PLAN

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

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

17.05 Distribution des prestations

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

II. HISTORIQUE DES RÉGIMES DE STEARNS

g A. LE RÉGIME DE 1962 DE STEARNS

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

i B. LE RÉGIME DE 1970 DE STEARNS

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

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

The 1970 Stearns Plan provided that:

ARTICLE I

DEFINITIONS

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

ARTICLE II

ESTABLISHMENT OF THE PLAN

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

ARTICLE IV

CONTRIBUTIONS

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

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

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

Le régime de 1970 de Stearns prévoyait ceci:

ARTICLE I

DÉFINITIONS

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

ARTICLE II

CONSTITUTION DU RÉGIME

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

ARTICLE IV

COTISATIONS

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

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

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

ARTICLE XIII

RETIREMENT FUND

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

ARTICLE XIV

Amendment or Termination of the Plan

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

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

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

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

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

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

ARTICLE XIII

CAISSE DE RETRAITE

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

ARTICLE XIV

Modification ou cessation du régime

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

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

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

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

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

C. BROCHURE . . .

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

Future of the Plan

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

D. THE 1977 STEARNS PLAN . . .

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

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

ARTICLE I

DEFINITIONS

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

ARTICLE IV

CONTRIBUTIONS

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

C. BROCHURE . . .

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

Avenir du régime

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

D. LE RÉGIME DE 1977 DE STEARNS . . .

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

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

ARTICLE I

DÉFINITIONS

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

ARTICLE IV

COTISATIONS

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

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

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

ARTICLE XIII

ESTABLISHMENT OF THE FUND

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

ARTICLE XIV

AMENDMENT OR TERMINATION OF THE PLAN

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

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

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

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

ARTICLE XIII

CONSTITUTION DE LA CAISSE

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

ARTICLE XIV

MODIFICATION OU CESSATION DU RÉGIME

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

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

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

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

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

E. THE 1982 STEARNS PLAN CONSOLIDATION ...

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

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

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

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

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

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

E. LA CONSOLIDATION DU RÉGIME DE 1982 DE STEARNS

E. LA CONSOLIDATION DU RÉGIME DE 1982 DE STEARNS

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

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

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

III. THE STEARNS CATALYTIC PENSION PLANS

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

These plans contained, . . . the following terms:

SECTION 1 — ESTABLISHMENT OF THE PLAN

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

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

SECTION 2 — DEFINITIONS

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

2.24 “Trustee” means the trustees, trust company or insurance company that the Company may appoint from time to time, to hold and invest the Pension Fund.

2.25 “Trust Agreement” means the agreement entered into between the Company and the Trustee establishing and maintaining the Pension Fund.

SECTION 4 — CONTRIBUTIONS

4.03 The Company shall contribute from time to time, but not less frequently than annually, such amounts as are not less than those certified by the Actuary as necessary to provide the retirement benefits accruing to Members during the current year pursuant to the Plan and to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued, in accordance with

III. LES RÉGIMES DE RETRAITE DE STEARNS CATALYTIC

[E]n 1983, lors de la fusion de Stearns et de Catalytic, la compagnie a créé deux régimes de retraite Stearns Catalytic. . . .

Ces régimes prévoyaient [. . .] ce qui suit:

ARTICLE 1 — CONSTITUTION DU RÉGIME

Les prestations prévues au présent régime, relativement aux années de service antérieures au 1^{er} octobre 1983, tiennent lieu de toutes les prestations auxquelles une personne, active ou à la retraite, peut avoir eu droit en vertu de l'un de ces régimes antérieurs, et en aucun cas ne doivent être inférieures aux prestations auxquelles elle avait droit en vertu de ces régimes antérieurs.

À compter du 1^{er} octobre 1983, les caisses de retraite respectives des régimes de Catalytic Enterprises et de Stearns-Roger seront fusionnées et détenues conjointement en une seule caisse au bénéfice des participants au présent régime de retraite pour les employés (cadres supérieurs) de la division de la construction de Stearns Catalytic Ltd.

ARTICLE 2 — DÉFINITIONS

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

2.24 «Fiduciaire». Les fiduciaires, compagnies de fiducie ou compagnies d'assurances que la compagnie peut désigner à l'occasion pour détenir et investir la caisse de retraite.

2.25 «Acte de fiducie» L'entente conclue entre la compagnie et le fiduciaire, qui établit et maintient la caisse de retraite.

ARTICLE 4 — COTISATIONS

4.03 La compagnie cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme au moins égale à celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite et de tout autre facteur pertinent, certifie comme étant nécessaire pour verser les prestations de retraite qui, aux termes du régime, sont dues aux participants au cours de l'année en cours et pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé

the requirements of the Pension Benefits Act, after taking into account the assets of the Pension Fund and all other relevant factors.

ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises conformément aux exigences de la Pension Benefits Act.

6.05 Statutory Maximum Retirement Benefit

In no event shall the annual retirement benefit payable under the Plan in respect of the retirement or termination of service of a Member or termination of the Plan exceed the lesser of:

- a) \$1,715 for each year of the Member's Credited Service to a maximum of 35 years; and
- b) 2% of the Member's average best three (3) consecutive years' Earnings multiplied by his years of Credited Service, to a maximum of 35 years.

6.05 Prestations de retraite maximales prévues par la loi

En aucun cas, les prestations de retraite annuelles payables en vertu du régime, relativement à la retraite ou à la cessation d'emploi d'un participant ou à la cessation du régime, ne doit excéder le moindre des montants suivants:

- a) 1 715 \$ pour chaque année décomptée du participant, jusqu'à un maximum de 35 années;
- b) 2 % du salaire moyen touché par le participant pendant ses trois (3) meilleures années consécutives, multiplié par ses années décomptées, jusqu'à un maximum de 35 années.

SECTION 18 — AMENDMENT TO OR TERMINATION OF THE PLAN

18.01 Continuation of Plan

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

18.02 Amendment of Plan

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

18.03 Discontinuance of Plan

Should the Plan be wholly terminated, the Company shall not be obligated to make any further contributions to the Plan and the assets held under the Pension Fund shall be allocated for the provisions of the accrued benefits to which the Members, their Beneficiaries and their joint annuitants are entitled in such equitable manner as may be determined by the Company in consultation with the Actuary until all liabilities under the Plan have been met. Such benefits may be provided through the purchase of annuity contracts from insurance companies licensed to transact annuities business in Canada, in the form elected by the

ARTICLE 18 — MODIFICATION OU CESSATION DU RÉGIME

18.01 Maintien du régime

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

18.02 Modification du régime

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

18.03 Cessation du régime

S'il est mis fin en totalité au régime, la compagnie n'est tenue de verser aucune cotisation supplémentaire au régime, et l'actif de la caisse de retraite est affecté au versement des prestations accumulées auxquelles les participants, leurs ayants droit et leur rentier conjoint ont droit, d'une manière juste que peut déterminer la compagnie de concert avec l'actuaire, jusqu'à ce que toutes les obligations créées par le régime soient remplies. Ces prestations peuvent être versées au moyen de l'achat de contrats de rente auprès de compagnies d'assurances autorisées à conclure des contrats de rente au Canada, selon la forme

Members, or through the continuation of the Trust Agreement for this purpose. If the assets of the Pension Fund are not sufficient to provide the aforementioned accrued benefits, the Pension Fund shall be allocated in a manner approved under the Pension Benefits Act.

18.05 Distribution of Benefits

If, after full provision has been made for the accrued benefits payable to the Members, their Beneficiaries and their joint annuitants, there should remain any excess assets in the Pension Fund, such excess shall be used as the Company or liquidator or trustee in bankruptcy, if appropriate, may direct.

Any distribution of the Pension Fund resulting from termination of the Plan shall be in accordance with the applicable provisions of the Pension Benefits Act and the Income Tax Act, and with the rules and regulations of the Department of National Revenue with respect to registered pension plans.

The distribution of the assets of the fund must not result in a Member's retirement benefits exceeding the maximum indicated in Section 6.05 hereof. If any surplus remains in the Fund after all allocations have been made, such surplus shall be refunded to the Company.

The contributions made to the Stearns Catalytic Pension Plans [were] provided to Confederation Life Insurance Company under the terms of an Investment Contract dated October 29, 1984. . . .

[This contract] provided . . . that:

PROVISION 6 — WITHDRAWALS

6.1 Confederation Life shall make withdrawals from the Accounts in order to make payments as designated in writing by the Contractholder provided that any such withdrawal shall be for the sole purpose of making payments in accordance with one of the following conditions:

(c) Payments to the Contractholder of any certified actuarial surplus as may be approved by any

choisie par les participants, ou par le maintien de l'acte de fiducie à cette fin. Si l'actif de la caisse de retraite n'est pas suffisant pour verser lesdites prestations accumulées, la caisse de retraite est répartie conformément à la Pension Benefits Act.

b 18.05 Distribution des prestations

Si, après le versement de toutes les prestations accumulées aux participants, à leurs ayants droit et à leur rentier conjoint, la caisse de retraite accuse un surplus, celui-ci est utilisé comme la compagnie, le liquidateur ou le syndic de faillite, s'il y a lieu, le prescrit.

Toute distribution de la caisse de retraite qui résulte de la cessation du régime doit être conforme aux dispositions applicables de la Pension Benefits Act et de la Loi de l'impôt sur le revenu, et aux règles et règlements du ministère du Revenu national relatifs aux régimes de retraite enregistrés.

La distribution de l'actif de la caisse ne doit pas avoir pour effet de porter les prestations de retraite d'un participant au-delà du maximum prévu à l'article 6.05 des présentes. Si la caisse accuse un surplus après que toutes les prestations sont versées, ce surplus est remis à la compagnie.

Les cotisations versées dans les régimes de retraite de Stearns Catalytic [étaient] remises à La Confédération, Compagnie d'assurance-vie, en vertu des dispositions d'un contrat de placement en date du 29 octobre 1984. . . .

h [Ce contrat] prévoyait [. . .] que:

CLAUSE 6 — RETRAITS

6.1 La Confédération effectuera des retraits sur les comptes afin d'effectuer les paiements que le preneur désigne par écrit, en autant que ces retraits soient effectués à la seule fin d'effectuer des paiements conformément à l'une des conditions suivantes:

c) Paiements au preneur de tout surplus actuariel certifié que peut approuver tout organisme gou-

provincial or federal government body having jurisdiction in the matter.

vernemental provincial ou fédéral ayant compétence en la matière.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

SOPINKA J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)) — I have read the reasons of Justices Cory and McLachlin. Like McLachlin J. I agree with most of Cory J.'s conclusions but disagree with him on the question of entitlement to the surplus in the Catalytic plan. In my view, the surplus in the Catalytic plan reverts to the employer. However, I have arrived at this conclusion by a somewhat different route from McLachlin J.

LE JUGE SOPINKA (dissentent in part dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)) — J'ai lu les motifs des juges Cory et McLachlin. À l'instar du juge McLachlin, je souscris à la plupart des conclusions du juge Cory, sauf en ce qui concerne le droit au surplus du régime de Catalytic. À mon avis, ce surplus revient à l'employeur. Cependant, j'ai adopté un raisonnement quelque peu différent de celui du juge McLachlin pour en arriver à cette conclusion.

While I agree with Cory J. that all monies in the Catalytic pension fund, including the surplus, were impressed with a trust, this does not foreclose amendment of that trust. In the case of a pension plan, the nature of the rights of amendment will continue to depend upon the terms of the plan and the trust agreement, if any. In my view, nothing in the Catalytic plan precluded the company from exercising the express power of amendment in the plan so as to provide that any surplus funds would revert to it upon termination of the plan.

Bien que je convienne avec le juge Cory que tout l'argent dans la caisse de retraite de Catalytic, y compris le surplus, était assujéti à une fiducie, cela n'empêche pas cette dernière d'être modifiée. Dans le cas d'un régime de retraite, la nature des droits de modification dépendra toujours, le cas échéant, des modalités du régime et de l'acte de fiducie. À mon avis, rien dans le régime de Catalytic n'empêchait la compagnie d'exercer le pouvoir de modification qui y était expressément prévu de manière à préciser que toute somme excédentaire lui serait remise à la cessation du régime.

I should state at the outset that I agree with Cory J.'s conclusion that the parties intended Article V of the Trust Agreement to apply to all monies in the pension fund after 1966, including the surplus funds. Article V purports to restrict the company's right to make amendments which divert parts of the "FUND" and reads as follows:

Je tiens à indiquer, au départ, que je souscris à la conclusion du juge Cory que les parties souhaitaient que l'article V de l'acte de fiducie s'applique à toutes les sommes qui se trouveraient dans la caisse de retraite après 1966, y compris les sommes excédentaires. L'article V a pour effet de restreindre le droit de la compagnie d'effectuer des modifications détournant des parties de la «CAISSE». Il se lit ainsi:

[TRADUCTION]

ARTICLE V

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

MODIFICATION ET CESSATION

1. Subject as herein and in the PLAN provided, the Company reserves the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the PLAN (including this Agreement) provided that no such amendment which affects the rights, duties, compensation, or responsibilities of the Trustee

1. Sous réserve du présent acte et du RÉGIME, la compagnie se réserve le droit de modifier à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du RÉGIME (dont le présent acte), à condition qu'aucune modification de ce genre qui influe sur les droits, les obligations, la rétribution ou les responsabilités du fiduciaire ne soit effec-

shall be made without its consent, and provided further that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the FUND to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the PLAN as amended from time to time, and for the payment of taxes or other assessments as provided in paragraph 2 of Article II hereof, and the expenses and compensation of the Trustee as provided in paragraph 4 of Article IV hereof. [Emphasis added.]

Under the 1959 Catalytic Plan, the Trust Agreement was made part of the plan. It was clear that the terms upon which the monies contributed to that plan were to be held and administered were contained in both the plan and the Trust Agreement. The 1966 Catalytic Plan amended the 1959 Plan but retained a provision stating that all contributions to the plan were to be administered in accordance with the terms of the Trust Agreement. Thus it is clear that when the Catalytic Plan became a defined benefit plan in 1966, the parties intended the provisions of the Trust Agreement to continue to apply to monies contributed to the plan. Furthermore, at all relevant times the Trust Agreement provided that the "FUND" referred to in that Agreement included all the monies paid to the Trustee by the Company for the purpose of the plan, as well as the earnings, profit and increments therefrom. The Catalytic surplus is derived from monies contributed to the plan after 1966 and thus is obviously part of the Fund. Therefore, it follows that Article V applies to amendments concerning the use of the surplus.

This, however, does not end the matter. By its terms Article V is subject to the terms of the plan. Both the 1959 and the 1966 versions of the plan reserved broader powers of amendment to the company than those contained in Article V of the Trust Agreement. The relevant provisions of the 1959 Catalytic Plan are as follows:

tuée sans son consentement, et à condition que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la CAISSE soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME tel que modifié à l'occasion, ou conformément à celui-ci, et aux fins du paiement des impôts ou autres cotisations prévus au paragraphe 2 de l'article II des présentes, ainsi que des frais et de la rétribution du fiduciaire, prévus au paragraphe 4 de l'article IV des présentes. [Je souligne.]

Le régime de 1959 de Catalytic a incorporé l'acte de fiducie. Il était clair que les modalités suivant lesquelles les sommes versées à ce régime devaient être détenues et administrées se retrouvaient à la fois dans le régime et dans l'acte de fiducie. Le régime de 1966 de Catalytic a modifié le régime de 1959, tout en maintenant la disposition en vertu de laquelle toutes les cotisations au régime devaient être administrées conformément à l'acte de fiducie. Il est donc évident que, lorsque le régime de Catalytic est devenu un régime à prestations déterminées en 1966, les parties souhaitaient que les dispositions de l'acte de fiducie continuent de s'appliquer aux cotisations versées dans le régime. En outre, à toutes les époques pertinentes, l'acte de fiducie prévoyait que la «CAISSE» mentionnée dans l'acte comprenait toutes les sommes versées au fiduciaire par la compagnie aux fins du régime, de même que les gains, les profits et les accroissements réalisés. Le surplus du régime de Catalytic provenait des cotisations qui y avaient été versées après 1966 et il faisait donc nettement partie de la caisse. Aussi l'article V s'applique-t-il aux modifications concernant l'utilisation du surplus.

Cela ne met toutefois pas un terme à la discussion. De par son texte même, l'article V est assujéti aux modalités du régime. Les versions de 1959 et de 1966 du régime réservaient à la compagnie des pouvoirs de modification plus larges que ceux prévus à l'article V de l'acte de fiducie. Les dispositions pertinentes du régime de 1959 de Catalytic sont les suivantes:

SECTION XXII FUTURE OF THE PLAN

1. The Company hopes and expects to continue the Plan and the payment of contributions hereunder indefinitely but such continuance is not assumed as a contractual obligation. The Company expressly reserves the right, by action of its Board, to amend or terminate the Plan in whole or in part, if in the opinion of the Company future conditions warrant such action.
2. No amendment to the Plan shall operate to reduce the benefits which have occurred [sic] to the Members of the Plan prior to the date of amendment.
3. In the event of termination of the Plan, the Company cannot recover any sums paid to the date thereof and each Member of the Plan shall receive the proceeds of his Member's Account and his Company Account as of the date of such termination. No other employees will become eligible to become Members and no further contributions will be made by the Company.

These provisions were carried over into the 1966 version of the Catalytic plan, renumbered as Section XXI. By virtue of those provisions, the only limitation upon the company's power to amend the plan was that no amendment could reduce accrued benefits. The right to receive surplus monies in the pension fund was not a benefit which had accrued to the members of the plan at the time that the company amended the plan to permit the surplus to be distributed to itself. Under the terms of the 1959 and 1966 plan the employees may have obtained a right to the surplus upon termination of the plan, but no such right had accrued to them prior to termination. Even if such a right could be said to have accrued at the time of amendment, it is not a benefit contemplated by that provision. The benefits contemplated by the plan are those to which the members were entitled pursuant to other Articles of the plan. The right to the surplus is not one of those benefits. Indeed, when Article XXII.2 was drafted, it could not have referred to a surplus because no surplus was possible under a defined contribution plan. For both these reasons I conclude that from the outset the company reserved the power to amend the Catalytic plan so as to permit any surplus to be distributed to itself.

[TRADUCTION]

ARTICLE XXII AVENIR DU RÉGIME

1. La compagnie souhaite et compte maintenir indéfiniment le régime et le paiement des cotisations ci-dessous, ce maintien ne constituant toutefois pas une obligation contractuelle. La compagnie se réserve expressément le droit, par l'entremise de son conseil, de modifier le régime ou d'y mettre fin en totalité ou en partie si, à son avis, des circonstances futures le justifient.
2. Aucune modification du régime n'a pour effet de réduire les prestations des participants qui ont été accumulées avant la date de la modification.
3. En cas de cessation du régime, la compagnie ne peut recouvrer les sommes versées jusqu'à cette date et chaque participant reçoit le produit qui, à la date de la cessation, se trouve dans son compte et dans celui de la compagnie établi en son nom. Aucun autre employé ne pourra devenir participant et aucune autre cotisation ne sera versée par la compagnie.

En vertu de ces dispositions, reprises à l'article XXI de la version de 1966 du régime de Catalytic, le pouvoir de la compagnie de modifier le régime était assujéti à la seule condition qu'aucune modification ne réduise les prestations accumulées. Le droit de recevoir les sommes excédentaires de la caisse de retraite n'était pas une prestation que les participants avaient accumulée au moment où la compagnie a modifié le régime de manière à permettre que le surplus lui soit versé. En vertu des dispositions du régime de 1959 et de 1966, les employés ont pu obtenir le droit au surplus à la cessation du régime, mais ils n'avaient pas ce droit avant la cessation. Même si on pouvait dire qu'ils avaient ce droit à l'époque de la modification, ce n'est pas une prestation envisagée par la disposition en question. Les prestations envisagées par le régime sont celles auxquelles les participants avaient droit conformément à d'autres articles du régime. Le droit au surplus n'en est pas une. En fait, lorsque l'article XXII.2 a été rédigé, il n'aurait pu mentionner un surplus puisque aucun surplus n'était possible dans le cadre d'un régime à cotisations déterminées. Pour ces deux raisons, je conclus que, dès le départ, la compagnie s'est réservé le pouvoir de modifier le régime de Catalytic de façon à permettre que tout surplus lui soit versé.

Assuming that a provision disposing of the surplus in favour of the employer is a partial revocation, I see no magic in the use of those specific words. If the powers of amendment are sufficiently explicit to permit a change which is in law a partial revocation, they should be given effect. After all, a trust can be created by the use of apt words without express reference to a trust. Words are apt to create a trust if the intention of the settlor is clear. Conversely, limitations on the nature of the trust must surely be determined on the same basis.

It is the contention of the respondents that the right to the surplus is an accrued benefit and a reduction of accrued benefits is a revocation or partial revocation of the trust. The fact that reduction in accrued benefits was made an express exception from the power of amendment shows that when the trust was created the parties considered that in the absence of this exception the power of amendment would extend to reduce accrued benefits. It follows that the power of amendment included the power to make changes having the effect of revocation or partial revocation. The real issue, therefore, is whether the right to the surplus comes within the exception. For the reason I have given above, it does not.

As Cory J. points out, there is a fundamental disagreement in the authorities as to whether a power of amendment can be sufficiently explicit to include a power of revocation. This disagreement is said to derive from the conflicting views expressed in Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984) and Scott, *The Law of Trusts* (4th ed. 1989), vol. 4. As I understand my colleague's reasons, he would apply a statement in Waters as requiring nothing short of the use of the actual words "power of revocation" in order to permit the settlor to effect a change which would amount to a revocation or partial revocation. With respect, I am of the opinion that Waters does not go that far. In the passage to which my colleague refers and

À supposer qu'une disposition prévoyant la remise du surplus à l'employeur constitue une révocation partielle, je ne vois rien de magique dans l'utilisation de ces mots précis. Si les pouvoirs de modification sont suffisamment explicites pour permettre un changement qui, en droit, constitue une révocation partielle, ils devraient avoir effet. Après tout, une fiducie peut être créée par l'utilisation de mots appropriés sans mention expresse d'une fiducie. Les mots sont susceptibles de créer une fiducie si l'intention du constituant est claire. À l'inverse, les restrictions quant à la nature de la fiducie doivent sûrement être déterminées de la même façon.

Les intimés font valoir que le droit au surplus est une prestation accumulée et qu'une réduction des prestations accumulées constitue une révocation totale ou partielle de la fiducie. Le fait que la réduction des prestations accumulées ait été soustraite expressément au pouvoir de modification démontre qu'au moment de la création de la fiducie, les parties ont considéré qu'en l'absence de cette exception le pouvoir de modification permettrait de réduire les prestations accumulées. Il s'ensuit que le pouvoir de modification incluait le pouvoir d'effectuer des changements ayant l'effet d'une révocation totale ou partielle. La véritable question est donc de savoir si le droit au surplus tombe sous le coup de cette exception. Pour la raison exposée ci-dessus, la réponse à cette question est non.

Comme le juge Cory le souligne, il existe dans la jurisprudence un désaccord fondamental quant à savoir si un pouvoir de modification peut être suffisamment explicite pour inclure un pouvoir de révocation. On dit de ce désaccord qu'il découle des opinions opposées exprimées dans Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), et Scott, *The Law of Trusts* (4^e éd. 1989), vol. 4. Si je comprends bien les motifs de mon collègue, il interpréterait un passage de Waters comme ne requérant rien de moins que l'utilisation des mots «pouvoir de révocation» eux-mêmes pour que le constituant puisse effectuer un changement équivalant à une révocation totale ou partielle. En toute déférence, je suis d'avis que Waters ne va pas aussi loin. Dans

which was quoted by Zuber J.A. in *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, at p. 600, the learned author states: "A settlor cannot revoke his trust unless he has expressly reserved the power to do so." I do not read this to mean that if the settlor uses language that, when interpreted by reference to the usual canons of construction, clearly establishes an intention to include changes having the effect of revocation, the absence of the magic words is fatal. Nor do I believe that Zuber J.A. was of the opinion that no power of amendment could authorize a change having the effect of revocation. It is clear that he was of the opinion that, in applying the statement in *Waters*, the appropriate inquiry was whether the wording of the relevant documents could be interpreted to authorize a change having the effect of revocation. At page 600, he stated:

The appellant does not take issue with these general principles [stated in *Waters*] but asserts that it has reserved a power of amendment which is wide enough to entitle him to recover surplus funds. In my opinion, this proposition is simply untenable. The language of the trust agreement and the pension plan do not support such an argument. The section in the pension plan (prior to the 1981 amendment) dealing with the powers of amendment specifically affirms the irrevocability of the contributions and the fact that the members of the plan are the sole beneficiaries.

The terms of the trust agreement and plan in *Reeve*, *supra*, were not identical to the wording of the agreements in this case.

But even if *Waters* stands for the proposition advanced by Cory J., the logic of the contrary position, which is stated in Scott, *The Law of Trusts*, *supra*, and adopted by McLennan J. in *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.), and the British Columbia Court of Appeal in *Hockin v. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, appeals to me in preference to a formulaic approach that would disregard the clear intention of the parties. Nor am I persuaded that we should adopt a rule of interpretation that ignores the clear intention of the parties in order to maintain the

l'extrait auquel mon collègue renvoie et que cite le juge Zuber dans l'arrêt *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, à la p. 600, l'auteur écrit: [TRADUCTION] «Le constituant ne peut révoquer sa fiducie que lorsqu'il s'est expressément réservé le pouvoir de le faire.» Je ne considère pas que cela signifie que, si le constituant utilise un langage qui, lorsqu'il est interprété selon les principes ordinaires d'interprétation, exprime clairement l'intention d'inclure des changements ayant l'effet d'une révocation, l'absence des mots magiques est fatale. Je ne crois pas non plus que le juge Zuber était d'avis qu'aucun pouvoir de modification ne pouvait autoriser un changement ayant l'effet d'une révocation. Il estimait de toute évidence qu'en appliquant les propos de *Waters*, il fallait se demander si le texte des documents pertinents pouvait être interprété comme autorisant un changement ayant l'effet d'une révocation. À la page 600, il dit:

[TRADUCTION] L'appelante ne conteste pas ces principes généraux [exposés dans *Waters*], mais elle soutient s'être réservé un pouvoir de modification suffisamment large pour lui permettre de recouvrer les sommes excédentaires. À mon avis, cette proposition est tout simplement intenable. Le texte de l'acte de fiducie et du régime de retraite ne justifie pas un tel argument. L'article qui, dans le régime de retraite (avant la modification de 1981), traitait des pouvoirs de modification confirme expressément l'irrévocabilité des cotisations et le fait que les participants au régime en sont les bénéficiaires exclusifs.

Le texte de l'acte de fiducie et du régime dans l'affaire *Reeve*, précitée, n'était pas identique à celui des ententes en l'espèce.

Mais même si *Waters* appuie la proposition avancée par le juge Cory, la logique de la position contraire, exposée dans Scott, *The Law of Trusts*, *op. cit.*, et adoptée par le juge McLennan dans l'affaire *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.), et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Hockin v. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, me plaît davantage qu'une méthode fondée sur une formule qui ferait abstraction de l'intention manifeste des parties. Je ne suis pas non plus convaincu que nous devions adopter une règle d'interprétation qui ignore l'in-

fundamental character of a trust. Trusts can be revocable or irrevocable. Neither is more fundamental than the other. All we are debating is the means by which we distinguish one from the other. Moreover, the true nature of a trust established as part of a pension plan is to provide funds needed to pay the benefits which accrued to employees under the plan. A power of amendment which is qualified by the requirement that it cannot be used to reduce accrued benefits is not inconsistent with the fundamental purpose of a defined benefits pension trust.

Cory J. also reasons that the circumstances which prevailed when the plans in question were created support his interpretation of the breadth of the power of amendment. In my view, however, the most relevant of those circumstances is the fact that neither the company nor the employees appear to have foreseen the existence of a surplus when the plan was created. In fact, there was no reason for the employees to expect to receive anything more than the defined benefits set out in the plan. Therefore, I see nothing inequitable in allowing the employer to take advantage of the broad amending power to distribute the surplus to itself, so long as it did nothing to reduce the level of benefits provided to the employees.

As far as the tax legislation in force when the plans were created is concerned, I agree with Cory J.'s observation that the tax motivations of the parties to pension plans are of limited relevance in interpreting those plans. I note however that the Catalytic plan expressly stated that the plan was structured so as to ensure that the company's contributions were deductible under the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, and any amendments thereto. It is not unreasonable to infer that the broad amending power retained in the 1959 Catalytic plan and subsequent versions of the plan was retained in part to deal with changes in income tax legislation. The amendment of the 1983 Air Products Plan to include Section 18.05 was required by Revenue Canada in order to comply with the pension plan registration requirements under the

tention manifeste des parties afin de préserver le caractère fondamental d'une fiducie. La fiducie est soit révocable, soit irrévocable. Aucune n'est plus fondamentale que l'autre. Ce sont les moyens de les distinguer l'une de l'autre qui font l'objet de notre discussion. De plus, la fiducie créée dans le cadre d'un régime de retraite a véritablement pour objet de fournir l'argent nécessaire pour verser les prestations dues aux employés en vertu du régime. Le pouvoir de modification assujéti à l'interdiction d'y avoir recours pour réduire les prestations accumulées n'est pas incompatible avec l'objectif fondamental d'une fiducie de régime à prestations déterminées.

Le juge Cory estime également que les circonstances dans lesquelles les régimes en question ont été créés justifient son interprétation de la portée du pouvoir de modification. À mon avis, toutefois, la plus pertinente de ces circonstances est le fait que ni la compagnie ni les employés ne semblent avoir prévu l'existence d'un surplus lorsque le régime a été créé. En fait, les employés n'avaient aucune raison de s'attendre à recevoir plus que les prestations déterminées dans le régime. Par conséquent, je ne vois rien d'injuste à autoriser l'employeur à tirer profit du pouvoir général de modification pour s'attribuer le surplus, en autant qu'il ne fait rien pour réduire le montant des prestations garanties aux employés.

En ce qui concerne la législation fiscale en vigueur à l'époque de la création des régimes, je souscris à l'observation du juge Cory selon laquelle les motivations des parties aux régimes de retraite, sur le plan fiscal, ont une pertinence limitée pour ce qui est d'interpréter ces régimes. Je remarque toutefois que le régime de Catalytic prévoyait expressément qu'il était structuré de façon à garantir la déductibilité des cotisations de la compagnie sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, et de ses modifications. Il n'est pas déraisonnable de déduire que le maintien du pouvoir général de modification dans le régime de 1959 de Catalytic et ses versions subséquentes visait en partie à répondre aux changements survenus dans la législation fiscale. La modification du régime de 1983 d'Air Products, de

Income Tax Act. Therefore, if anything, consideration of the parties' tax motivations supports a broad interpretation of the power of amendment.

Moreover, the approach which Cory J. adopts may make it difficult for the numerous pension plans that had an existence prior to 1981, which do not have an express power of revocation, to conform with the new registration requirements. Both Information Circulars Nos. 72-13R7 (1981) and No. 72-13R8 (1988) provide that the plan must contain a provision permitting an actuarial surplus to be refunded to the employer on termination of the plan. This requirement has apparently been incorporated in ss. 8502(c) and 8503(4)(c) of the *Income Tax Regulations*. The Minister has indicated that these regulations may be amended; for the time being, however, they have the force of law.

For the above reasons I conclude that Section 17.05 of the 1978 plan was a valid amendment to the Catalytic plan, as was Section 18.05 of the 1983 Air Products plan. Pursuant to those provisions the surplus in the Catalytic plan should revert to the company. In light of the result which I have reached by interpreting the terms of the plan it is not necessary for me to consider whether the funds could revert to the employer by the operation of a resulting trust.

In the result I would dispose of the appeals as proposed by Cory J., except with regards to the distribution of the surplus in the Catalytic plan. In this respect, I would allow the appeals with costs.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)) — I have read the reasons of Justice Cory. I agree with his conclusions except on the question of the right to surplus on the Catalytic plan. In my view, the surplus on the Catalytic

manière à inclure l'art. 18.05, a été exigée par Revenu Canada afin que soient respectées les conditions d'enregistrement des régimes de retraite sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

^a Par conséquent, l'analyse des motivations des parties sur le plan fiscal appuie plutôt une interprétation large du pouvoir de modification.

En outre, le point de vue adopté par le juge Cory peut faire en sorte qu'il sera difficile de rendre conformes aux nouvelles conditions d'enregistrement les nombreux régimes de pension qui existaient avant 1981 et qui ne prévoyaient aucun pouvoir exprès de révocation. Les circulaires d'information nos 72-13R7 (1981) et 72-13R8 (1988) prévoient toutes deux que le régime doit contenir une disposition permettant de remettre un surplus actuariel à l'employeur à la cessation du régime. Cette exigence a apparemment été incorporée dans les al. 8502(c) et 8503(4)(c) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Le ministre a indiqué que ce règlement peut être modifié; toutefois, il a force de loi pour le moment.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'art. 17.05 du régime de 1978 était une modification valide du régime de Catalytic, tout comme l'art. 18.05 du régime de 1983 d'Air Products. Conformément à ces dispositions, le surplus accumulé dans le régime de Catalytic devrait être remis à la compagnie. Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée en interprétant les modalités du régime, il ne m'est pas nécessaire d'examiner si les sommes pourraient revenir à l'employeur en vertu d'une fiducie par déduction.

En définitive, je suis d'avis de trancher les pourvois de la façon proposée par le juge Cory, sauf en ce qui concerne la répartition du surplus du régime de Catalytic, au sujet de laquelle j'accueillerais les pourvois avec dépens.

ⁱ Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)) — J'ai lu les motifs du juge Cory et je souscris à ses conclusions sauf en ce qui concerne la question du droit au surplus du régime de retraite de Catalytic. À

Plan reverts to the employer, either on the terms of the plan or on the basis of the doctrine of resulting trust.

Background: Situating the Problem

Modern private pension plans date to the late 19th century. Fundamental and pervasive societal changes — large scale industrialization coupled with the breakdown of family, village and church assistance networks — produced a need to devise methods of caring for those past working age. Employer-sponsored private pension plans, supplemented later by government plans, were the response. Today, together with personal savings, private and public pension plans provide the primary source of income for retired Canadians.

There are two main types of pension plans. In the first type, the “defined contribution” plan, the amount paid in by the contributors to the fund is set. The eventual size of the employee’s annuity is determined by the rate of return on the invested contributions. It follows that a low rate of return on investment will result in a smaller pension than if the rate of return is high. While the employer contributes to the plan, the employer does not guarantee the amount of the annuity. The employee is not assured of any particular benefit. The 1959 Catalytic plan was this sort of plan.

In the other type of pension plan, the “defined benefit” or “money purchase” plan, the employee, who may or may not contribute to the fund, is assured of a certain monetary benefit upon retirement. An actuary is employed to determine the amount of contribution which the employer must make in order to ensure that the plan can meet its present and future obligations. The market risk, assumed by the employee in a defined contribution plan, falls on the employer in a defined benefit plan. If, at any time, the plan is unable to meet its obligations, the employer is liable to make up any shortfall. For these two reasons — the guarantee of

mon avis, ce surplus revient à l’employeur en vertu des modalités du régime ou en raison du principe de la fiducie par déduction.

a Historique: exposé du problème

Les régimes de retraite privés contemporains datent de la fin du XIX^e siècle. À la suite des changements fondamentaux et globaux que la société a connus — l’industrialisation à grande échelle conjuguée à la détérioration des réseaux d’aide axés sur la famille, le village et l’Église — il a fallu concevoir des moyens de s’occuper des personnes ayant atteint l’âge de retraite, ce qu’on a fait en créant des régimes de retraite d’employeur privés, auxquels sont par la suite venus s’ajouter les régimes d’État. De nos jours, avec l’épargne personnelle, les régimes de pension privés et publics constituent la principale source de revenu des Canadiens retraités.

Il y a deux principaux genres de régimes de retraite. Dans le premier genre, soit le régime «à cotisations déterminées» ou «à formule d’achat», le montant versé par les cotisants est fixe. Le montant éventuel de la rente de l’employé est fonction du revenu de placement du régime. Il s’ensuit que si le taux de rendement des placements est peu élevé, le montant de la prestation sera inférieur à ce qu’il aurait été si le taux de rendement avait été élevé. Même s’il cotise au régime, l’employeur ne garantit pas le montant de la rente. Aucune prestation particulière n’est garantie à l’employé. Le régime de 1959 de Catalytic était un régime de ce genre.

Dans l’autre genre de régime de retraite, soit le régime «à prestations déterminées», l’employé est assuré de toucher certaines prestations au moment de sa retraite, et ce, qu’il cotise ou non à la caisse. On a recours aux services d’un actuaire pour calculer le montant de la cotisation que l’employeur doit verser afin de garantir que le régime puisse satisfaire à ses obligations actuelles et futures. Le risque du marché, qui est assumé par l’employé dans le régime à cotisations déterminées, incombe à l’employeur dans le régime à prestations déterminées. Si, à un moment donné, le régime ne peut pas satisfaire à ses obligations, l’employeur est tenu de

a certain benefit and the assumption by the employer of the market risk — a defined benefit plan is regarded as more advantageous to employees than a defined contribution plan.

The defined benefit plan possesses a feature which the defined contribution plan does not — a feature which is at the heart of this appeal, the actuarial surplus. A defined contribution plan can never have a surplus; everything, after deduction of taxes and expenses, must be paid out to the pensioners. However a surplus may accumulate in a defined benefit plan when the amount in the fund exceeds the amount required to meet the defined benefits as calculated by the actuary.

In valuing the assets of a pension plan, the actuary must take into account a number of factors and make assumptions about each of them. These factors include the rate of investment return, the rate of price inflation, salary increases, rates of mortality for active and retired members, rates of employee turnover, incidence of disability and utilization of early retirement options. As might be expected, actuaries advising employers tend to err on the side of caution to produce what is called an “experience gain” rather than an “experience deficiency”, since the latter would deprive pensioners of the benefits guaranteed to them.

In the early 1980s this actuarial conservatism combined with a particular set of economic factors to produce massive surpluses in many pension funds. These factors included the level of interest rates — as high as 20 percent at one point — which gave returns on investments in fixed value securities far in excess of those predicted. The stock market boom from 1982 to 1987 also resulted in much higher capital gains than were anticipated. Furthermore, the recession of 1981-82 caused widespread layoffs of employees who had no vested right to pension benefits. Money contribu-

combler tout déficit. C'est pour ces deux raisons — la garantie de certaines prestations et le fait que l'employeur assume le risque du marché — que le régime à prestations déterminées est considéré comme plus avantageux pour les employés que le régime à cotisations déterminées.

Le régime à prestations déterminées comporte une caractéristique qui n'existe pas dans le régime à cotisations déterminées — une caractéristique qui constitue le nœud du présent litige: le surplus actuariel. Dans un régime à cotisations déterminées, il ne peut jamais y avoir de surplus: tout l'argent, une fois les impôts et les frais déduits, doit être versé aux pensionnés. Toutefois, dans un régime à prestations déterminées, il peut y avoir un surplus si le montant qui est dans la caisse excède le montant nécessaire pour verser les prestations déterminées calculées par l'actuaire.

En évaluant l'actif d'un régime de retraite, l'actuaire doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs et formuler des hypothèses sur chacun d'eux. Ces facteurs comprennent le taux de rendement des placements, le taux d'inflation, les hausses de salaire, le taux de mortalité des participants actifs et retraités, le taux de roulement du personnel, la fréquence des invalidités et le recours aux options de retraite anticipée. Comme on pourrait s'y attendre, les actuaires qui conseillent les employeurs ont tendance à se montrer plutôt prudents, de façon à produire ce qu'on appelle un «gain actuariel» plutôt qu'un «déficit actuariel», étant donné que pareil déficit aurait pour effet de priver les pensionnés des prestations qui leur étaient garanties.

Au début des années 1980, en raison de la prudence dont faisaient preuve les actuaires et d'un ensemble particulier de facteurs économiques, de nombreuses caisses de retraite ont accumulé des surplus considérables. Parmi ces facteurs, il y a les taux d'intérêt qui ont atteint, à un moment donné, les 20 pour 100 et qui ont entraîné des revenus de placement dans les titres à valeur fixe fort supérieurs à ce qu'on avait prévu. De 1982 à 1987, le boom boursier a également entraîné des gains en capital beaucoup plus élevés que prévu. En outre, la récession de 1981-1982 a provoqué de nombreux

uted on their account remained in the plan and either reduced unfunded liability for other employees or fell into surplus. At the same time, employers, uncertain as to whether they could use surplus for ongoing funding, often continued to contribute to over-funded plans in years when investment returns were at their highest, increasing existing surpluses: Gary Nachshen, "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989. The result of these events was to increase pension surpluses in Canada which, by 1982, had already been estimated to be between \$4 billion and \$8 billion: D. Don Ezra, *The Struggle for Pension Fund Wealth* (1983).

So long as a pension plan remains operational, hefty surpluses pose no problem except perhaps to employers wondering whether they can use the surplus for current funding needs, taking a "contribution holiday". When a plan terminates, however, the question arises of who is entitled to the surplus. That is the problem that faces us on this appeal. It is not, we are told, an isolated one. Many plans such as this were set up in the 1960s and the decades that followed. Few contained express provisions as to distribution of surplus.

The Catalytic plan in this appeal was set up in 1959 as a defined contribution plan. As one would expect in that type of plan, all funds would ultimately be paid out to the pensioners or beneficiaries. There could be no surplus.

In 1966, however, the plan was changed to a defined benefit plan and the possibility of a surplus arose. In 1978, the Plan Agreement was redrafted. This restatement raised for the first time the issue of what should be done with any surplus. It empowered the company to use the surplus as it

ses mises à pied d'employés qui n'avaient pas de droits acquis à des prestations de retraite. Les cotisations versées dans leur compte sont demeurées dans le régime et ont servi à réduire le passif non capitalisé pour les autres employés ou ont constitué un surplus. En même temps, les employeurs, qui n'étaient pas certains de pouvoir utiliser le surplus aux fins du financement courant, ont souvent continué de cotiser à des régimes financés en trop pendant les années où les revenus de placement avaient atteint un point culminant, ce qui a eu pour effet d'augmenter les surplus existants: Gary Nachshen, «Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate», dans *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989. Il en est résulté une augmentation des surplus de caisse de retraite au Canada, dont le montant estimatif, en 1982, était déjà de 4 à 8 milliards de dollars: D. Don Ezra, *The Struggle for Pension Fund Wealth* (1983).

Tant qu'un régime de retraite existe, les surplus importants ne posent pas de problèmes, sauf peut-être pour les employeurs qui se demandent s'ils peuvent les utiliser aux fins du financement courant, en s'accordant une «période d'exonération de cotisations». Toutefois, lorsque le régime prend fin, il s'agit de savoir qui a droit au surplus. Tel est le problème qui se pose dans la présente affaire qui, nous dit-on, n'est pas un cas isolé. De nombreux régimes comme celui qui est ici en cause ont été créés pendant les années 1960 et les décennies qui ont suivi. Peu de régimes renfermaient des dispositions expresses au sujet de la répartition des surplus.

Le régime de Catalytic, dont il est question en l'espèce, a été créé en 1959 en tant que régime à cotisations déterminées. Comme on pouvait s'y attendre dans ce genre de régime, tous les fonds seraient ultimement versés aux pensionnés ou aux bénéficiaires. Il ne pouvait pas y avoir de surplus.

Toutefois, en 1966, le régime a été converti en un régime à prestations déterminées et la possibilité d'un surplus est apparue. En 1978, la convention relative au régime a été rédigée de nouveau, de sorte que la question de savoir ce qu'on devait faire d'un surplus s'est posée pour la première fois.

saw fit after making full provision for the accrued benefits payable to members and beneficiaries. When the plan was terminated in 1988, a large surplus was revealed. The issue was who should have it — the employees and their beneficiaries or the employer?

Implications Flowing from the Nature of the Defined Benefit Plan

As noted, the employer is legally obliged under a defined benefits plan to ensure that all pension benefits owing are paid when they fall due. The employer thus bears the risk that contributions may be insufficient or that investments may not perform as well as predicted. The converse of this proposition is that the employer should be permitted to take advantage of the excess when investments do better than predicted.

From an economic policy perspective, if employers cannot retrieve surpluses, they may be inclined to request that their actuaries take a more optimistic view of the future of their investments and fund existing pensions less generously. Alternatively, they may refuse to enter into new pension regimes or, in some cases, terminate those which already exist. Inability to retrieve surpluses may also lead employers, unwilling to assume the risk of providing guaranteed benefits without the possibility of recovering surplus funding, to choose defined contribution plans rather than defined benefit plans. Employees, no longer assured of a specific pension and required to assume the risk of insufficient funding themselves, would be the losers.

On the other side of the coin, permitting employers to recover surplus in a defined benefit plan is not unfair to employees. It is argued that employees should have the surplus because they have paid for it through direct contributions or by accepting lower wages and fewer fringe benefits. This argument overlooks the nature of the employ-

La convention habilitait la compagnie à utiliser le surplus comme elle le jugerait bon, une fois versées toutes les prestations accumulées payables aux participants et aux bénéficiaires. Lorsque le régime a pris fin, en 1988, on a constaté l'existence d'un surplus important. Il s'agissait de savoir à qui il revenait — aux employés et à leurs bénéficiaires ou à l'employeur?

Conséquences découlant de la nature du régime à prestations déterminées

Tel que souligné, l'employeur est légalement tenu, dans le cadre d'un régime à prestations déterminées, de garantir que toutes les prestations de retraite seront versées lorsqu'elles seront dues. L'employeur assume donc le risque que les cotisations ne soient pas suffisantes ou que les placements ne soient pas aussi fructueux que prévu. À l'inverse, l'employeur devrait être autorisé à profiter de l'excédent lorsque les placements sont plus rentables que prévu.

Sur le plan de la politique économique, si les employeurs ne peuvent pas récupérer les surplus, ils peuvent être portés à demander à leurs actuaires de se montrer plus optimistes à l'égard de leurs placements et à financer moins généreusement les régimes de retraite existants. Subsidiairement, ils peuvent refuser de participer à de nouveaux régimes de retraite ou, dans certains cas, mettre fin à ceux qui existent déjà. L'incapacité de récupérer les surplus peut également amener l'employeur, qui ne veut pas assumer le risque de garantir des prestations sans avoir la possibilité de recouvrer les surplus, à choisir un régime à cotisations déterminées plutôt qu'un régime à prestations déterminées. Les employés, auxquels on ne garantirait plus des prestations précises et qui se verraient obligés d'assumer eux-mêmes le risque d'un financement insuffisant, seraient perdants.

Par contre, permettre aux employeurs de recouvrer le surplus accumulé dans le cadre d'un régime à prestations déterminées n'est pas injuste pour les employés. On soutient que les employés devraient avoir droit au surplus parce qu'ils l'ont payé en versant directement des cotisations ou en acceptant un salaire inférieur et un moins grand nombre

ees' legitimate expectations under a defined benefit plan. The employees, having bargained for specific benefits, will receive precisely what they bargained for. The benefits, as defined by the plan, are the *quid pro quo* for their services and contributions. Indeed, the intention of the parties — and the very purpose of the plan — is that they receive these benefits. To give the employees the surplus, however, is to give them more than they bargained for. It is a windfall to the employees and a denial of the equitable interest which the employer holds in the surplus.

This practical view of things is supported by the policy of the Minister of National Revenue. Information Circular No. 72-13R7, December 31, 1981, is based on the assumption that surplus is normally returnable to the employer. In order to comply with registration requirements, surplus in excess of the employer's current service funding obligations in the following 24-month period must be either refunded to the employer or applied against the employer's obligations for contributions on account of current or past service in the current and subsequent years. Furthermore, all pension plans are to contain a provision permitting an actuarial surplus to be refunded to contributing employers of the plan. This requirement, it may be noted, may prevent problems such as the one presented on this appeal from arising in plans set up after the Circular.

The Position in Other Jurisdictions

The problem of surplus in defined benefit pension plans is a recent one. The matter has, however, been considered by courts in England and the United States. It is fair to say that they have generally come down on the side of returning the surplus to the employers.

Courts in Great Britain have relied primarily upon principles of trust law when attempting to resolve the question of pension surplus. In *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2

d'avantages sociaux. Cet argument ne tient pas compte de la nature des attentes légitimes des employés qui participent à un régime à prestations déterminées. Les employés, qui ont négocié des prestations précises, recevront exactement ce qu'ils ont négocié. Les prestations prévues par le régime constituent la contrepartie de leurs services et cotisations. En fait, l'intention des parties — et l'objet même du régime — est que les employés touchent ces prestations. Toutefois, remettre le surplus aux employés revient à leur donner plus que ce qu'ils ont négocié. C'est un gain fortuit pour les employés et une négation du droit d'*equity* qu'a l'employeur sur le surplus.

Cette perception pratique des choses est étayée par la politique du ministre du Revenu national. La circulaire d'information n° 72-13R7 du 31 décembre 1981 est fondée sur l'hypothèse selon laquelle un surplus revient normalement à l'employeur. Pour satisfaire aux exigences en matière d'enregistrement, toute somme qui excède les cotisations pour services courants que l'employeur doit verser au cours des 24 mois qui suivent doit soit lui être remboursée, soit être déduite de ses obligations de verser des cotisations pour services courants ou passés au cours de l'année courante et des années subséquentes. En outre, tous les régimes de retraite doivent comporter une disposition permettant le remboursement d'un surplus actuariel aux employeurs cotisants. On peut souligner que cette exigence peut empêcher que des problèmes, comme celui qui nous est soumis en l'espèce, se posent dans des régimes créés postérieurement à la circulaire.

La position adoptée dans d'autres ressorts

Le problème du surplus dans les régimes de retraite à prestations déterminées est récent. Toutefois, la question a été examinée par les tribunaux anglais et américains. Il est juste de dire que ces tribunaux sont généralement favorables au retour du surplus à l'employeur.

Les tribunaux britanniques se sont principalement fondés sur les principes du droit des fiducies lorsqu'ils ont tenté de résoudre la question des surplus de régime de retraite. Par exemple, dans l'af-

All E.R. 563 (Ch. D.), for example, Scott J. applied the doctrine of resulting trust and concluded that a surplus in a contributory defined benefits pension fund should be paid to the employer. He held that the result could be otherwise only if the plan contained a provision expressly excluding return of the funds to the employer. He rejected the argument that a resulting trust operated in favour of the employees in view of their contributions mainly on the ground that what the employees had paid for was the specific benefit received from the fund. See also, *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495 (Ch.D.).

In the United States, the courts look to the terms of the plan documents and the intent of the parties. They also tend to the view that the surplus would represent an unintended windfall profit if it were retained by the employees: *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 v. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (D.C. 1983). Provisions to the effect that amendments to the plan or trust documents may not enable an employer to divert or recover any portion of the trust funds are treated as prohibiting diversion prior to satisfaction of the plan's liabilities, but not thereafter. Once the pensioners are assured of their benefits, the surplus is recoverable by the employer: *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (E.D. Pa. 1977); *Pollock v. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (S.D.N.Y. 1979); *Washington-Baltimore Newspaper Guild; Wilson v. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (4th Cir. 1987). Where courts in the United States have found that a surplus could not be recovered by the employer, they have done so on the basis that the wording of the plan documents unequivocally precluded such recovery: *Bryant v. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (6th Cir. 1986); *Audio Fidelity Corp. v. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (4th Cir. 1980).

faire *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563 (Ch. D.), le juge Scott a appliqué le principe de la fiducie par déduction et a conclu que le surplus de la caisse de retraite d'un régime contributif à prestations déterminées devait être versé à l'employeur. Il a statué qu'il ne pourrait en être autrement que si le régime renfermait une disposition excluant expressément la remise des fonds à l'employeur. Il a rejeté l'argument selon lequel une fiducie par déduction jouait en faveur des employés, du fait des cotisations qu'ils avaient versées, principalement pour le motif que ce que les employés avaient payé étaient les prestations précises reçues de la caisse. Voir également, *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495 (Ch.D.).

d

De leur côté, les tribunaux américains examinent les modalités du régime et l'intention des parties. Ils ont également tendance à considérer que le surplus représenterait un gain fortuit non intentionnel si les employés le conservaient: *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 c. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (D.C. 1983). Les dispositions voulant que les modifications apportées au régime ou aux documents de fiducie ne permettent peut-être pas à l'employeur d'utiliser à d'autres fins ou de recouvrer une partie des fonds en fiducie sont considérées comme interdisant l'utilisation à d'autres fins avant d'avoir satisfait aux obligations du régime, mais non après. Une fois que les prestations sont garanties aux pensionnés, l'employeur peut recouvrer le surplus: *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (E.D. Pa. 1977); *Pollock c. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (S.D.N.Y. 1979); *Washington-Baltimore Newspaper Guild; Wilson c. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (4th Cir. 1987). Lorsque les tribunaux américains ont conclu que l'employeur ne pouvait pas recouvrer un surplus, ils l'ont fait pour le motif que le texte des documents du régime interdisait clairement pareil recouvrement: *Bryant c. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (6th Cir. 1986); *Audio Fidelity Corp. c. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (4th Cir. 1980).

*Consistency with the Right to Use Surplus for a
"Contribution Holiday"*

It has repeatedly been held that employers are entitled to use the surplus in defined benefit plans for purposes of funding their actuarially determined contributions: *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595. Cory J. arrives at the same conclusion in this case.

The obvious question immediately presents itself. If the employer is entitled to use the surplus to fund future contributions, why should the employer be denied the ability to recoup the surplus from previous funding? If, on the other hand, the fund in equity belongs to the employees in some notional sense, how can the employer usurp that interest by using the surplus to discharge its ongoing funding responsibility? Consistency suggests that both past and present funding and entitlement should be treated in the same way.

Some commentators, while recognizing the anomaly of allowing the employer to use the surplus for a contribution holiday but not to recoup past over-contributions from the surplus, argue that, from a "practical and symbolic" point of view, the two questions may be different since "all funds paid into the pension stay there, at least notionally": Bernard Adell, "Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform", *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2 (1988), at p. 242. Cory J. makes a similar point. So, it is suggested, an employer's entitlement to a contribution holiday may "not automatically entitle him to ownership of the actuarial surplus, as well": Nachshen, *supra*, at p. 77.

Nevertheless, it remains true that as a matter of principle, there appears to be no reason why an

*Compatibilité avec le droit d'utiliser un surplus
aux fins d'une «période d'exonération de cotisations»*

Il a été jugé à maintes reprises que l'employeur a le droit de se servir du surplus d'un régime à prestations déterminées pour financer ses cotisations actuarielles: *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595. Le juge Cory arrive à la même conclusion en l'espèce.

Une question évidente se pose immédiatement: si l'employeur a le droit d'utiliser le surplus pour financer des cotisations futures, pourquoi ne lui permettrait-on pas de récupérer le surplus découlant d'un financement antérieur? Si, par contre, en *equity*, la caisse appartient théoriquement aux employés, comment l'employeur peut-il s'approprier ce droit en utilisant le surplus pour s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en matière de financement? La logique commande de traiter de la même façon le financement tant passé qu'actuel ainsi que les droits y relatifs.

Tout en reconnaissant qu'il n'est pas normal de permettre à l'employeur d'utiliser le surplus aux fins d'une période d'exonération de cotisations et de lui interdire de recouvrer les cotisations versées en trop dans le passé, certains commentateurs soutiennent que, d'un point de vue «pratique et symbolique», il peut s'agir de deux questions différentes, puisque [TRADUCTION] «toutes les sommes versées au régime y demeurent, en théorie du moins»: Bernard Adell, «Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform», *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2 (1988), à la p. 242. Le juge Cory fait une remarque similaire. Ainsi, laisse-t-on entendre, il se peut que le droit de l'employeur à une période d'exonération de cotisations [TRADUCTION] «ne lui donne pas droit automatiquement au surplus actuariel également»: Nachshen, *loc. cit.*, à la p. 77.

Néanmoins, il reste qu'en principe il ne semble y avoir aucune raison de ne pas permettre à l'em-

employer permitted to use surplus for ongoing contributions should not be allowed to reclaim the result of past over-contributions from the same surplus.

Summary

Consideration of the nature of defined benefit plans leads to the conclusion that the normal and just result is that surplus in such plans (as distinguished from defined contribution plans) should revert to the employer. Against this background, I turn to the documents which govern this case and the principles of law applicable to them.

Analysis

The Private Regime

Pension plans such as those at issue here are private arrangements bestowed by an employer on employees as a benefit of employment or set up pursuant to agreement between employer and employees. The employees may contribute (contributory plans), or the employer may bear the entire cost (non-contributory plans). The plan may be funded through insurance purchased by the employer for payment of the benefits (an insured plan), or the monies may be placed in a trust (a "trusteed" plan). Whatever form they take, as private contractual or as trust arrangements, the law of contract or trust determines how the funds are distributed. This may be varied by legislation, but in this case that did not occur. We must look to the principles of private law for a solution to the problem of distribution of surpluses. In so far as we are concerned with an agreement, we look to the law of contract; in so far as a trust arises, we look to the law of trusts. We are not concerned with making some new law peculiar to pension surpluses.

The primary rule in construing an agreement or defining the terms of a trust is respect for the

ployeur, qui est autorisé à utiliser le surplus aux fins des cotisations courantes, de récupérer sur le même surplus le montant des cotisations passées versées en trop.

Résumé

L'examen de la nature des régimes à prestations déterminées nous amène à conclure qu'il est juste et normal que le surplus accumulé dans pareils régimes (par opposition aux régimes à cotisations déterminées) revienne à l'employeur. Cela étant, j'examinerai maintenant les documents qui régissent la présente affaire ainsi que les principes juridiques qui leur sont applicables.

Analyse

a Le régime privé

Les régimes de retraite comme ceux dont il est ici question sont des ententes privées qui font partie des avantages sociaux que l'employeur accorde aux employés, ou qui sont conclues conformément à une convention entre l'employeur et les employés. Les employés peuvent verser des cotisations (régimes contributifs), ou l'employeur peut assumer tous les coûts (régimes non contributifs). Le régime peut être financé au moyen d'une assurance souscrite par l'employeur en vue du versement de prestations (régime assuré ou garanti), ou les fonds peuvent être détenus en fiducie (régime en fiducie). Quelle que soit la forme du régime, à savoir une entente contractuelle privée ou une fiducie, le droit des contrats ou des fiducies régit la façon dont les fonds sont répartis. Des modifications peuvent être apportées par voie législative, mais cela ne s'est pas produit en l'espèce. Il faut examiner les principes du droit privé pour résoudre le problème de la répartition des surplus. Dans la mesure où une convention est en cause, c'est le droit des contrats qu'il faut examiner; dans la mesure où il existe une fiducie, il faut examiner le droit des fiducies. Nous n'avons pas à établir de nouvelles règles de droit propres aux surplus de caisse de retraite.

j La règle fondamentale qui s'applique à l'interprétation d'une convention ou à la définition des

intention of the parties or, in the case of a trust, the intention of the settlor. The task of the court is to examine the language of the documents to ascertain what, on a fair reading, the parties intended. Unless there is a legal reason preventing it, the courts will seek to give effect to that intention. The search for an answer to the problem before us must therefore focus primarily on the documents relating to the plans and the intention of the parties, if any, with respect to a surplus arising under a defined benefits plan.

The Documents

It is my conclusion, after studying the documents and applying them to the plan as it stood at all relevant times, that apart from the reference in the 1978 restatement which provided that surplus should go to the employer, the documents are silent on the question of surplus. There is a dispute about whether the 1978 stipulation was a valid "amendment" to the original trust documents. As I see it, and for the reasons discussed below, it was a valid amendment and, as such, ought to stand. Alternatively, even if the 1978 stipulation were disregarded, the surplus would devolve on the employer under the doctrine of resulting trust.

The crux of the debate is Article V of the 1959 Trust Agreement:

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

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

modalités d'une fiducie consiste à respecter l'intention des parties ou, dans le cas d'une fiducie, celle du constituant. Il incombe au tribunal d'examiner le texte des documents pour déterminer, selon une juste interprétation, l'intention des parties. À moins qu'il n'y ait un motif juridique de ne pas le faire, les tribunaux cherchent à mettre à exécution cette intention. Pour répondre au problème qui se pose en l'espèce, il faut donc se concentrer principalement sur les documents relatifs aux régimes et sur l'intention des parties, le cas échéant, en ce qui concerne tout surplus accumulé dans un régime à prestations déterminées.

Les documents

Après avoir étudié les documents et les avoir appliqués au régime qui existait à toute époque pertinente, je conclus qu'à part la disposition de la nouvelle convention de 1978, qui prévoyait qu'un surplus devait revenir à l'employeur, les documents ne disent rien au sujet de la question du surplus. On ne s'entend pas sur la question de savoir si la stipulation de 1978 constituait une «modification» valide des documents de fiducie initiaux. Si je comprends bien et pour les motifs énoncés ci-après, la modification était valide et, partant, elle devrait être maintenue. Subsidiairement, même si on faisait abstraction de la stipulation de 1978, le surplus irait à l'employeur en vertu du principe de la fiducie par déduction.

L'article V de l'acte de fiducie de 1959 constitue le nœud du litige:

[TRADUCTION]

ARTICLE V

MODIFICATION ET CESSATION

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

poses other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the PLAN as amended from time to time, and for the payment of taxes or other assessments as provided in paragraph 2 of Article II hereof, and the expenses and compensation of the Trustee as provided in paragraph 4 of Article IV hereof. [Emphasis added.]

Moore C.J. upheld in the Court of Appeal, interpreted the underlined portion of Article V as precluding any amendment of the plan which would have the effect of conferring money in the plan to anyone other than the beneficiaries. Reasoning that the surplus here in issue constituted funds under the plan, he concluded that the 1978 amendment was ineffective and that, consequently, the surplus must go to the employees. Cory J., as I understand his reasons, adopts the same approach.

The problematic step in this logical process is the assumption that the surplus arising after conversion to a defined benefit plan in 1966 forms part of the fund to which Article V is addressed. For the reasons outlined earlier, at the time Article V was drafted, there could never be a surplus. It was simply impossible to have a surplus under the defined contribution plan then in place. The surplus was a new entity, created years later as a consequence of converting the plan to a defined benefits plan. The "FUND" referred to in Article V cannot therefore refer to the surplus with which we are concerned. Rather, it refers to the fund in place under the defined contributions scheme. This is apparent from the latter part of Article V, which permits deductions for only those things which would be deductible under a defined contribution policy: "taxes or other assessments as provided in paragraph 2 of Article II hereof, and the expenses and compensation of the Trustee as provided in paragraph 4 of Article IV hereof".

With respect, I think Moore C.J. gave a broader scope to Article V of the 1959 Trust Agreement than it can reasonably be made to bear. In effect,

fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME tel que modifié à l'occasion, ou conformément à celui-ci, et aux fins du paiement des impôts ou autres cotisations prévus au paragraphe 2 de l'article II des présentes, ainsi que des frais et de la rétribution du fiduciaire, prévus au paragraphe 4 de l'article IV des présentes. [Je souligne.]

Le juge en chef Moore, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel, a interprété la partie soulignée de l'article V comme empêchant toute modification du régime qui aurait pour effet de verser les fonds du régime à une autre personne que les bénéficiaires. Estimant que les sommes excédentaires ici en cause constituaient des fonds au sens du régime, il a conclu que la modification de 1978 était sans effet et que ces sommes excédentaires devaient donc être remises aux employés. Le juge Cory, si je comprends bien, adopte le même point de vue.

Le problème qui se pose dans ce processus logique est l'hypothèse selon laquelle le surplus accumulé après la conversion en un régime à prestations déterminées, en 1966, fait partie de la caisse visée par l'article V. Pour les motifs déjà exposés, au moment où l'article V a été rédigé, il ne pouvait guère y avoir de surplus. Il était tout simplement impossible d'avoir un surplus aux termes du régime à cotisations déterminées alors existant. Le surplus était une nouveauté qui était apparue plusieurs années plus tard, à la suite de la conversion en un régime à prestations déterminées. La «CAISSE» mentionnée à l'article V ne peut donc pas viser le surplus ici en cause. Il s'agit plutôt de la caisse qui existait dans le cadre du régime à cotisations déterminées. C'est ce qui ressort de la dernière partie de l'article V, qui permet de déduire uniquement ce qui serait déductible aux termes d'un régime à cotisations déterminées: «impôts ou autres cotisations prévus au paragraphe 2 de l'article II des présentes, ainsi que [...] frais et [...] rétribution du fiduciaire, prévus au paragraphe 4 de l'article IV des présentes».

En toute déférence, je crois que le juge en chef Moore a attribué à l'article V de l'acte de fiducie de 1959 une portée plus large que celle qui peut

he read "FUND", which at the time of drafting could not by definition have included any surplus, as extending to the surplus which later arises under quite a different arrangement.

The problem is a common one. A contract or trust deed is drafted. Later, a new, unanticipated situation arises. The first question is whether the new situation falls within an existing term of the document. Courts facing this question look at the factual context in which it was drafted. They consider the wording against this background to determine whether the new situation can reasonably be said to fall within this clause. If the answer to this question is negative, the court may go on to ask itself whether a term covering the new situation can be implied, whether as a matter of fact, law or custom: see Treitel, *The Law of Contract* (4th ed. 1975), at p. 128. The limiting principle is that the courts will not make a new contract or trust to which the parties have not agreed: *Murphy v. McSorley*, [1929] S.C.R. 542.

In the case at bar, there is nothing in the evidence that suggests that the parties who signed Article V intended it to apply to a surplus which might arise under a conversion of the plan to a defined benefit plan. There is no suggestion that conversion of the plan was foreseen, much less that a surplus might arise under such a scheme. Article V by its terms clearly applies to the specific defined contribution plan which the parties were putting in place in 1959. It refers to a specific "PLAN", the 1959 plan, and, consistent with a defined contribution plan, it treats all funds as falling into one of two categories — benefits payable to the employees and expenses. Finally, to apply Article V to a surplus under the unforeseen defined benefit plan would, for the reasons enunciated earlier, produce a result which, if not anomalous, is out of step with the characteristics of a defined benefits plan and the approach which has been taken to this problem in other jurisdictions. It is

raisonnablement lui être attribuée. En effet, il a interprété le mot «CAISSE», qui, au moment où l'acte a été rédigé, ne pouvait, par définition, inclure un surplus, comme visant le surplus qui a par la suite été accumulé en vertu d'une entente tout à fait différente.

Il s'agit d'un problème courant. Un contrat ou un acte de fiducie est rédigé. Par la suite, une nouvelle situation imprévue survient. Il s'agit d'abord de savoir si la nouvelle situation est visée par une modalité existante du document. Les tribunaux qui sont appelés à trancher cette question examinent le contexte factuel dans lequel cette modalité a été rédigée. Ils en examinent le texte en fonction de ce contexte pour déterminer s'il est raisonnablement possible de dire que la nouvelle situation est visée par la modalité en question. Dans la négative, le tribunal peut alors se demander s'il est possible de déduire l'existence d'une modalité applicable à la nouvelle situation, que ce soit sur le plan des faits, du droit ou de la coutume: voir Treitel, *The Law of Contract* (4^e éd. 1975), à la p. 128. Le principe restrictif veut que les tribunaux ne créent pas un nouveau contrat ou une nouvelle fiducie n'ayant pas reçu l'adhésion des parties: *Murphy c. McSorley*, [1929] R.C.S. 542.

En l'espèce, aucun élément de preuve ne laisse entendre que les parties qui ont signé l'article V voulaient qu'il s'applique au surplus qui pourrait exister par suite de la conversion du régime en un régime à prestations déterminées. On ne laisse pas entendre que la conversion du régime était prévue, et encore moins qu'un surplus pourrait être accumulé aux termes d'un tel régime. Il est clair que, de par son texte même, l'article V s'applique au régime à cotisations déterminées précis que les parties ont instauré en 1959. Il parle d'un «RÉGIME» précis, le régime de 1959, et, conformément à un régime à cotisations déterminées, tous les fonds sont considérés comme tombant dans l'une de deux catégories — les prestations payables aux employés et les frais. Enfin, appliquer l'article V au surplus accumulé dans le cadre du régime à prestations déterminées non prévu entraînerait, pour les motifs déjà exposés, un résultat qui, bien que normal, est néanmoins incompati-

not reasonable, in my opinion, to conclude that Article V applies to the surplus that could only develop after conversion of the plan years later to a defined benefit plan.

The same considerations negate the possibility of implying a term that the provisions of Article V apply to the unforeseen surplus. An attempt to imply a term to cover an unforeseen factual situation will generally fail if it is not clear that the parties would have agreed to the term, or where one or both of the parties is shown not to have known of the new situation at the time of contracting: Treitel, *supra*, at pp. 129-130. There is no suggestion that the parties who signed Article V in 1959 knew about the possibility of a surplus; nor can it be said that they would have agreed that it should go to the employees had they foreseen it. Indeed, the inference from the 1978 provision that surplus go to the employer suggests the contrary.

I am thus led to conclude that Article V, drafted in the context of a defined contribution plan, should not be read as applying to the surplus which arose under the later defined benefit plan. It follows that the 1978 provision stipulating that the surplus should go to the employer is valid and determines the issue.

Express Trust

It is argued that the surplus here in question is impressed with an express trust in favour of the employees which prevents the employer from claiming it.

I note initially that this argument must be distinguished from the argument based on the doctrine of resulting trust. The doctrine of resulting trust does not deal with the classic express trust, but is

ble avec les caractéristiques d'un régime à prestations déterminées et avec la façon dont ce problème a été abordé dans d'autres ressorts. À mon avis, il n'est pas raisonnable de conclure que l'article V s'applique au surplus qui ne pouvait exister qu'après la conversion du régime, plusieurs années plus tard, en un régime à prestations déterminées.

Les mêmes considérations nous empêchent de déduire l'existence d'une modalité voulant que les dispositions de l'article V s'appliquent au surplus imprévu. Toute tentative de déduire l'existence d'une modalité applicable à une situation factuelle imprévue échoue généralement, s'il n'est pas clair que les parties auraient souscrit à cette modalité, ou s'il est démontré que l'une ou l'autre des parties, ou les deux, n'étaient pas au courant de la nouvelle situation au moment de la passation du contrat: Treitel, *op. cit.*, aux pp. 129 et 130. On ne laisse pas entendre que les parties qui ont signé l'article V en 1959 étaient au courant de la possibilité d'un surplus, et on ne peut pas dire non plus qu'elles auraient convenu de le remettre aux employés si elles avaient prévu son existence. En fait, la déduction qui est faite à partir de la disposition de 1978, selon laquelle le surplus revient à l'employeur, laisse entendre le contraire.

J'en arrive donc à conclure que l'article V, rédigé dans le contexte d'un régime à cotisations déterminées, ne devrait pas être interprété comme s'appliquant au surplus accumulé dans le cadre du régime à prestations déterminées subséquent. Il s'ensuit que la disposition de 1978 portant que le surplus devrait revenir à l'employeur est valide et règle la question.

La fiducie expresse

On soutient que le surplus ici en cause est assujéti à une fiducie expresse en faveur des employés, ce qui empêche l'employeur de le réclamer.

Je remarque d'abord qu'il faut faire une distinction entre cet argument et celui fondé sur le principe de la fiducie par déduction. Ce principe ne vise pas la fiducie expresse classique, mais consti-

rather an equitable doctrine permitting those who have an interest in funds held in the name of another to recover them. In the first case we are concerned with the interpretation of terms of an express trust document; in the latter about the application of a legal (equitable) doctrine to a given situation.

The 1959 plan created a trust. All contributions were made subject to the trust. This did not mean, however, that all contributions were payable to the employees. Under the 1959 plan, expenses and administrative fees were payable to those who earned them, and the balance was payable to the beneficiaries. Consistent with a defined contribution plan, these were the only two classes of disbursements.

When the plan was changed in 1966 to a defined benefits plan, the nature of the trust necessarily changed. For one thing, the two accounts which the trustee was obliged to hold under the 1959 plan, the Employee's Account and the Company Account, no longer made sense and were necessarily collapsed. For another, the benefits payable to the employees were redefined. The trustee's former obligation to pay out the balance in the member's share of the two accounts after expenses, was replaced with a new and different obligation to pay out the defined benefits. And finally, as the fund continued to operate in its new form, there appeared a new element; the surplus which accumulated from year to year.

It appears that when the change was first made from a defined contribution to a defined benefit plan, no thought was given to the question of surplus. Certainly the 1966 plan made no reference to surplus. In theory, the actuarial projections should be so perfect that a surplus does not arise. But in reality, as the years passed, it became evident that a surplus was being generated. This new situation needed to be addressed. The response was the 1978 stipulation that any surplus which existed after all defined benefits and expenses had been met, was payable to the employer.

tue plutôt un principe d'*equity* permettant à ceux qui ont un droit sur des fonds détenus au nom d'une autre personne, de les recouvrer. Il s'agit, dans le premier cas, d'interpréter les modalités d'un document de fiducie expresse et, dans l'autre cas, d'appliquer un principe juridique (d'*equity*) à une situation donnée.

Le régime de 1959 créait une fiducie. Toutes les cotisations étaient assujetties à la fiducie. Toutefois, cela ne voulait pas dire qu'elles étaient toutes payables aux employés. Aux termes du régime de 1959, les dépenses et les frais d'administration devaient être payés à qui de droit, et le solde était payable aux bénéficiaires. Conformément à un régime à cotisations déterminées, c'étaient là les deux seules catégories de débours.

En 1966, lorsque le régime a été converti en un régime à prestations déterminées, la nature de la fiducie a nécessairement changé. D'une part, les deux comptes que le fiduciaire était obligé de tenir aux termes du régime de 1959, à savoir le compte d'employé et le compte de la compagnie, n'avaient plus de raison d'être et ont nécessairement été fermés. Par ailleurs, les prestations payables aux employés ont été redéfinies. L'ancienne obligation qui incombait au fiduciaire de verser le solde dans la partie des deux comptes qui revenait au participant une fois les frais payés, a été remplacée par une nouvelle obligation différente, celle de payer les prestations déterminées. Enfin, au fur et à mesure que le fonds a continué d'exister sous sa nouvelle forme, un nouvel élément est apparu: le surplus qui s'accumulait d'une année à l'autre.

Il appert que lorsque le régime à cotisations déterminées a, pour la première fois, été converti en un régime à prestations déterminées, on n'a pas songé à la question du surplus. Il est sûr que le régime de 1966 ne parlait pas d'un surplus. En théorie, les prévisions actuarielles devaient être si parfaites qu'aucun surplus ne s'accumulerait. Mais, en réalité, au fil des ans, il est devenu évident qu'un surplus était généré. Il fallait remédier à cette nouvelle situation, ce qu'on a fait au moyen de la stipulation de 1978 voulant que tout surplus existant, une fois payés toutes les prestations déterminées et tous les frais, revenait à l'employeur.

Against this background, we return to the obligations on the trustee. The situation, as I see it, was this. Under the 1966 plan the trustee was obliged to pay defined benefits to each entitled employee. The trustee was further required to pay all administrative expenses of the trust. In addition to these two obligations, however, the trustee, as the years passed, found itself holding a third fund which was attached neither by the obligation to pay out benefits nor the obligation to pay expenses — the accumulating surplus. The original trust documents did not contemplate this fund and gave no guidance as to what to do with it.

The trustee was left with the following options with respect to the surplus. Prior to the 1978 stipulation, the trustee's only option, had the question of distribution of surplus arisen, would have been to apply to the court for a ruling. Had this occurred, the appropriate ruling would have been that it go to the employer on the principles of resulting trust, for the reasons discussed below. As it happened, however, a stipulation that the surplus go to the employer was made before the question of surplus distribution arose. For the reasons discussed earlier, that stipulation was valid. It follows that the surplus goes to the employer pursuant to the 1978 amendment.

It is contended that payment of the surplus to the employer constitutes revocation of a trust and that a trust cannot be revoked without express wording so permitting. This argument, however, fails because the surplus was an unanticipated development which was never contemplated by the original trust and was not addressed by any changes to the trust until 1978. The error in the respondents' submissions, as I see it, lies in assuming that the 1959 trust provisions apply to a surplus. In fact, they do not. All contributions fell into the trust, but to stop the analysis there is to beg the critical question: what was the trustee to do with the portion of the fund which became surplus after conversion of the plan to a defined benefit plan? The answer to that question does not amount to revocation of a

C'est dans ce contexte que nous revenons aux obligations du fiduciaire. À mon avis, la situation était la suivante: aux termes du régime de 1966, le fiduciaire était tenu de verser des prestations déterminées à chaque employé qui y avait droit. Le fiduciaire était en outre tenu de payer tous les frais d'administration de la fiducie. Toutefois, en plus de ces deux obligations, le fiduciaire en est venu, au fil des ans, à détenir un troisième fonds qui n'était assorti ni de l'obligation de verser des prestations ni de l'obligation de payer les frais, soit les sommes excédentaires. Les documents de fiducie initiaux ne prévoyaient pas l'existence de ce fonds et n'indiquaient pas ce qu'on devait en faire.

En ce qui concerne le surplus, le fiduciaire avait les choix suivants: avant la stipulation de 1978, si la question de la répartition du surplus s'était posée, le fiduciaire aurait uniquement pu demander aux tribunaux de rendre une décision à cet égard. Le cas échéant, la décision appropriée aurait été de remettre ce surplus à l'employeur, en vertu des principes de la fiducie par déduction, et ce, pour les motifs exposés plus loin. Toutefois, une stipulation que le surplus revenait à l'employeur a été faite avant que la question de la répartition du surplus ne se pose. Pour les motifs énoncés plus haut, cette stipulation était valide. Il s'ensuit que le surplus revient à l'employeur conformément à la modification de 1978.

On soutient que le versement des sommes excédentaires à l'employeur constitue une révocation de fiducie et qu'en l'absence de disposition expresse, il est impossible de révoquer une fiducie. Toutefois, cet argument doit être rejeté parce que le surplus était imprévu et n'avait jamais été envisagé dans la fiducie initiale, et du fait que ce n'est qu'en 1978 que cette question a été réglée au moyen d'une modification de la fiducie. À mon avis, les arguments des intimés sont erronés en ce sens qu'ils supposent que les dispositions de la fiducie de 1959 s'appliquent à un surplus, alors qu'en réalité ce n'est pas le cas. Toutes les cotisations tombaient dans la fiducie, mais si l'on ne s'en tient qu'à cela, on élude la question cruciale de savoir ce que le fiduciaire devait faire des fonds excédentaires.

trust, as the respondents suggest. Rather, it amounts to fulfilling the trust.

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

Resulting Trust

I have argued that under the terms of the governing documentation, and in particular the 1978 amendment which I consider valid, surplus contributions are returnable to the employer. If I were wrong in concluding that the documentation requires this result, the same conclusion would nevertheless flow from application of the doctrine of resulting trust.

Waters, Law of Trusts in Canada (2nd ed. 1984), at p. 299, describes the concept of resulting trust as follows:

... a resulting trust arises whenever legal or equitable title to property is in one party's name, but that party, because he is a fiduciary or gave no value for the property, is under an obligation to return it to the original title owner, or to the person who *did* give value for it. [Emphasis in original.]

The concept of resulting trust does not depend on there being an express trust in existence. However, one of its applications is in the case where residual monies not designated to a particular person or purposes arise in an express trust. Where this happens in a charitable trust, the courts will order the residual sum *cy-près*, among all the creditors. Where the trust is non-charitable, the sum

taires après la conversion du régime en un régime à prestations déterminées. La réponse à cette question ne revient pas à révoquer une fiducie, comme les intimés le laissent entendre. Elle revient plutôt à exécuter la fiducie.

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

La fiducie par déduction

J'ai soutenu qu'en vertu des documents pertinents et, en particulier, de la modification de 1978 que je considère valide, les cotisations excédentaires doivent retourner à l'employeur. Si je commettais une erreur en concluant que les documents commandent ce résultat, la même conclusion découlerait néanmoins de l'application du principe de la fiducie par déduction.

À la page 299 de *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), *Waters* décrit ainsi la notion de fiducie par déduction:

[TRADUCTION] ... une fiducie par déduction naît dès que le titre de propriété du bien, en common law ou en *equity*, est au nom d'une partie et que cette dernière, parce qu'elle est fiduciaire ou qu'elle n'a pas remis de contrepartie pour le bien, est tenue de restituer le bien en question au détenteur initial du titre, ou à la personne qui *a donné* une contrepartie pour ce bien. [En italique dans l'original.]

La notion de fiducie par déduction ne dépend pas de l'existence d'une fiducie expresse. Toutefois, elle s'applique notamment dans le cas où il y a, dans une fiducie expresse, des sommes restantes non attribuées à une personne ou à des fins particulières. Lorsque cela se produit dans le cadre d'une fiducie caritative, les tribunaux ordonnent que la somme restante soit autant que possible répartie

generally reverts to the settlor: see *Waters, supra*, at p. 322.

If the 1978 amendment as to surplus is invalid, these principles suggest that the doctrine of resulting trust requires that the surplus be available to the employer. The employer was responsible for ensuring a fund sufficient to meet all defined benefits owing to employees. As it turns out, the employer paid more than required for the purpose of the trust, the provision of benefits to all eligible employees. The residual sum should therefore return to the employer.

As noted earlier, the doctrine of resulting trust has been applied to this situation in Great Britain, with the result that surplus funds in defined benefit pension plans have been ordered paid to the employer. It has also been applied in Canada. The case of *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (B.C.S.C.), raised similar issues as those before us. The first question was the validity of an amendment directing that surplus should revert to the employer. Gould J. found that the attempted amendment in that case was invalid. However, he went on to hold that the surplus reverted to the employer under the doctrine of resulting trust. He stated, at p. 111:

The method which the board has employed [directors' resolution to allow reversion] does not accomplish the purpose for which it was intended. If this method is ineffectual, how then must the money remaining in the fund be distributed?

The purposes of this trust simply did not exhaust the fund and the outcome here, i.e., a surplus balance of \$31,163.38, was not foreseen by the respondent Dependable. The situation appears to be one where a resulting trust arises by operation of the law. [Emphasis added.]

entre tous les créanciers. Dans les autres cas, la somme revient généralement au constituant: voir *Waters, op. cit.*, à la p. 322.

^a Si la modification de 1978 concernant le surplus est invalide, ces principes laissent entendre que la règle de la fiducie par déduction exige que l'employeur puisse récupérer le surplus. Ce dernier ^b était chargé de garantir que la caisse serait suffisante pour verser toutes les prestations déterminées qui seraient dues aux employés. En fin de compte, l'employeur a payé plus que ce qui était nécessaire pour réaliser l'objet de la fiducie, soit le versement ^c des prestations à tous les employés admissibles. La somme restante devrait donc lui être remise.

Comme je l'ai déjà mentionné, les tribunaux de ^a Grande-Bretagne ont appliqué, en pareil cas, le principe de la fiducie par déduction, de sorte qu'ils ont ordonné que les fonds excédentaires accumulés dans un régime de retraite à prestations déterminées soient remis à l'employeur. Les tribunaux ^e canadiens ont également appliqué ce principe. L'affaire *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (C.S.C.-B.), soulevait des questions semblables à celles qui se posent en ^f l'espèce. La première se rapportait à la validité d'une modification prévoyant que tout surplus devait être remis à l'employeur. Le juge Gould a conclu que la modification que l'on a tenté d'apporter dans ce cas-là n'était pas valide. Toutefois, ^g il a ajouté que le surplus revenait à l'employeur en vertu du principe de la fiducie par déduction. Voici ce qu'il affirme, à la p. 111:

[TRADUCTION] La méthode que le conseil a employée [à savoir la résolution des administrateurs autorisant la réversion] ne permet pas d'atteindre la fin visée. Si cette méthode est inefficace, comment faut-il répartir les sommes qui restent dans la caisse?

La réalisation des objets de cette fiducie n'a simplement pas permis d'épuiser le fonds et l'intimée Dependable n'avait pas prévu le résultat auquel on est arrivé en l'espèce, c.-à-d. le solde excédentaire de 31 163,38 \$. Il paraît s'agir d'une situation où une fiducie par déduction prend naissance en vertu de la loi. [Je souligne.]

My colleague seeks to distinguish this case on two grounds. He questions Gould J.'s conclusion that there could be a resulting trust in favour of the employer because of a clause in the plan providing that no amendment "shall permit any part of the trust fund to revert to or to be recoverable by the Company" (p. 110). But Gould J. was not talking about reversion under an amendment (having found the attempt to amend had failed), but rather about reversion by operation of law. My colleague also points to the fact that unlike the plan at bar, the plan in *Cantol* was non-contributory. But as we have seen, even where employees contribute to a defined benefit plan, that contribution is taken to be fully satisfied by receipt of the defined benefits: *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, *supra*. Once the defined obligations to the employees have been paid, it is difficult to argue that the employees have an interest in the surplus on the basis of a resulting trust in their favour. It is in the nature of a defined benefit that it represents a fixed amount to which the employee is entitled from the plan. The employee accepts this fixed amount in lieu of the greater or lesser amounts he or she might obtain on a defined contribution plan. Generally, this is thought to be in the employee's interest.

To put it another way, once the stipulated benefit is paid, the employee is no longer a beneficiary — he or she has exhausted his or her rights under the plan. As Gould J. put it in *Cantol*, at p. 111, "[a]ll of the beneficiaries have been paid off in accordance with [the trust] provisions, and no beneficiaries remain in any of the categories". Moreover, the complications of holding otherwise appear significant. As Scott J. points out in *Davis*, *supra*, at p. 595, different employees contribute different amounts, and often receive benefits disproportionate to their contributions, depending on when they started working, how long they have been work-

Mon collègue cherche à faire une distinction d'avec la présente affaire, pour deux motifs. Il remet en question la conclusion du juge Gould qu'il pourrait y avoir une fiducie par déduction en faveur de l'employeur, en raison d'une clause du régime prévoyant qu'aucune modification [TRANSDUCTION] «ne doit permettre qu'une partie du fonds en fiducie soit retournée à la compagnie ou récupérable par cette dernière» (p. 110). Cependant, le juge Gould ne parlait pas de réversion en vertu d'une modification (puisque'il avait conclu que la tentative de modification avait échoué), mais plutôt de réversion par application de la loi. Mon collègue souligne également que, contrairement au régime ici en cause, le régime, dans l'affaire *Cantol*, était un régime non contributif. Cependant, comme nous l'avons vu, même lorsque les employés cotisent à un régime à prestations déterminées, leurs cotisations sont considérées comme pleinement remboursées grâce à la réception des prestations déterminées: *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, précité. Une fois qu'on a satisfait aux obligations déterminées envers les employés, on peut difficilement soutenir que les employés ont droit au surplus en raison de l'existence d'une fiducie par déduction en leur faveur. De par sa nature même, une prestation déterminée représente un montant fixe auquel l'employé a droit en vertu du régime. L'employé accepte ce montant fixe au lieu des sommes supérieures ou inférieures qu'il pourrait obtenir dans le cadre d'un régime à cotisations déterminées. En général, on estime que cela est dans l'intérêt de l'employé.

Autrement dit, une fois que les prestations prévues sont versées, l'employé n'est plus un bénéficiaire — il a épuisé les droits que lui conférait le régime. Comme le juge Gould l'affirme dans la décision *Cantol*, à la p. 111, [TRANSDUCTION] «[t]ous les bénéficiaires ont été payés conformément aux dispositions [de la fiducie] et il ne reste aucun bénéficiaire, quelle que soit la catégorie». En outre, les complications qui résulteraient d'une décision contraire paraissent importantes. Comme le juge Scott le souligne dans la décision *Davis*, précitée, à la p. 595, le montant des cotisations varie d'un employé à l'autre et les prestations tou-

ing, and other factors. The task of restoring to each employee his or her fair share of any surplus would be impossible. I can do no better than echo the query of Scott J.: "How can a resulting trust work as between the various employees inter se? I do not think it can and I do not see why equity should impute to them an intention that would lead to an unworkable result."

Conclusion

I conclude that the surplus in the Catalytic plan should revert to the employer. It is not touched by Article V of the 1959 agreement, with the result that the 1978 provision for its disposition is determinative. There is nothing in the Trust Agreement which requires its return to the beneficiaries, once their stipulated entitlement under the agreement has been fully met. If, in the alternative, the 1978 provision does not settle the matter, the doctrine of resulting trust would require that the surplus revert to the employer.

I would dispose of the appeals as proposed by Cory J., except on the question of the distribution of surplus in the Catalytic fund, where I would allow the appeal with costs.

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

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

chées sont souvent disproportionnées aux cotisations, selon le moment où l'employé a commencé à travailler, la période pendant laquelle il a travaillé et d'autres facteurs. Il serait impossible de remettre à chaque employé sa juste part de toute somme excédentaire. Je me contenterai de rappeler les remarques du juge Scott: [TRADUCTION] «Comment une fiducie par déduction peut-elle s'appliquer entre les divers employés? Je ne crois pas qu'elle le puisse et je ne vois pas pourquoi l'*equity* devrait leur imputer une intention qui entraînerait un résultat impossible.»

Conclusion

Je conclus que le surplus du régime de Catalytic devrait retourner à l'employeur. Ce surplus n'est pas visé par l'article V de l'acte de 1959, de sorte que la disposition de 1978 relative à son aliénation est déterminante. Rien dans l'acte de fiducie n'exige la remise du surplus aux bénéficiaires, une fois qu'on a satisfait pleinement au droit que leur confère l'acte. Si, par contre, la disposition de 1978 ne règle pas la question, le surplus devrait retourner à l'employeur selon le principe de la fiducie par déduction.

Je suis d'avis de trancher les pourvois de la façon proposée par le juge Cory, sauf pour ce qui est de la répartition du surplus de la caisse de Catalytic, au sujet de laquelle j'accueillerais le pourvoi avec dépens.

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

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

Solicitors for Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley: Borden & Elliott, Toronto.

Solicitors for the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans: Code, Hunter, Calgary.

Solicitors for Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Procureurs d'Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley: Borden & Elliott, Toronto.

^a

Procureurs des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.: Code, Hunter, Calgary.

^b

Procureurs de Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.