

**Elaine Nolan, George Phillips, Elisabeth Ruccia, Paul Carter, R.A. Varney and Bill Fitz, being members of the DCA Employees Pension Committee representing certain of the members and former members of the Pension Plan for the Employees of Kerry (Canada) Inc. Appellants**

v.

**Kerry (Canada) Inc. and Superintendent of Financial Services Respondents**

and

**Association of Canadian Pension Management and Canadian Labour Congress Intervenors**

**INDEXED AS: NOLAN v. KERRY (CANADA) INC.**

**Neutral citation: 2009 SCC 39.**

File No.: 32205.

2008: November 18; 2009: August 7.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Pensions — Pension plans — Expenses — Whether employer responsible for paying pension plan expenses — Whether such expenses properly payable from pension trust fund.*

*Pensions — Pension plans — Contribution holidays — Defined benefit pension plan amended in 2000 to introduce a defined contribution component — Plan trust fund constituted in two separate funding vehicles with two separate trustees — Whether employer can use actuarially determined surplus pension funds from original defined benefit component of pension plan to satisfy its contribution obligations in respect of both defined benefit and defined contribution components of pension plan.*

*Civil procedure — Costs — Financial Services Tribunal — Issues before Tribunal relating to employer's*

**Elaine Nolan, George Phillips, Elisabeth Ruccia, Paul Carter, R.A. Varney et Bill Fitz, membres du Comité de retraite des employés de DCA représentant certains des participants et anciens participants du régime de retraite des employés de Kerry (Canada) Inc. Appelants**

c.

**Kerry (Canada) Inc. et Surintendant des services financiers Intimés**

et

**Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite et Congrès du travail du Canada Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : NOLAN c. KERRY (CANADA) INC.**

**Référence neutre : 2009 CSC 39.**

N° du greffe : 32205.

2008 : 18 novembre; 2009 : 7 août.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Pensions — Régimes de retraite — Frais — L'employeur est-il tenu de payer les frais du régime de retraite? — Ces frais peuvent-ils être payables à même la caisse de retraite?*

*Pensions — Régimes de retraite — Suspensions de cotisations — Régime de retraite à prestations déterminées modifié en 2000 de manière à instaurer un volet à cotisations déterminées — Caisse de retraite du régime constituée de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires distincts — L'employeur peut-il utiliser l'excédent actuariel de la caisse de retraite du volet initial à prestations déterminées pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisations, tant dans le volet à prestations déterminées que dans le volet à cotisations déterminées du régime?*

*Procédure civile — Dépens — Tribunal des services financiers — Questions soumises au Tribunal*

*obligations under pension plan — Pension trust fund not a party to proceedings — Whether Tribunal can award costs out of pension trust fund — Whether on judicial review court should exercise its discretion to award costs out of pension trust fund — Financial Services Commission of Ontario Act, 1997, S.O. 1997, c. 28, s. 24.*

*Administrative law — Appeals — Standard of review — Financial Services Tribunal — Standard of review applicable to Tribunal's decisions relating to its authority to award costs and to employer's obligations under pension plan.*

The respondent Company has administered a pension plan (“Plan”) for its employees since 1954. The Plan text required contributions from both the employees and the Company and a separate trust agreement provided that these contributions were to be paid into a trust (“Trust”) created under the trust agreement and held in a trust fund (“Fund”). By 2001, the Fund had been in an actuarially determined surplus position for a number of years. Until 1984, the Company paid the Plan expenses directly. In 1985, following amendments to the Plan documents, third-party Plan expenses for actuarial, investment management and audit services were paid from the Fund. As of 1985, the Company also started taking contribution holidays from its funding obligations.

Prior to 2000, the Plan existed solely as a defined benefit (“DB”) pension plan. In 2000, the Plan text was amended again in order to introduce a defined contribution (“DC”) component. The DB pension component continued for existing employees, but was closed to new employees; thereafter, all newly hired employees would join the DC component. Employees who were DB members had the option of converting to the DC component. As a result of these amendments, employees were divided into Part 1 Members, who participated in the Plan's DB provisions and Part 2 Members who, after January 1, 2000, participated in the DC part of the Plan. The Fund was constituted in two separate funding vehicles with two separate trustees. The Company announced its intention to take contribution holidays from its obligations to DC members by using the surplus accumulated in the Fund from the DB component,

*concernant les obligations imposées à l'employeur par le régime de retraite — Caisse de retraite n'étant pas partie à l'instance — Le Tribunal des services financiers peut-il adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite? — Lors du contrôle judiciaire, le tribunal de révision doit-il exercer son pouvoir discrétionnaire pour adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite? — Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario, 1997, L.O. 1997, ch. 28, art. 24.*

*Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal des services financiers — Norme de contrôle applicable à l'examen des décisions du Tribunal concernant son pouvoir d'adjuger les dépens et à celui des obligations imposées à l'employeur par le régime de retraite.*

Depuis 1954, la société intimée administre un régime de retraite (le « régime ») pour ses employés. Les employés et la société devaient, selon le texte du régime, verser des cotisations et une convention de fiducie distincte prévoyait que ces cotisations devaient être versées dans une fiducie (la « fiducie ») créée en vertu de la convention et détenues dans une caisse en fiducie (la « caisse en fiducie » ou la « caisse »). En 2001, la caisse affichait un excédent actuariel depuis déjà plusieurs années. Jusqu'en 1984, la société payait directement les frais du régime. En 1985, à la suite des modifications apportées aux documents relatifs au régime, elle a commencé à payer à même la caisse les services d'actuariat, de gestion des investissements et de vérification fournis par des tiers. À partir de 1985, elle a aussi commencé à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations à l'égard de ses obligations de financement, c'est-à-dire à recourir aux suspensions de cotisations.

Avant 2000, le régime ne comportait que le volet à prestations déterminées (le volet « PD »). En 2000, son texte a été modifié de nouveau de manière à comporter un volet à cotisations déterminées (le volet « CD »). Le volet PD a continué de s'appliquer aux employés en poste, mais il était fermé aux nouveaux employés; ainsi, tous les nouveaux employés participeraient au volet CD. Les employés qui participaient au volet PD ont eu la possibilité de passer au volet CD. Par l'effet de ces modifications, les employés ont été divisés en « participants de la partie 1 » — ceux qui participaient au volet PD du régime —, et en « participants de la partie 2 » — ceux qui, après le 1<sup>er</sup> janvier 2000, participaient au volet CD du régime. La caisse était constituée de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires différents. La société a fait part de son intention de suspendre ses cotisations à l'égard des participants au volet

which still covered DB members, to satisfy the premiums owing to the DC component.

After the Company introduced the amendments in 2000, certain former employees of the Company and members of the Plan (the “Committee”) asked the Ontario Superintendent of Financial Services to investigate the Company’s payment of Plan expenses from the Fund and its contribution holidays. The Superintendent issued two Notices of Proposal. Under the first, the Superintendent proposed to order that the Company reimburse the Fund for expenses that had not been incurred for the exclusive benefit of Plan members. Under the second, the Superintendent proposed to refuse, among other things, to order the Company to reimburse the Fund for the contribution holidays it had taken. Both the Company and the Committee requested a hearing before the Financial Services Tribunal to challenge the Notices of Proposal. The Tribunal held that: (1) all of the Plan expenses at issue could be paid from the Fund, except for \$6,455 in consulting fees related to the introduction of the DC part of the Plan; and (2) the Company was entitled to take contribution holidays while the Fund was in a surplus position. The Tribunal did recognize that the Plan documents as amended in 2000 did not permit DC contribution holidays. However, it held the Company could retroactively amend the Plan provisions to designate the DC members as beneficiaries of the Fund, thereby allowing the Company to fund its DC contributions from the DB surplus. The Tribunal also refused to award costs payable out of the Fund.

On appeal, the Divisional Court held that the expenses at issue could not be paid out of the Fund as they were not for the exclusive benefit of the employees and such payment would constitute a partial revocation of the Trust. The court, although it upheld the Tribunal’s decision that DB contribution holidays were permitted, ruled that the surplus in the Fund accumulated under the DB arrangement could not be used to fund the Company’s contribution obligations to the DC arrangement. It also held that, while the Tribunal was correct that it did not have jurisdiction to award costs out of the Fund, the court could do so. On the relevant issues, the Court of Appeal, allowed the Company’s appeal, dismissed the Committee’s cross-appeal and upheld the Tribunal’s rulings.

CD (les « participants CD ») en employant l’excédent de la caisse du volet PD, lequel couvrirait encore les participants au volet PD (les « participants PD »), pour acquitter les primes dues relativement au volet CD.

Après la présentation des modifications en 2000, certains anciens employés de la société qui participaient au régime (le « comité ») ont demandé au surintendant des services financiers de l’Ontario de faire la lumière sur le paiement des frais du régime à même la caisse et les suspensions de cotisations dont s’est prévalu la société. Le surintendant a émis deux avis de proposition. Aux termes du premier avis, il a proposé d’ordonner à la société de rembourser à la caisse les frais qui n’avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des participants au régime. Aux termes du deuxième avis, il a proposé de refuser, entre autres, d’ordonner à la société de verser à la caisse les cotisations qu’elle aurait dû payer si elle ne s’était pas prévalu d’une suspension de cotisations. La société et le comité ont demandé d’une audience devant le Tribunal des services financiers pour contester les avis de proposition. Le Tribunal a conclu : (1) que tous les frais du régime en cause pouvaient être prélevés sur la caisse, exception faite des 6 455 \$ pour les honoraires de consultation liés à l’introduction du volet CD du régime et (2) que la société pouvait suspendre ses cotisations quand la caisse était excédentaire. Le Tribunal a reconnu que les documents relatifs au régime, dans leur version modifiée de 2000, n’autorisaient pas la suspension des cotisations au régime CD. Il a toutefois conclu que la société pouvait rétroactivement modifier les dispositions du régime afin de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse en fiducie, ce qui permettait ainsi à la société de financer ses cotisations au volet CD par prélèvement sur l’excédent du volet PD. Le Tribunal a également refusé d’adjuger des dépens payables à même la caisse.

En appel, la Cour divisionnaire a conclu que les frais en cause ne pouvaient pas être payés à même la caisse puisqu’ils n’avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des employés et qu’un tel paiement constituait une révocation partielle de la fiducie. La cour, bien qu’elle ait confirmé la décision du Tribunal selon laquelle les suspensions des cotisations dans le cadre de l’arrangement PD étaient autorisées, a statué que l’excédent de la caisse accumulé dans le cadre de l’arrangement PD ne pouvait servir à financer les cotisations de la société à l’arrangement CD. Elle a aussi conclu que le Tribunal avait eu raison d’affirmer qu’il n’avait pas compétence pour ordonner le paiement des dépens à même la caisse, mais qu’elle avait compétence pour le faire. Pour ce qui est des questions pertinentes, la Cour d’appel a accueilli l’appel de la société, a rejeté l’appel incident du comité et a confirmé les décisions du Tribunal.

*Held* (LeBel and Fish JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

*Per* Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Having regard to the purpose of the Tribunal, the nature of the questions and the expertise of the Tribunal, the appropriate standard of review is reasonableness for the issues of Plan expenses and DB and DC contribution holidays. While these issues are largely questions of law, in that they involve the interpretation of pension plans and related texts, the Tribunal does have expertise in the interpretation of such texts, as it is both close to the industry and more familiar with the administrative scheme of pension law. The standard of reasonableness also applies to the issue of the Tribunal's authority to order costs from the Fund. This issue involves the Tribunal's interpreting its constating statute to determine the parameters of the costs order it may make. The question of costs is incidental to the Tribunal's broad power to review the Superintendent's decisions in the context of the regulation of pensions. A court should adopt a deferential standard of review to the Tribunal's decision in this respect. [29-31] [35]

With the exception of the consulting fees relating to a study of the possibility of introducing a DC component to the Plan, the Company did not have the obligation to pay the Plan expenses at issue since the Plan documents did not require, expressly or implicitly, that it pay such expenses. The provisions of the trust agreement, as amended in 1958, provided that the Company undertake to pay trustee fees and trustee expenses. As between the Company and trustee, these provisions only cover expenses incurred in the performance of the trustee's duties and in the execution of this Trust. They do not refer to expenses otherwise incurred in the administration of the Plan. Expenses associated with the employment of actuaries, accountants, counsel and other services required for the administration of the Plan are expenses of the Plan, but they are not fees and expenses incurred in the execution of the Trust. Furthermore, the trust agreement's 1958 amendments, which provided that taxes, interest and penalties were to be paid from the Fund, could not impose any additional obligations on the Company because these amendments also included a provision expressly stating that the amendments do not increase the Company's original obligations with respect to the expenses for which it was responsible. Nor could the language in the trust agreement forbidding the use of trust funds

*Arrêt* (les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : Compte tenu de la raison d'être du Tribunal, de la nature des questions en jeu et de l'expertise du Tribunal, la norme de contrôle applicable à l'examen des questions liées aux frais du régime, aux suspensions des cotisations au régime PD et aux suspensions des cotisations au régime CD est celle de la raisonabilité. Ces questions sont essentiellement des questions de droit en ce sens qu'elles portent sur l'interprétation des régimes de retraite et des textes s'y rapportant. Toutefois, le Tribunal possède une expertise pour l'interprétation de ces textes puisqu'il est près du secteur d'activités et qu'il connaît davantage le régime administratif du droit régissant les régimes de retraite. La norme de la raisonabilité s'applique aussi à la question de savoir si le Tribunal peut ordonner le paiement des dépens à même la caisse. Pour trancher cette question, le Tribunal doit interpréter sa loi constitutive afin d'établir les paramètres de l'ordonnance relative aux dépens qu'il peut rendre. La question des dépens est liée au pouvoir général du Tribunal d'examiner les décisions du surintendant dans le contexte de la réglementation des régimes de retraite. Le tribunal de révision devrait appliquer la norme de contrôle qui commande la déférence à l'égard de la décision du Tribunal à ce sujet. [29-31] [35]

À l'exception des frais de consultation liés à une étude sur la possibilité d'ajouter un volet CD au régime, la société n'était pas tenue de payer les frais du régime en cause puisque les documents relatifs au régime ne lui imposent pas, expressément ou implicitement, une telle obligation. La convention de fiducie, dans sa version modifiée de 1958, prévoit que la société s'engage à payer les dépenses et les honoraires des fiduciaires. Entre la société et le fiduciaire, ces dispositions ne couvrent que les dépenses engagées dans l'exercice des fonctions du fiduciaire et dans le cadre de l'exécution de la présente fiducie. Elles ne font pas mention des autres frais engagés dans le cadre de l'administration du régime. Les dépenses liées aux services d'actuaire, de comptables, de conseillers et d'autres professionnels nécessaires pour l'administration du régime représentent des frais du régime, mais il ne s'agit pas d'honoraires et de dépenses engagés dans le cadre de l'exécution de la fiducie. De plus, les modifications apportées à la convention de fiducie en 1958, qui prévoyaient le paiement d'impôts, d'intérêts et de pénalités par prélèvement sur la caisse, ne pouvaient pas imposer à la société des obligations supplémentaires puisqu'elles comportaient également une disposition énonçant expressément que les modifications ne créent pas pour la société des obligations autres que celles qu'elle a assumées aux termes du régime. Le

for any purpose other than the exclusive benefit of the employees impose an obligation on the Company to pay the Plan expenses. The exclusive benefit language is also subject to the limitation that it will not enlarge the Company's obligations. The payment of Plan expenses is necessary to ensure the Plan's continued integrity and existence, and the existence of the Plan is a benefit to the employees. It is therefore to the exclusive benefit of the employees that expenses for the continued existence of the Plan are paid out of the Fund. Lastly, allowing for the Plan expenses to be paid out of the Trust does not constitute a partial revocation of the Trust. In the absence of an obligation requiring the Company to pay the Plan expenses, funds in the Trust can be used to pay reasonable and *bona fide* expenses and to the extent that the funds are paying legitimate expenses necessary to the Plan's integrity and existence, the Company is not purporting to control the use of funds in the Trust. [17] [38-39] [44] [50-52] [55] [57] [59]

The Company was entitled to take contribution holidays with respect to the DB benefit arrangement. When plan documents provide that funding requirements will be determined by actuarial practice, the employer may take a contribution holiday unless other wording or legislation prohibits it. 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. Here, the Company's contributions are determined by actuarial calculations. Clause 14(b) of the Plan, as amended in 1965, provides for contributions that will cover the members' future retirement benefits and requires the exercise of actuarial discretion as it does not fix annual contributions. The clause therefore does not prevent the Company from taking a contribution holiday where the actuary certifies that no contributions are necessary to provide the required retirement income to members. [17] [68-70] [76]

The Tribunal's decision to allow contribution holidays in respect of the DC component of the Plan, once appropriate retroactive amendments are made, was not unreasonable. There is no legislative restriction prohibiting the retroactive amendment designating DC members as beneficiaries of the Trust, the creation of a single plan and trust, and the DC contribution holidays. The Plan documents do not preclude combining the two components in one plan and nothing in these documents or trust law prevents the use of the actuarial surplus for the DC contribution holidays. Having regard to the Plan documents, it was reasonable for the Tribunal to

texte de la convention de fiducie, qui interdit l'utilisation de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés, ne pouvait pas non plus imposer à la société l'obligation de payer les frais du régime. L'expression « bénéfice exclusif » est assujettie à la restriction qu'elle ne créera pas d'autres obligations pour la société. Le paiement des frais du régime est nécessaire pour préserver l'intégrité et assurer le maintien du régime, et l'existence du régime constitue un avantage pour les employés. Il est donc au bénéfice exclusif des employés que les frais visant à assurer le maintien du régime soient payés à même la caisse. Enfin, le paiement des frais du régime à même la caisse ne constitue pas une révocation partielle de la fiducie. En l'absence d'une obligation de la société de payer les frais du régime, les sommes qui se trouvent dans la caisse de retraite peuvent être utilisées pour payer les frais raisonnables et légitimes, et dans la mesure où les fonds servent à payer des frais légitimes nécessaires pour l'intégrité et le maintien du régime, la société ne prétend pas contrôler l'utilisation des fonds en fiducie. [17] [38-39] [44] [50-52] [55] [57] [59]

La société avait le droit de suspendre ses cotisations dans le cadre de l'arrangement CD. Lorsque les documents relatifs au régime prévoient que la pratique actuarielle détermine les besoins de financement, l'employeur peut suspendre ses cotisations à moins que le texte du régime ou la législation ne l'interdisent. Le droit de suspendre ses cotisations peut être exclu explicitement ou implicitement dans les cas où le régime prescrit une formule de calcul des cotisations de l'employeur qui retire tout pouvoir discrétionnaire à l'actuaire. En l'espèce, les cotisations de la société sont établies au moyen de calculs actuariels. L'alinéa 14b) du régime, dans sa version modifiée de 1965, prévoit des cotisations qui couvriront les futures prestations de retraite des participants et nécessite l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire puisqu'il n'établit pas les cotisations annuelles. La disposition n'empêche donc pas la société de suspendre ses cotisations si l'actuaire certifie qu'aucune cotisation n'est nécessaire pour verser aux participants les prestations de retraite qui leurs sont dues. [17] [68-70] [76]

La décision du Tribunal d'autoriser les suspensions de cotisations au volet CD du régime, une fois les modifications rétroactives apportées, n'était pas déraisonnable. Aucune restriction législative n'interdit la modification rétroactive visant à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la fiducie, la création d'un régime unique et d'une fiducie unique, et la suspension des cotisations au volet CD. Les documents relatifs au régime n'empêchent pas de combiner les deux volets dans un régime unique; de plus, rien dans ces documents et aucun principe du droit des fiducies n'interdisent l'utilisation de l'excédent actuariel pour suspendre les cotisations au

find that there was one plan and that, with a retroactive amendment, there could be one trust and that contribution holidays with respect to either or both of the DB and DC components of the Plan did not violate the exclusive benefit provision or constitute a partial revocation of the Trust. Similarly, it was not unreasonable that DC members could be designated beneficiaries of the Trust. The fact that DB and DC funds will be held by different custodians does not prevent them from belonging to the same trust. The Plan, after the retroactive amendments, would consist of DB and DC components. Members of both parts of the Plan therefore would be beneficiaries of the Trust and use of funds in the Trust to benefit either part would be allowed because the Trust explicitly provides that the funds can be used for the benefit of the beneficiaries. [84-85] [91] [93] [103] [110] [114]

Retroactively permitting the funding of the DC component from the DB surplus does not affect the exclusive benefit provisions of the Plan. Because the amendment will be retroactive, there would be no re-opening of a closed plan in law and no attempt to merge two independent trusts. The Plan and Trust in this case have not been terminated. Only a part of the Plan has been closed to new employees. There is, therefore, no actual surplus that has vested with the employees. The DB surplus remains actuarial and the DB members retain their right to the defined benefits provided for under the Plan. Their interest in the surplus is only to the extent that it cannot be withdrawn or misused. Retroactively amending the Plan takes no vested property right away from the DB members. They have no right to require surplus funding of the Plan in order to increase their security. [104] [106-107] [113]

In light of s. 24 of the *Financial Services Commission of Ontario Act, 1997*, the Tribunal did not err in holding that it could not award costs from the Fund. Since the Fund was not a party to the proceedings, the Tribunal could not order costs from the Fund. [17] [116-117]

The Court of Appeal correctly declined to award costs to the Committee from the Fund. The key question is whether the litigation is adversarial or whether it is aimed at the due administration of the pension trust fund. Adversarial claims will not qualify for a costs award from the trust fund. Here, the litigation was adversarial in nature because it was ultimately about

volet CD. Compte tenu des documents relatifs au régime, il était raisonnable pour le Tribunal de conclure qu'il y avait un régime unique et qu'à la suite de la modification rétroactive il pouvait y avoir une fiducie unique et que la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets PD et CD du régime, ou aux deux, ne violait pas la disposition relative au bénéficiaire exclusif ni ne constituait une révocation partielle de la fiducie. De même, il n'était pas déraisonnable que les participants CD puissent être désignés comme bénéficiaires de la fiducie. Le fait que les fonds des volets PD et CD soient détenus par différents fiduciaires ne les empêche pas d'appartenir à la même fiducie. Après l'adoption des modifications rétroactives, le régime serait constitué des volets PD et CD. Les participants aux deux volets du régime bénéficieraient de la fiducie et l'utilisation des fonds en fiducie au profit des participants de l'un ou l'autre des volets serait autorisée puisque la fiducie prévoit explicitement que les fonds peuvent être utilisés au profit des bénéficiaires. [84-85] [91] [93] [103] [110] [114]

Le fait de permettre rétroactivement le financement du volet CD au moyen de l'excédent du volet PD n'a pas d'incidence sur les dispositions du régime concernant le bénéficiaire exclusif. La modification étant rétroactive, il n'y aurait en droit aucune réouverture d'un régime fermé ni aucune tentative de fusionner deux fiducies indépendantes. En l'espèce, on n'a mis fin ni au régime, ni à la fiducie. Seule une partie du régime est fermée aux nouveaux employés. Par conséquent, aucun excédent réel n'est dévolu aux employés. L'excédent du volet PD demeure actuariel et les participants à ce volet conservent leur droit aux prestations définies aux termes du régime. Ils ont un intérêt dans l'excédent seulement dans la mesure où il ne peut être retiré ou mal employé. La modification rétroactive du régime ne prive pas les participants PD de leur droit de propriété dévolu. Ils n'ont pas le droit d'exiger des excédents financiers en vue de renforcer leur sécurité. [104] [106-107] [113]

Compte tenu de l'art. 24 de la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, le Tribunal n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il ne pouvait pas ordonner le paiement des dépens à même la caisse de retraite. Comme celle-ci n'était pas partie à l'instance, le Tribunal ne pouvait pas ordonner le paiement des dépens à même la caisse. [17] [116-117]

La Cour d'appel a eu raison de refuser d'adjuger les dépens au comité par prélèvement sur la caisse de retraite. Il s'agit principalement de savoir si le litige est contradictoire ou s'il est axé sur la bonne administration de la caisse de retraite. Les demandes de nature contradictoire ne donneront pas droit à une adjudication des dépens par prélèvement sur la caisse. En l'espèce, le

the propriety of the Company's actions and because the Committee sought to have funds paid into the Fund to the benefit of the DB members only. The Company was successful in this case and there is no reason to penalize it by diminishing the Fund surplus, thereby reducing its opportunity for contribution holidays. [17] [124] [128-129]

*Per LeBel and Fish JJ. (dissenting in part):* The Company's use of DB surplus to fund its obligations toward the DC plan is not supported by the legislative regime and constitutes a breach of the Plan provisions, the trust agreement, and the relevant principles of trust law. When the DC plan was created in 2000, the Company's employees ceased to be members of a single plan, and the employees in the DC plan were not beneficiaries of the DB trust. While the Tribunal acknowledged that the Company's amendments to the Plan in 2000 seeking to permit contribution holidays in the DC plan violated the terms of the 1954 trust agreement and constituted an encroachment on irrevocable trust funds, it failed to take these very principles into consideration when ordering its remedy of retroactively designating DC members as beneficiaries of the Fund. The retroactive amendment would breach the same terms of the trust agreement and the Plan's text that prohibited the DC contribution holidays in the first place. As a result, the Tribunal's decision that approved such an amendment was unreasonable. [135] [141]

The Court of Appeal therefore erred in upholding the Tribunal's contribution holiday decision and in reinstating the retroactive designation remedy. First, the court failed to consider the lack of support for this type of contribution holiday in the governing legislation and regulations which do not authorize the use of surplus in a DB fund to offset an employer's contribution obligations toward a DC plan except in the event of a full conversion from a DB to a DC plan. Full conversion has not occurred in this case. Second, the court adopted an unduly formalistic view of the pension plan and failed to appreciate the separate and distinct nature of the DB and DC plans in this case and instead focused on the formal existence of a single plan. To determine whether there is in fact a single plan in existence, it is necessary to examine the plan's particular arrangement, which will differ from case to case. The plan documentation must clearly evince an intention to maintain a single plan and, most importantly, the plan structure must actually reflect and follow from this intention. Here,

litige était de nature contradictoire parce qu'il portait, en dernière analyse, sur la légitimité des mesures prises par la société et parce que le comité demandait que les fonds soient versés dans la caisse au bénéfice exclusif des participants PD. La société a obtenu gain de cause en l'espèce et il n'existe aucune raison de la pénaliser en réduisant l'excédent de la caisse et, par conséquent, en réduisant ses possibilités de suspendre ses cotisations. [17] [124] [128-129]

*Les juges LeBel et Fish (dissidents en partie) :* Le régime législatif ne permet pas à la société d'utiliser l'excédent d'un régime PD pour financer ses cotisations obligatoires à un régime CD; une telle utilisation constitue une violation des dispositions du régime, de la convention de fiducie et des principes pertinents du droit des fiducies. En 2000, à la création du régime CD, les employés de la société ont cessé de participer à un régime unique. Ceux qui participent au régime CD (les « participants CD ») ne sont pas bénéficiaires de la fiducie PD. Le Tribunal a reconnu que les modifications apportées au régime par la société en 2000 qui visent à autoriser la suspension des cotisations au régime CD contreviennent à la convention de fiducie de 1954 et constituent un empiétement sur les fonds en fiducie irrévocable. Il n'a toutefois pas pris en considération ces principes lorsqu'il a ordonné, à titre de réparation, que les participants CD soient désignés rétroactivement comme bénéficiaires de la caisse. La modification rétroactive enfreindrait les dispositions mêmes de la convention de fiducie et le texte du régime, qui de toute façon interdisent la suspension des cotisations. Par conséquent, la décision du Tribunal d'approuver une telle modification est déraisonnable. [135] [141]

La Cour d'appel a donc fait erreur en confirmant que la décision du Tribunal sur la suspension des cotisations et en rétablissant la désignation rétroactive. Premièrement, la cour n'a pas tenu compte du fait que ce type de suspension des cotisations ne trouve pas appui dans les dispositions législatives et réglementaires applicables, qui n'autorisent pas l'employeur à compenser ses cotisations obligatoires à un régime CD par l'excédent accumulé dans la caisse d'un régime PD, sauf dans le cas d'une conversion totale d'un régime PD en un régime CD. En l'espèce, il n'y a pas eu conversion totale. Deuxièmement, la cour a donné une interprétation indûment formaliste au régime de retraite et n'a pas évalué la nature distincte des régimes PD et CD en l'espèce et s'est concentrée sur l'existence formelle d'un régime unique. Il faut examiner l'aménagement particulier de chaque régime, qui varie d'une affaire à l'autre, pour déterminer s'il n'existe effectivement qu'un seul régime. Les documents relatifs au régime doivent révéler clairement l'intention de maintenir un seul régime et, plus important encore, la structure

the plan documentation reveals a degree of segregation between the DB and DC plans that confirms that the amendments in 2000 effectively created a second pension plan whose members are not beneficiaries of the original fund. The DB and DC plans exist as separate entities and should not be treated as two components of a single plan. Third, the court ought to have considered the trust ramifications of the Company's DC contribution holidays as the law of trusts forbids an employer's attempts to control or withdraw irrevocable assets within the fund in order to take contribution holidays with respect to its obligations toward a different group of plan members. [142-144] [158] [162] [168] [201]

While the Company has the right to amend the Plan unilaterally, plan amendments are still subject to the terms of the 1954 trust agreement that prohibit the use of funds for other than the exclusive benefit of the trust beneficiaries, who in this case are DB members. The use of fund surplus to provide contribution holidays with respect to the DC plan violates the exclusive benefit provisions in the Plan and trust agreement as it benefits all but the DB members. As well, the designation of DC members as beneficiaries of the Fund would not be for the exclusive or even primary benefit of the DB members. Only the Company and DC members, who have no more entitlement to the Fund, stand to benefit from this designation. The unlawfulness of the DC contribution holidays would not be remedied even if the DC members could be declared beneficiaries of the Fund. The withdrawal of funds to enable the Company's DC contribution holidays would continue to violate the exclusive benefit provisions. There is no evidence that the structure of the Fund would change as a result of this designation. The Company would continue to take DC contribution holidays by withdrawing assets from the Fund and placing them in the DC members' accounts. This movement of funds is not for the exclusive benefit of any of the beneficiaries, whether DB or DC members. [174] [176-177] [183]

The Company's attempt to use the DB surplus to fund its contribution obligations toward the DC plan also violates one of the hallmarks of trust law: the prohibition against the revocation of trust assets. An employer may not remove pension contributions held in trust unless a power of revocation was expressly included in the trust at the time of its inception. A general power

du régime doit réellement refléter et respecter cette intention. En l'espèce, les documents relatifs au régime révèlent l'existence d'une séparation partielle entre le régime PD et le régime CD qui confirme que les modifications de 2000 ont effectivement créé un second régime de retraite dont les participants ne sont pas bénéficiaires du fonds initial. Les régimes PD et CD constituent des entités distinctes qui ne sauraient être traitées comme deux volets d'un même régime. Troisièmement, la cour aurait dû prendre en compte les ramifications qu'entraîne pour la fiducie la suspension des cotisations au régime CD dont s'est prévalu la société, car le droit des fiducies interdit à l'employeur de tenter de contrôler ou de retirer des éléments d'actif irrévocables de la caisse pour suspendre ses cotisations obligatoires à l'égard d'un autre groupe de participants au régime. [142-144] [158] [162] [168] [201]

La société a le droit de modifier unilatéralement le régime, mais les modifications demeurent assujetties à la convention de fiducie de 1954, qui interdit d'utiliser les fonds à d'autres fins que le bénéfice exclusif des bénéficiaires de la fiducie, c'est-à-dire en l'espèce les participants PD. L'utilisation de l'excédent de la caisse pour réaliser une suspension de cotisations au régime CD viole les dispositions relatives au bénéfice exclusif prévues dans le régime et la convention de fiducie puisque tous en bénéficient, sauf les participants PD. Par ailleurs, la désignation des participants CD comme bénéficiaires de la caisse ne bénéficierait pas exclusivement ni même principalement aux participants PD. Seuls la société et les participants CD, qui n'ont plus aucun droit à la caisse, pourraient certainement bénéficier de cette désignation. L'illégalité de la suspension des cotisations au régime CD ne serait pas corrigée même si les participants CD pouvaient être déclarés bénéficiaires de la caisse. Le retrait de fonds destiné à permettre à la société de suspendre ses cotisations au régime CD constituerait toujours une violation des dispositions relatives au bénéfice exclusif. Il n'a pas été démontré que la structure de la caisse serait modifiée par suite de cette désignation. La société continuerait à s'autoriser des suspensions de cotisations au régime CD en retirant des éléments d'actif de la caisse pour les déposer dans les comptes des participants CD. Ce déplacement de fonds ne profite exclusivement à aucun bénéficiaire, qu'il s'agisse de participants PD ou CD. [174] [176-177] [183]

En tentant d'utiliser l'excédent du régime PD pour financer ses cotisations obligatoires au régime CD, la société viole aussi un des principes qui caractérisent le droit des fiducies : l'interdiction de révoquer la fiducie. L'employeur ne peut retirer les cotisations de retraite détenues en fiducie à moins qu'un pouvoir de révocation ne soit expressément prévu dans la fiducie au moment

of amendment does not amount to a power of revocation. Once assets have been placed in the trust fund, the settlor cannot interfere with them and cannot withdraw them for his or her own use without the express power to do so in the trust agreement. This principle extends not only to the corpus of the trust fund but also to any surplus in the fund, unless there is specific wording in the plan documentation that would oust the surplus from the trust's ambit. In this case, the trust agreement contains no power of revocation, and the Company's contribution holidays in the DC plan from the DB surplus amounted to a partial revocation of the Trust. The shifting of assets from the DB fund to the DC members' accounts is a clear example of the Company's exercising control over trust assets. The same conclusion would be reached even if the DC members could legitimately be designated as beneficiaries of the Fund. [191-194] [196-197] [200]

### Cases Cited

By Rothstein J.

**Distinguished:** *Markle v. Toronto (City)* (2003), 63 O.R. (3d) 321; *Kemble v. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1; *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973; **considered:** *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *Hockin v. Bank of British Columbia* (1995), 123 D.L.R. (4th) 538; *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620; *Trent University Faculty Assn. v. Trent University* (1997), 35 O.R. (3d) 375; *Châteauneuf v. TSCO of Canada Ltd.* (1995), 124 D.L.R. (4th) 308; *Aegon Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196; *Barclays Bank Plc v. Holmes*, [2000] P.L.R. 339; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *GenCorp Canada Inc. v. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497; *Lockheed Corp. v. Spink*, 517 U.S. 882 (1996); *Sutherland v. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64; *National Grid Co. plc v. Mayes*, [2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417; *Buckton v. Buckton*, [1907] 2 Ch. 406; *Sutherland v. Hudson's Bay Co.* (2006), 53 C.C.P.B. 154; *Patrick v. Telus Communications Inc.*, 2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506; *Smith v. Michelin North America (Canada) Inc.*, 2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d) 274; *Huang v. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)*, 2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107; *Patrick v. Telus Communications Inc.*, 2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA

de sa création. Un pouvoir de modification général n'entraîne pas un pouvoir de révocation. Une fois les éléments d'actif déposés dans la caisse en fiducie, le constituant ne peut pas les modifier ni les retirer pour son propre usage, sauf si le pouvoir de le faire est expressément prévu dans la convention de fiducie. Ce principe s'applique non seulement au capital de la caisse en fiducie, mais aussi à l'excédent, à moins que le texte même des documents relatifs au régime ne soustraie l'excédent à l'application de la fiducie. En l'espèce, la convention de fiducie ne prévoit aucun pouvoir de révocation et la société a partiellement révoqué la fiducie en utilisant l'excédent du régime PD pour suspendre ses cotisations au régime CD. Le transfert d'éléments d'actif de la caisse d'un régime PD dans les comptes des participants CD représente un exemple évident du contrôle exercé par la société sur l'actif fiduciaire. La conclusion ne changerait pas même si les participants CD pouvaient en toute légitimité être désignés comme bénéficiaires de la caisse de retraite. [191-194] [196-197] [200]

### Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

**Distinction d'avec les arrêts :** *Markle c. Toronto (City)* (2003), 63 O.R. (3d) 321; *Kemble c. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1; *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973; **arrêts examinés :** *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Hockin c. Bank of British Columbia* (1995), 123 D.L.R. (4th) 538; *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620; *Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1997), 35 O.R. (3d) 375; *TSCO of Canada Ltd. c. Châteauneuf*, [1995] R.J.Q. 637; *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196; *Barclays Bank Plc c. Holmes*, [2000] P.L.R. 339; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *GenCorp Canada Inc. c. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497; *Lockheed Corp. c. Spink*, 517 U.S. 882 (1996); *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64; *National Grid Co. plc c. Mayes*, [2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417; *Buckton c. Buckton*, [1907] 2 Ch. 406; *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2006), 53 C.C.P.B. 154; *Patrick c. Telus Communications Inc.*, 2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506; *Smith c. Michelin North America (Canada) Inc.*, 2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d) 274; *Huang c. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)*, 2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107; *Patrick c. Telus Communications Inc.*, 2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74; *Burke c. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA

690, 299 D.L.R. (4th) 277; *Ontario Teachers' Pension Plan Board v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2003), 36 C.C.P.B. 154; *MacKinnon v. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688; *C.A.S.A.W., Local 1 v. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.*, 2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504; *Bentall Corp. v. Canada Trust Co.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181; *White v. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee*, 2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39; *Lennon v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736; *Turner v. Andrews*, 2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 53.

By LeBel J. (dissenting in part)

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *Sutherland v. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64; *Barclays Bank Plc v. Holmes*, [2000] P.L.R. 339; *Kemble v. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1; *Lennon v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736; *Baxter v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 43 C.C.P.B. 1; *Aegon Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196, aff'g (2003), 34 C.C.P.B. 1; *Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) v. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 271; *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973, rev'g 2001 BCCA 16, 195 D.L.R. (4th) 257; *Imperial Group Pension Trust Ltd. v. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597; *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1992), 98 D.L.R. (4th) 326, aff'd (1994), 110 D.L.R. (4th) 609; *Police Retirees of Ontario Inc. v. Ontario Municipal Employees' Retirement Board* (1999), 22 C.C.P.B. 49.

### Statutes and Regulations Cited

*Financial Services Commission of Ontario Act, 1997*, S.O. 1997, c. 28, s. 24.  
*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 13(2), 19, 34, 81(1), (2), 87(1), (2), 89(9).  
 R.R.O. 1990, Reg. 909, ss. 3, 7(3), 9, 13, 14.  
*Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23, ss. 6(b), 27(3).

### Authors Cited

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto: Irwin Law, 2006.  
 Ontario. Expert Commission on Pensions. *A Fine Balance: Safe Pensions, Affordable Plans, Fair Rules*. Toronto: The Commission, 2008.

690, 299 D.L.R. (4th) 277; *Ontario Teachers' Pension Plan Board c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2003), 36 C.C.P.B. 154; *MacKinnon c. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688; *C.A.S.A.W., Local 1 c. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.*, 2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504; *Bentall Corp. c. Canada Trust Co.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181; *White c. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee*, 2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39; *Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736; *Turner c. Andrews*, 2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 53.

Citée par le juge LeBel (dissident en partie)

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64; *Barclays Bank Plc c. Holmes*, [2000] P.L.R. 339; *Kemble c. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1; *Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736; *Baxter c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 43 C.C.P.B. 1; *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196, conf. (2003), 34 C.C.P.B. 1; *Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) c. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 271; *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, inf. 2001 BCCA 16, 195 D.L.R. (4th) 257; *Imperial Group Pension Trust Ltd. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597; *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 98 D.L.R. (4th) 326, conf. par (1994), 110 D.L.R. (4th) 609; *Police Retirees of Ontario Inc. c. Ontario Municipal Employees' Retirement Board* (1999), 22 C.C.P.B. 49.

### Lois et règlements cités

*Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, L.O. 1997, ch. 28, art. 24.  
*Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23, art. 6b), 27(3).  
*Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 13(2), 19, 34, 81(1), (2), 87(1), (2), 89(9).  
 R.R.O. 1990, règl. 909, art. 3, 7(3), 9, 13, 14.

### Doctrine citée

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto : Irwin Law, 2006.  
 Ontario. Commission d'experts en régimes de retraite. *Un juste équilibre : Une retraite sûre, Un régime*

Seller, Susan Gail. *Ontario Pension Law Handbook*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006.

Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Gillese and Rouleau JJ.A.), 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, 282 D.L.R. (4th) 227, 225 O.A.C. 163, 60 C.C.P.B. 67, [2007] O.J. No. 2176 (QL), 2007 CarswellOnt 3493, setting aside a decision of the Divisional Court (O'Driscoll, Jarvis and Molloy JJ.) (2006), 209 O.A.C. 21, 52 C.C.P.B. 1, [2006] O.J. No. 960 (QL), 2006 CarswellOnt 1503, and restoring the decisions of the Financial Services Tribunal, [2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL) and [2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL). Appeal dismissed, LeBel and Fish JJ. dissenting in part.

*Ari N. Kaplan, Kirk M. Baert and David Rosenfeld*, for the appellants.

*Ronald J. Walker, Christine P. Tabbert and Peggy A. McCallum*, for the respondent Kerry (Canada) Inc.

*Deborah McPhail*, for the respondent the Superintendent of Financial Services.

*Jeff W. Galway and Kathryn M. Bush*, for the intervenor the Association of Canadian Pension Management.

*Steven Barrett*, for the intervenor the Canadian Labour Congress.

The judgment of Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

## I. Introduction

[1] This appeal raises issues related to the obligations of an employer under a pension plan for its employees. In particular, the appeal concerns (1) whether the employer was responsible for paying

*abordable, Des règles équitables*. Toronto : La Commission, 2008.

Seller, Susan Gail. *Ontario Pension Law Handbook*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006.

Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Gillese et Rouleau), 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, 282 D.L.R. (4th) 227, 225 O.A.C. 163, 60 C.C.P.B. 67, [2007] O.J. No. 2176 (QL), 2007 CarswellOnt 3493, qui a infirmé une décision de la Cour divisionnaire (les juges O'Driscoll, Jarvis et Molloy) (2006), 209 O.A.C. 21, 52 C.C.P.B. 1, [2006] O.J. No. 960 (QL), 2006 CarswellOnt 1503, et rétabli les décisions du Tribunal des services financiers, [2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL) et [2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL). Pourvoi rejeté, les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie.

*Ari N. Kaplan, Kirk M. Baert et David Rosenfeld*, pour les appelants.

*Ronald J. Walker, Christine P. Tabbert et Peggy A. McCallum*, pour l'intimée Kerry (Canada) Inc.

*Deborah McPhail*, pour l'intimé le surintendant des services financiers.

*Jeff W. Galway et Kathryn M. Bush*, pour l'intervenante l'Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite.

*Steven Barrett*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève des questions relatives aux obligations d'un employeur aux termes du régime de retraite de ses employés. En particulier, il s'agit en l'espèce de décider (1) si l'employeur

plan expenses or whether such expenses were properly payable from the pension trust fund; (2) whether the employer could use actuarially determined surplus pension funds to satisfy its contribution obligations in respect of both defined benefit (“DB”) and defined contribution (“DC”) components of the pension plan. In addition, the appeal raises two issues with respect to costs: first, whether the Financial Services Tribunal (“Tribunal”) had the authority to award costs to the appellants out of the pension trust fund; second, when on judicial review of a pension decision, a court should exercise its discretion to award costs out of the pension trust fund.

[2] The Ontario Court of Appeal found in favour of the respondents on all issues before this Court. I am in agreement and I would dismiss this appeal.

## II. Facts

[3] The respondent employer (the “Company”) is presently named Kerry (Canada) Inc.; its predecessors include DCA Canada Inc. It has administered a pension plan (the “Plan”) for its employees since 1954. The terms of the Plan were set out in a pension plan text dated December 31, 1954. The Plan text required contributions from both the employees and the Company. A predecessor of the Company and the National Trust Company Limited entered into a separate trust agreement, also dated December 31, 1954. Contributions were paid into a trust (the “Trust”) created under the trust agreement and held in a trust fund (the “Trust Fund” or the “Fund”).

[4] The Plan has about 80 members. By 2001, the Fund had been in an actuarially determined surplus position for a number of years.

[5] The Plan text and the Trust Agreement have been amended a number of times. Until 1984, the Company paid the Plan expenses directly. In 1985,

était tenu de payer les frais du régime de retraite ou si ces frais étaient payables à même la caisse de retraite; (2) si l’employeur pouvait utiliser l’excédent actuariel de la caisse de retraite pour s’acquitter de ses obligations en matière de cotisations, tant dans le volet à prestations déterminées (le volet « PD ») que dans le volet à cotisations déterminées (le volet « CD ») du régime. De plus, le pourvoi soulève deux questions se rapportant aux dépens : premièrement, le Tribunal des services financiers (« Tribunal ») avait-il le pouvoir d’ordonner le paiement des dépens aux appelants à même la caisse de retraite; deuxièmement, lors du contrôle judiciaire d’une décision portant sur les régimes de retraite, le tribunal de révision doit-il exercer son pouvoir discrétionnaire pour adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite?

[2] La Cour d’appel de l’Ontario a tranché en faveur des intimés sur toutes les questions dont la Cour est maintenant saisie. Je suis d’accord et je suis d’avis de rejeter le présent pourvoi.

## II. Les faits

[3] L’employeur intimé (la « société ») est actuellement nommé Kerry (Canada) Inc.; ses prédécesseurs comprennent DCA Canada Inc. Depuis 1954, l’employeur administre un régime de retraite (le « régime ») pour ses employés. Les modalités du régime étaient énoncées dans un texte entré en vigueur le 31 décembre 1954. Selon ce texte, les employés et la société devaient verser des cotisations. Un prédécesseur de la société et la National Trust Company Limited ont conclu une convention de fiducie, aussi en date du 31 décembre 1954. Les cotisations étaient versées dans une fiducie (la « fiducie ») créée en vertu de la convention et détenues dans une caisse en fiducie (la « caisse en fiducie » ou la « caisse »).

[4] Environ 80 personnes participent au régime. En 2001, la caisse affichait un excédent actuariel depuis déjà plusieurs années.

[5] Le texte du régime et la convention de fiducie ont été modifiés à plusieurs reprises. Jusqu’en 1984, la société payait directement les frais du régime.

following amendments to the Plan documents, third-party Plan expenses for actuarial, investment management and audit services were paid from the Fund. Between 1985 and 2002, approximately \$850,000 was paid from the Fund to cover these expenses.

[6] As of 1985, the Company also started taking contribution holidays from its funding obligations, that by 2001 were worth approximately \$1.5 million.

[7] Prior to 2000, the Plan existed solely as a DB pension plan. In 2000, the Plan text was amended again in order to introduce a DC component. The DB pension component continued for existing employees, but was closed to new employees; thereafter, all newly hired employees would join the DC component. Employees who were DB members had the option of converting to the DC component. As a result of these amendments, employees were divided into Part 1 Members, who participated in the Plan's DB provisions and Part 2 Members who, after January 1, 2000, participated in the DC part of the Plan. The Trust Fund was constituted in two separate funding vehicles with two separate trustees. The Company announced its intention to take contribution holidays from its obligations to DC members by using the surplus accumulated in the Fund from the DB component, which still covered DB members, to satisfy the premiums owing to the DC component.

[8] The appellants are members of the DCA Employees Pension Committee and former employees of the Company who participated in the Plan (the "Committee"). The Committee was created by employees of the Company and is distinct from the Retirement Committee created under the Plan documents. After the Company introduced the 2000 amendments, the Committee asked the Superintendent of Financial Services ("Superintendent"), the other respondent in this

En 1985, à la suite des modifications apportées aux documents relatifs au régime, elle a commencé à payer à même la caisse les services d'actuariat, de gestion des investissements et de vérification fournis par des tiers. Entre 1985 et 2002, environ 850 000 \$ ont été prélevés sur la caisse pour couvrir ces frais.

[6] À partir de 1985, la société a aussi commencé à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations à l'égard de ses obligations de financement, c'est-à-dire à recourir aux suspensions de cotisations; en 2001 le montant des cotisations non versées s'élevait à environ 1,5 M\$.

[7] Avant 2000, le régime ne comportait que le volet PD. En 2000, son texte a été modifié de nouveau de manière à comporter un volet CD. Le volet PD a continué de s'appliquer aux employés en poste, mais il était fermé aux nouveaux employés; ainsi, tous les nouveaux employés participeraient au volet CD. Les employés qui participaient au volet PD ont eu la possibilité de passer au volet CD. Par l'effet de ces modifications, les employés ont été divisés en « participants de la partie 1 » — ceux qui participaient au volet PD du régime —, et en « participants de la partie 2 » — ceux qui, après le 1<sup>er</sup> janvier 2000, participaient au volet CD du régime. Le régime de retraite était constitué de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires différents. La société a fait part de son intention de suspendre ses cotisations à l'égard des participants au volet CD (les « participants CD ») en employant l'excédent de la caisse du volet PD, lequel couvrait encore les participants au volet PD (les « participants PD »), pour acquitter les primes dues relativement au volet CD.

[8] Les appelants sont des membres du comité de retraite des employés de DCA et des anciens employés de la société qui participaient au régime (le « comité »). Le comité a été créé par des employés de la société et il est distinct du comité de retraite créé aux termes des documents relatifs au régime. Après la présentation des modifications de 2000, le comité a demandé au surintendant des services financiers (« surintendant »), l'autre intimé en l'espèce, de rendre en vertu de la *Loi sur les régimes*

case, to make a number of orders under the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“PBA”), relating to the payment of Plan expenses from the Fund and the Company’s contribution holidays.

[9] The Superintendent issued two Notices of Proposal. Under the first Notice of Proposal, the Superintendent proposed to order that the Company reimburse the Fund for expenses that had not been incurred for the exclusive benefit of Plan members. Under the second, the Superintendent proposed to refuse, among other things, to order the Company to reimburse the Fund for the contribution holidays it had taken. The Company requested a hearing before the Tribunal to challenge the Notice of Proposal regarding expenses. The Committee challenged the second Notice of Proposal concerning contribution holidays before the Tribunal. The Superintendent was a party to both hearings.

[10] On the issues relevant in this appeal, the Tribunal generally ruled in favour of the Company. At the first hearing, it held that all of the Plan expenses at issue could be paid from the Fund except for \$6,455 in consulting fees related to the introduction of the DC part of the Plan ([2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL)).

[11] In the second hearing, the Tribunal held that the Company was entitled to take contribution holidays while the Fund was in a surplus position ([2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL)). The Tribunal did recognize that the Plan documents as amended in 2000 did not permit DC contribution holidays. However, it held that the Company could retroactively amend the Plan provisions to designate the DC members as beneficiaries of the Trust Fund, thereby allowing the Company to fund its DC contributions from the DB surplus.

[12] The Tribunal also refused to award costs ([2004] O.F.S.C.D. No. 190 (QL) and [2004] O.F.S.C.D. No. 191 (QL)). With respect to costs in

*de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« LRR »), un certain nombre d’ordonnances relativement au paiement des frais du régime à même la caisse et aux suspensions de cotisations dont s’est prévalu la société.

[9] Le surintendant a émis deux avis de proposition. Aux termes du premier avis, il a proposé d’ordonner à la société de rembourser à la caisse les frais qui n’avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des participants au régime. Aux termes du deuxième avis, il a proposé de refuser, entre autres, d’ordonner à la société de verser à la caisse les cotisations qu’elle aurait dû payer si elle ne s’était pas prévalu d’une suspension de cotisations. La société a demandé la tenue d’une audience devant le Tribunal pour contester l’avis de proposition relatif aux frais. Le comité a contesté devant le Tribunal le deuxième avis de proposition relatif aux suspensions de cotisations. Le surintendant était partie aux deux audiences.

[10] En ce qui concerne les questions pertinentes en l’espèce, le Tribunal a, de façon générale, tranché en faveur de la société. Lors de la première audience, il a conclu que tous les frais du régime en question pouvaient être prélevés sur la caisse, exception faite des 6 455 \$ pour les honoraires de consultation liés à l’introduction du volet CD du régime ([2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL)).

[11] Lors de la deuxième audience, le Tribunal a conclu que la société pouvait suspendre ses cotisations quand la caisse était excédentaire ([2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL)). Le Tribunal a reconnu que les documents relatifs au régime, dans leur version modifiée de 2000, n’autorisaient pas la suspension des cotisations au régime CD. Il a toutefois conclu que la société pouvait rétroactivement modifier les dispositions du régime afin de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse en fiducie, ce qui permettait ainsi à la société de financer ses cotisations au volet CD par prélèvement sur l’excédent du volet PD.

[12] Le Tribunal a également refusé d’adjuger des dépens ([2004] O.F.S.C.D. No. 190 (QL) et [2004] O.F.S.C.D. No. 191 (QL)). Pour ce qui est des dépens

the second hearing, a majority of the Tribunal held it did not have the authority to order costs from the Fund and that regardless it did not think a costs award against either party was justified.

[13] The Committee appealed these decisions to the Divisional Court.

### III. Lower Court Rulings

[14] The Divisional Court ruled that the payment of Plan expenses out of the Trust Fund constituted a partial revocation of the Trust, noting that this Court's decision in *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611, forbids revoking a trust unless a specific power to do so was reserved at the time the trust was constituted. The Divisional Court upheld the Tribunal's ruling that DB contribution holidays were permitted as nothing in the Plan texts precluded them.

[15] However, it ruled that the surplus in the Fund accumulated under the DB arrangement could not be used to fund the employer's contribution obligations to the DC arrangement. It ruled that the 2000 Plan text created two separate funds — one for the DB arrangement and one for the DC arrangement. It concluded that there were “in law” two plans and two pension funds, which could not be joined.

[16] The Divisional Court held that the Tribunal was correct that it did not have jurisdiction to award costs out of the Fund ((2006), 209 O.A.C. 21). However, it held that the court could award costs from the Fund. It ordered the Company to pay the Committee's costs on a partial indemnity basis ((2006), 213 O.A.C. 271). It also ordered that the difference between these costs and the Committee's solicitor-client costs be paid to them out of the Fund.

[17] Gillese J.A., writing for a unanimous Ontario Court of Appeal, allowed the Company's appeal, dismissed the Committee's cross-appeal and upheld the Tribunal's rulings on the issues before

relatifs à la deuxième audience, il a conclu, à la majorité, qu'il n'avait pas le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse et que, de toute façon, il estimait injustifié de condamner l'une ou l'autre des parties aux dépens.

[13] Le comité a interjeté appel de ces décisions devant la Cour divisionnaire.

### III. Décisions des instances inférieures

[14] La Cour divisionnaire a conclu que le paiement des frais du régime à même la caisse en fiducie constituait une révocation partielle de la fiducie, faisant remarquer que la décision de la Cour dans *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611, interdit la révocation d'une fiducie à moins que cela n'ait été expressément prévu au moment de la constitution de la fiducie. La Cour divisionnaire a confirmé la décision du Tribunal selon laquelle les suspensions des cotisations dans le cadre de l'arrangement PD étaient autorisées puisque les textes du régime ne l'interdisaient pas.

[15] Toutefois, la Cour divisionnaire a conclu que l'excédent de la caisse accumulé dans le cadre de l'arrangement PD ne pouvait servir à financer les cotisations de l'employeur à l'arrangement CD. Elle a statué que, selon le texte du régime de 2000, deux caisses distinctes avaient été créées — l'une pour l'arrangement PD et l'autre pour l'arrangement CD. Elle est arrivée à la conclusion qu'il y avait « en droit » deux régimes et deux caisses de retraite, lesquels ne pouvaient être mis en commun.

[16] La Cour divisionnaire a conclu que le Tribunal avait eu raison d'affirmer qu'il n'avait pas compétence pour ordonner le paiement des dépens à même la caisse ((2006), 209 O.A.C. 21). Toutefois, elle estimait qu'elle avait compétence pour le faire. Elle a ordonné à la société de payer les dépens du comité sur une base d'indemnisation partielle ((2006), 213 O.A.C. 271). Elle a aussi ordonné que la différence entre ces dépens et les dépens avocat-client du comité soit payée à même la caisse.

[17] La juge Gillese, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario, a accueilli l'appel de la société, a rejeté l'appel incident du comité et a confirmé les décisions du Tribunal sur

this Court: 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, and 2007 ONCA 605, 282 D.L.R. (4th) 625.

#### IV. Issues

- [17a] 1. Did the Tribunal err in concluding that the Company did not have the obligation to pay the expenses at issue?
2. Did the Tribunal err in concluding that the Company was entitled to take contribution holidays with respect to the DB arrangement?
3. Did the Tribunal err in concluding that the Company was entitled to take contribution holidays with respect to the DC arrangement?
- 4a. Did the Tribunal err in holding that it could not award costs from a pension trust fund?
- 4b. Did the Court of Appeal err in declining to award costs to the Committee from the Trust Fund?

[18] An issue surrounding the notice given by the Company in relation to its 2000 amendments was raised before the Tribunal and the courts below. It was not argued before this Court.

#### V. Preliminary Matters

##### A) *Pension Terminology*

[19] There are two main categories of pension plans. Defined Benefit plans (“DB” plans) guarantee the employees specific benefits on retirement. The employer is usually responsible to make contributions which ensure the plan’s trust fund can cover the expected future benefits that it will pay out to retiring employees. Actuaries are generally retained to estimate the contributions needed. Should the actuary determine that the funds in the trust are greater than the amount needed to cover future benefits, the plan is said to be in surplus. If the legislation and plan documentation permits, the

les questions dont la Cour est saisie : 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, et 2007 ONCA 605, 282 D.L.R. (4th) 625.

#### IV. Questions en litige

- [17a] 1. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la société n’était pas tenue de payer les frais en question?
2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la société pouvait suspendre ses cotisations dans le cadre de l’arrangement PD?
3. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la société pouvait suspendre ses cotisations dans le cadre de l’arrangement CD?
- 4a. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu’il ne pouvait pas ordonner le paiement des dépens à même une caisse de retraite?
- 4b. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en refusant d’adjuger les dépens au comité par prélèvement sur la caisse de retraite?

[18] Une question se rapportant à l’avis donné par la société relativement aux modifications apportées en 2000 a été soulevée devant le Tribunal et les tribunaux d’instance inférieure. Cette question n’a pas été débattue devant la Cour.

#### V. Questions préliminaires

##### A) *Terminologie des régimes de retraite*

[19] Il existe deux catégories principales de régimes de retraite. Les régimes PD garantissent aux employés des prestations de retraite déterminées. L’employeur est normalement tenu de cotiser pour que la caisse en fiducie du régime couvre les prestations dont on s’attend qu’il versera aux employés qui prennent leur retraite. Des actuaires sont généralement chargés d’évaluer le montant des cotisations à verser. Si l’actuaire constate que les fonds de la fiducie dépassent le montant nécessaire pour couvrir les prestations futures, on dit que le régime enregistre un excédent. Si la législation et les documents

employer may take a contribution holiday, whereby the surplus funds are used to cover the employer's contribution obligations. Should the actuary determine that the trust has less money than is needed to cover future benefits, the plan is in deficit and the employer is required to make the necessary contributions to ensure the benefit obligations can be met.

[20] In Defined Contribution plans ("DC" plans), the employer guarantees the amount of contribution it will make for each employee. The benefits on retirement are determined by these contributions and any earnings from their investment. Since no benefits are guaranteed, DC plans do not have surpluses or deficits.

[21] A further distinction exists between terminating, winding up, and closing a pension plan. Termination and wind-up are part of the process of discontinuing a pension plan, whereby contributions cease being made, benefits cease being paid out and assets are distributed. Generally earned employee benefits are paid into a new retirement vehicle for the employees: see A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), at pp. 502 ff. and S. G. Seller, *Ontario Pension Law Handbook* (2nd ed. 2006), at pp. 61 ff. Closing a plan's membership, by contrast, does not imply discontinuing it or liquidating its assets. A closed plan will continue to pay benefits to its members and may continue to require contributions. However, it will no longer accept new members.

#### B) *Standard of Review*

[22] On the issues before this Court, the Divisional Court reviewed the Tribunal's decision on a correctness standard. The Court of Appeal reviewed the issues of Plan expenses, DB contribution holidays and DC contribution holidays on a reasonableness standard, though it would have upheld the Tribunal's rulings on a correctness review as well. It reviewed the issue of the Tribunal's authority to award costs from the Fund on a correctness standard.

relatifs au régime le permettent, l'employeur peut suspendre ses cotisations, et les fonds excédentaires servent à couvrir les obligations de l'employeur en matière de cotisations. Si l'actuaire constate que la fiducie ne possède pas l'argent requis pour couvrir les prestations futures, le régime accuse un déficit et l'employeur doit verser les cotisations nécessaires pour s'acquitter de ses obligations en matière de prestations.

[20] Dans les régimes CD, l'employeur garantit le montant de la cotisation qu'il versera pour chaque employé. Les prestations de retraite sont déterminées en fonction de ces cotisations et de leurs gains d'investissement. Comme les prestations ne sont pas garanties, les régimes CD ne sont ni excédentaires ni déficitaires.

[21] Une autre distinction est établie entre la cessation, la liquidation et la fermeture d'un régime de retraite. La cessation et la liquidation s'inscrivent dans le processus d'interruption d'un régime de retraite; le versement des cotisations et des prestations cesse et les actifs sont distribués. En général, les prestations accumulées sont versées dans un nouvel instrument d'épargne-retraite pour les employés : voir A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 502 et suiv., et S. G. Seller, *Ontario Pension Law Handbook* (2<sup>e</sup> éd. 2006), p. 61 et suiv. Par contre, la fermeture d'un régime ne commande pas la cessation ou la liquidation. Un régime fermé continue de verser des prestations à ses participants et peut continuer d'exiger des cotisations. Toutefois, il n'accepte plus de nouveaux participants.

#### B) *Norme de contrôle*

[22] En ce qui concerne les questions dont la Cour est saisie, la Cour divisionnaire a appliqué à son examen de la décision du Tribunal la norme de la décision correcte. La Cour d'appel a examiné les questions des frais du régime, de la suspension des cotisations au volet PD et de la suspension des cotisations au volet CD selon la norme de la raisonabilité, bien qu'elle aurait aussi confirmé les décisions du Tribunal selon la norme de la décision correcte. Elle a appliqué la norme de la décision correcte à l'examen de la question du pouvoir du Tribunal d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse.

[23] Since the Court of Appeal released its decision in this case, this Court has revisited the analytical framework for determining standard of review in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. That decision established a two-step process for determining the applicable standard of review (para. 62).

[24] Under the first step of the process, the court must “ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question” (para. 62). In *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, this Court applied a standard of correctness to the Tribunal’s ruling involving the interpretation of the *PBA*. This case does not involve the interpretation of the *PBA*. It is, therefore, necessary to consider the second step of the *Dunsmuir* process.

[25] The second step involves applying the “standard of review analysis”, which Bastarache and LeBel JJ. explained this way in *Dunsmuir*, at para. 64:

The analysis must be contextual. As mentioned above, it is dependent on the application of a number of relevant factors, including: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal. In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case.

[26] In this case, there is no privative clause.

[27] Under the *PBA*, the purpose of the Tribunal is to review decisions of the Superintendent of Financial Institutions in the context of the regulation of the pension sector. Where it is of the opinion that the *PBA* is not being followed, the Superintendent “may require an administrator or any other person to take or to refrain from taking any action in respect of a pension plan or a pension

[23] Depuis que la Cour d’appel a rendu sa décision en l’espèce, la Cour a réexaminé dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, le cadre d’analyse permettant de déterminer la norme de contrôle applicable et elle a établi à cette fin un processus en deux étapes (par. 62).

[24] À la première étape, la cour « vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier » (par. 62). Dans *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, la Cour a appliqué la norme de la décision correcte à la conclusion du Tribunal relative à l’interprétation de la *LRR*. En l’espèce, l’interprétation de la *LRR* n’est pas en cause. Il faut donc passer à la deuxième étape du processus établi dans *Dunsmuir*.

[25] À la deuxième étape, il faut entreprendre l’« analyse relative à la norme de contrôle », que les juges Bastarache et LeBel ont expliquée ainsi dans *Dunsmuir* :

L’analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l’application d’un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable. [par. 64]

[26] En l’espèce, il n’existe aucune clause privative.

[27] Aux termes de la *LRR*, le Tribunal a pour raison d’être l’examen des décisions du surintendant des institutions financières dans le contexte de la réglementation des régimes de retraite. S’il est d’avis que la *LRR* n’est pas respectée, le surintendant « peut [. . .] demander à un administrateur ou à une autre personne de prendre ou de s’abstenir de prendre des mesures à l’égard d’un régime de

fund” (s. 87(1) and (2)). The *PBA* provides a right of appeal to the Tribunal for many of these orders at the proposal stage. At s. 89(9), it grants the Tribunal the power to

direct the Superintendent to carry out or to refrain from carrying out the proposal and to take such action as the Tribunal considers the Superintendent ought to take in accordance with this Act and the regulations, and for such purposes, the Tribunal may substitute its opinion for that of the Superintendent.

The Tribunal, therefore, serves an adjudicative function within Ontario’s pension regulation scheme.

[28] The purpose of the *PBA* was explained at para. 13 of *Monsanto*, citing *GenCorp Canada Inc. v. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497 (Ont. C.A.), at para. 16:

[T]he *Pension Benefits Act* is clearly public policy legislation establishing a carefully calibrated legislative and regulatory scheme prescribing minimum standards for all pension plans in Ontario. It is intended to benefit and protect the interests of members and former members of pension plans, and “evinces a special solicitude for employees affected by plant closures”.

In *Monsanto*, Deschamps J. noted that this objective of protecting employees is balanced against the fact that pension legislation is a complex administrative scheme in which the regulator has a certain advantage because it is closer to the industry (para. 14). The Tribunal plays a role in the administration of this complex scheme when reviewing decisions of the Superintendent taken under the *PBA*.

[29] The questions at issue in this appeal are largely questions of law, in that they involve the interpretation of pension plans and related texts, as noted above. However, the Tribunal does have expertise in the interpretation of such texts, being both close to the industry and more familiar with the administrative scheme of pension law.

retraite ou d’une caisse de retraite » (par. 87(1) et (2)). La *LRR* prévoit un droit devant le Tribunal à l’encontre de bon nombre de ces avis d’intention de rendre un ordre. Au paragraphe 89(9), elle autorise le Tribunal à

enjoindre au surintendant de donner suite ou de s’abstenir de donner suite à l’intention, et de prendre les mesures que le Tribunal estime qu’il devrait prendre conformément à la présente loi et aux règlements et, à ces fins, le Tribunal peut substituer son opinion à celle du surintendant.

Le Tribunal exerce donc une fonction juridictionnelle dans le régime de réglementation des régimes de retraite de l’Ontario.

[28] Au paragraphe 13 de *Monsanto*, la Cour a expliqué l’objet de la *LRR* en citant *GenCorp Canada Inc. c. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497 (C.A. Ont.), par. 16 :

[TRADUCTION] [L]a *Loi sur les régimes de retraite* est manifestement une loi d’intérêt général instaurant un cadre législatif et réglementaire soigneusement conçu qui prescrit des normes minimales applicables à tous les régimes de retraite en Ontario. Elle vise à favoriser et à protéger les intérêts des participants et anciens participants aux régimes de retraite et « démontre une grande sollicitude envers les employés touchés par une fermeture d’entreprise ».

Dans *Monsanto*, le juge Deschamps a signalé que la recherche d’un équilibre entre cet objectif de protection des employés et le fait que la législation sur les régimes de retraite est un régime administratif complexe où l’organisme de réglementation jouit d’un certain avantage parce qu’il est plus près du secteur d’activités (par. 14). Le Tribunal joue un rôle dans l’administration de ce régime complexe lorsqu’il examine les décisions prises par le surintendant en vertu de la *LRR*.

[29] Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont essentiellement des questions de droit car elles portent sur l’interprétation des régimes de retraite et des textes s’y rapportant, comme je l’ai déjà signalé. Toutefois, le Tribunal possède une expertise pour l’interprétation de ces textes puisqu’il est près du secteur d’activités et qu’il connaît davantage le régime administratif du droit régissant les régimes de retraite.

[30] Having regard to the purpose of the Tribunal, the nature of the questions and the expertise of the Tribunal, the appropriate standard of review is reasonableness for the issues of Plan expenses, DB contribution holidays and DC contribution holidays.

[31] The issue of the Tribunal's authority to order costs from the Fund requires the interpretation of the Tribunal's enabling statute, the *Financial Services Commission of Ontario Act, 1997*, S.O. 1997, c. 28. As noted in *Dunsmuir*, at para. 54, "[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity".

[32] On the other hand, para. 59 of *Dunsmuir* states that "[a]dministrative bodies must also be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*." However, para. 59 goes on to note that it is important "to take a robust view of jurisdiction" and that true questions of jurisdiction "will be narrow".

[33] Administrative tribunals are creatures of statute and questions that arise over a tribunal's authority that engage the interpretation of a tribunal's constating statute might in one sense be characterized as jurisdictional. However, the admonition of para. 59 of *Dunsmuir* is that courts should be cautious in doing so for fear of returning "to the jurisdiction/preliminary question doctrine that plagued the jurisprudence in this area for many years".

[34] The inference to be drawn from paras. 54 and 59 of *Dunsmuir* is that courts should usually defer when the tribunal is interpreting its own statute and will only exceptionally apply a correctness of standard when interpretation of that statute raises a broad question of the tribunal's authority.

[30] Compte tenu de la raison d'être du Tribunal, de la nature des questions en jeu et de l'expertise du Tribunal, la norme de contrôle applicable à l'examen des questions liées aux frais du régime, aux suspensions des cotisations au régime PD et aux suspensions des cotisations au régime CD est celle de la décision raisonnable.

[31] La question de savoir si le Tribunal peut ordonner le paiement des dépens à même la caisse exige l'interprétation de la loi créant le Tribunal, la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, L.O. 1997, ch. 28. Comme l'a souligné la Cour dans *Dunsmuir*, par. 54, « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise ».

[32] En revanche, la Cour a affirmé dans *Dunsmuir*, par. 59 : « Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. » Elle a toutefois ajouté qu'il importe « de considérer la compétence avec rigueur » et que les véritables questions de compétence ont « une portée restreinte ».

[33] Les tribunaux administratifs sont constitués par la loi et les questions portant sur leurs pouvoirs qui nécessitent l'interprétation de la loi constitutive pourraient en un sens être qualifiées de questions de compétence. Dans *Dunsmuir*, par. 59, la Cour recommande toutefois aux tribunaux de faire preuve de prudence lorsqu'ils décident s'il s'agit de questions de compétence, par crainte de revenir « à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années ».

[34] Selon ce qui ressort des par. 54 et 59 de *Dunsmuir*, la déférence est habituellement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive et il convient d'appliquer la norme de la décision correcte uniquement dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire lorsque l'interprétation de cette loi soulève la question générale de la compétence du tribunal.

[35] Here there is no question that the Tribunal has the statutory authority to enquire into the matter of costs; the issue involves the Tribunal interpreting its constating statute to determine the parameters of the costs order it may make. The question of costs is one that is incidental to the broad power of the Tribunal to review decisions of the Superintendent in the context of the regulation of pensions. It is one over which the Court should adopt a deferential standard of review to the Tribunal's decision.

[36] I have arrived at the same conclusion as the Court of Appeal with respect to the standard of review that is applicable to the issues before this Court except on the issue of the Tribunal's jurisdiction to award costs from the Fund. As mentioned above, Gillese J.A. also found that the Tribunal's decisions on these issues withstood a correctness review. She came to this conclusion through an analysis that was more detailed than is necessary for a review on a standard of reasonableness. However, her analysis is cogent and proves that the Tribunal's decisions would clearly satisfy a review on a reasonableness standard. These reasons adopt large portions of her analysis.

## VI. Issue 1 — Plan Expenses

### A) *Background*

[37] Since 1985, Plan expenses had been paid from the Fund, rather than by the Company. These include expenses relating to accounting, actuarial, investment and trustee services. In 1994, the Company accepted that it was responsible for certain trustee fees and administrative expenses. As a result, it reimbursed approximately \$235,000 to the Fund. The remaining expenses, totalling approximately \$850,000 through 2002 remain in dispute.

[38] The Tribunal ruled that expenses were payable from the Trust Fund, with the exception of \$6,455 in consulting fees relating to a study of

[35] En l'espèce, il ne fait aucun doute que la loi confère au Tribunal le pouvoir d'examiner la question des dépens; le Tribunal doit interpréter sa loi constitutive afin d'établir les paramètres de l'ordonnance relative aux dépens qu'il peut rendre. La question des dépens est liée au pouvoir général du Tribunal d'examiner les décisions du surintendant dans le contexte de la réglementation des régimes de retraite. La Cour devrait appliquer la norme de contrôle qui commande la déférence à l'égard de la décision du Tribunal relative à la question des dépens.

[36] Je suis arrivé à la même conclusion que la Cour d'appel en ce qui concerne la norme de contrôle applicable aux questions dont la Cour est saisie, sauf pour la question de la compétence du Tribunal à adjuger des dépens par prélèvement sur la caisse. Comme je l'ai déjà dit, la juge Gillese a aussi conclu que les décisions du Tribunal sur ces questions ont résisté à la norme de la décision correcte. Elle en est venue à cette conclusion en effectuant une analyse plus détaillée que nécessaire pour un contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable. Toutefois, son analyse est convaincante et prouve que les décisions du Tribunal satisferaient clairement à cette norme de contrôle. Dans les présents motifs, je reprends de grandes parties de son analyse.

## VI. Question 1 — Frais du régime

### A) *Contexte*

[37] Depuis 1985, les frais du régime ont été payés par prélèvement sur la caisse plutôt que par la société. Ces frais comprennent les dépenses liées aux services de comptabilité, d'actuariat, d'investissement et de fiducie. En 1994, la société a reconnu qu'elle était tenue de payer certains honoraires du fiduciaire et certains frais administratifs. Par conséquent, elle a remboursé près de 235 000 \$ à la caisse. Les autres frais, évalués à environ 850 000 \$ jusqu'en 2002, sont encore en litige.

[38] Le Tribunal a statué que les frais devaient être payés par prélèvement sur la caisse de retraite, à l'exception de 6 455 \$ en frais de consultation liés à

the possibility of introducing a DC component to the Plan ([2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL), at para. 38). The Divisional Court held that the Tribunal's decision was incorrect. The expenses could not be paid out of the Trust Fund as they were not for the exclusive benefit of the employees. Moreover, the Divisional Court ruled that the paying of expenses out of the Fund constituted a partial revocation of the Trust.

[39] Gillese J.A. approached the question of the responsibility for payment of Plan expenses by looking first to the *PBA*, as amended, and then to the common law to determine whether any statutory provisions or common law rules place such an obligation on the employer. She found nothing in the *PBA* or the common law that would impose such a requirement on the employer. She then focussed on the Plan documents and found nothing in them that would require the employer to pay Plan expenses.

[40] I am in substantial agreement with her analysis and conclusion. The Committee cites no statutory or common law authority that would oblige an employer to pay the expenses of a pension plan. Rather, the obligations of the employer will be determined by the text and context of the Plan documents.

#### B) *Textual Analysis*

[41] The Committee's position is that because the original Plan documents did not expressly permit Plan expenses to be paid from the Trust Fund, expenses must be paid by the employer. It argues that paying Plan expenses from the Fund would not be for the exclusive benefit of the employees and would partially revoke the Trust.

[42] The Company replies that the Plan documents do not create an express obligation for the employer to pay Plan expenses. This is because the documents do not address the Plan expenses at issue in this appeal.

une étude sur la possibilité d'ajouter un volet CD au régime ([2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL), par. 38). La Cour divisionnaire a conclu que la décision du Tribunal était erronée. Les frais ne pouvaient pas être payés à même la caisse puisqu'ils n'avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des employés. De plus, la Cour divisionnaire a conclu que le paiement des frais à même la caisse constituait une révocation partielle de la fiducie.

[39] La juge Gillese a abordé la question de la responsabilité à l'égard du paiement des frais du régime en examinant d'abord la *LRR*, dans sa version modifiée, puis en examinant la common law pour déterminer si des dispositions législatives ou les règles de la common law imposent une telle obligation à l'employeur. Elle n'a rien trouvé dans la *LRR* ou dans la common law qui aurait pour effet d'imposer une telle exigence à l'employeur. Elle s'est ensuite tournée vers les documents relatifs au régime et n'y a rien trouvé qui obligerait l'employeur à payer les frais du régime.

[40] Je souscris pour l'essentiel à son analyse et à sa conclusion. Le comité ne cite aucune source de nature législative ou jurisprudentielle qui obligerait un employeur à payer les frais d'un régime de retraite. Les obligations de l'employeur seront plutôt déterminées par le texte et le contexte des documents relatifs au régime.

#### B) *Analyse textuelle*

[41] Le comité affirme que l'employeur doit payer les frais du régime parce que les documents originaux relatifs au régime ne permettaient pas expressément le paiement des frais par prélèvement sur la caisse. Il soutient que le prélèvement des frais du régime sur la caisse ne bénéficierait pas exclusivement aux employés et révoquerait partiellement la fiducie.

[42] La société répond que les documents relatifs au régime n'obligent pas expressément l'employeur à payer les frais du régime, et ce, parce que les documents ne traitent pas des frais en litige dans le présent pourvoi.

[43] The Committee rightly insists that it is necessary to consider the context in which the Plan documents deal with the obligation to pay expenses to determine whether by necessary implication the Company undertook to pay Plan expenses.

[44] Sections 5 and 19 of the 1958 Trust Agreement provide that the employer undertook to pay Trustee fees and Trustee expenses.

5. The expenses incurred by the Trustee in the performance of its duties, including fees for expert assistants employed by the Trustee with the consent of the Company and fees of legal counsel, and such compensation to the Trustee as may be agreed upon in writing from time to time between the Company and the Trustee, and all other proper charges and disbursements of the Trustee shall be paid by the Company, and until paid shall constitute a charge upon the Fund.

19. The Trustee shall be entitled to compensation in accordance with the Schedule of Fees on pension and profit-sharing trusts of National Trust Company, Limited now in effect, which compensation may be adjusted from time to time based upon experience hereunder, as and when agreeable to the Company and the Trustee. Compensation payable to any successor trustee shall be agreed to by the Company and such successor trustee at the time of its designation. Such compensation shall constitute a charge upon the Fund unless it shall be paid by the Company. The Company expressly agrees to pay all expenses incurred by it or by any Trustee in the execution of this Trust and to pay all compensation which may become due to any Trustee under the provisions of this Agreement. [Emphasis added.]

As between the Company and Trustee, these provisions only cover expenses incurred “in the performance of [the Trustee’s] duties” and “in the execution of this Trust”. They do not refer to expenses otherwise incurred in the administration of the Plan. As Gillese J.A. correctly pointed out, silence does not create an obligation on the employer to pay Plan expenses.

[43] Le comité insiste, avec raison, qu’il est nécessaire de tenir compte du contexte dans lequel les documents relatifs au régime traitent de l’obligation de payer les frais afin de déterminer si la société s’est engagée à payer les frais par déduction nécessaire.

[44] Selon les art. 5 et 19 de la convention de fiducie de 1958, l’employeur s’est engagé à payer les dépenses et les honoraires des fiduciaires.

[TRADUCTION]

5. Les dépenses engagées par le fiduciaire dans l’exercice de ses fonctions, y compris les honoraires des spécialistes adjoints qu’il embauche avec le consentement de la société, les honoraires des conseillers juridiques, sa propre rémunération selon ce qui peut être convenu par écrit avec la société et tous les autres frais et débours du fiduciaire sont payés par la société et grèvent la caisse d’un privilège jusqu’à leur paiement.

19. Le fiduciaire a droit à une rémunération conformément au barème des honoraires relatifs aux fiducies de régimes de retraite et aux fiducies de participation aux bénéfiques de la National Trust Company, Limited maintenant en vigueur. Cette rémunération peut être rajustée de temps à autre en fonction de l’expérience accumulée lorsque la société et le fiduciaire en conviennent. La société et tout fiduciaire remplaçant conviennent de la rémunération versée au fiduciaire remplaçant au moment de sa désignation. La rémunération grève la caisse d’un privilège jusqu’à son paiement par la société. La société accepte expressément de rembourser toutes les dépenses qu’elle engage ou que le fiduciaire engage dans le cadre de l’exécution de la présente fiducie et de verser la totalité de la rémunération à laquelle le fiduciaire peut avoir droit aux termes de la présente convention. [Je souligne.]

Entre la société et le fiduciaire, ces dispositions ne couvrent que les dépenses engagées [TRADUCTION] « dans l’exercice de ses [le fiduciaire] fonctions » et [TRADUCTION] « dans le cadre de l’exécution de la présente fiducie ». Elles ne font pas mention des autres frais engagés dans le cadre de l’administration du régime. Comme l’a bien souligné le juge Gillese, l’absence d’une disposition n’impose pas à l’employeur l’obligation de payer les frais du régime.

[45] The Committee argues that “in the execution of this Trust” means operating a pension plan. They point to this Court’s decision in *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973, in which Deschamps J. wrote, at para. 2: “. . . a pension trust is not a stand-alone instrument. The Trust is explicitly made part of the Plan.”

[46] The Trust is indeed part of the Plan, but it is not all of the Plan; rather, it plays a role in the working of the Plan. The two are distinguished in the Plan documents.

[47] The 1954 Plan text defined the Trust Fund as the “Retirement Trust Fund established, under the terms of the Retirement Plan and the under-mentioned Trust Agreement, for the accumulation of contributions as herein described and for the payment of certain benefits to Members” (s. 1). It defined the “Trustee” as the company appointed to administer the Fund (s. 1). The Trustee is responsible for the administration of the Fund from which benefits are paid in accordance with the terms of the Plan. The preamble to the 1954 Trust Agreement also makes clear that the Trust exists as a part of the Plan for the purpose of holding funds irrevocably contributed for the payment of benefits. The Trust is therefore an element of the Plan that holds the contributions and from which the benefits are paid out. The Plan itself is a broader document which sets out such things as eligibility criteria, contribution requirements, the form of benefits and what happens upon termination.

[48] Sections 5 and 19 of the 1958 Trust Agreement make clear that they apply to expenses incurred in the execution of the Trust. They do not, therefore, refer to the administration of the Plan outside the execution of the Trust.

[49] As Gillese J.A. explained, at para. 59, a properly administered pension plan requires other

[45] Le comité prétend que [TRADUCTION] « l’exécution de la présente fiducie » signifie l’administration du régime de retraite. Il renvoie à la décision de la Cour dans *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, où la juge Deschamps a écrit (par. 2) : « . . . une fiducie de retraite n’est pas un instrument distinct. La fiducie fait explicitement partie du Régime. »

[46] La fiducie fait effectivement partie du régime, mais elle ne constitue pas l’ensemble du régime. Elle joue plutôt un rôle dans son fonctionnement. Les documents relatifs au régime établissent une distinction entre les deux.

[47] Selon la définition qu’en donne le texte du régime de 1954, la caisse en fiducie est la [TRADUCTION] « caisse de retraite en fiducie établie aux termes du régime de retraite et de la convention de fiducie mentionnée ci-après, pour l’accumulation des cotisations décrites aux présentes et pour le versement de certaines prestations aux participants » (art. 1). Le même texte définit le « fiduciaire » comme étant l’entreprise désignée pour administrer la caisse (art. 1). Le fiduciaire est responsable de l’administration de la caisse qui verse les prestations conformément au régime. Le préambule de la convention de fiducie de 1954 établit également clairement que la fiducie existe dans le cadre du régime et doit détenir les sommes versées de façon irrévocable en vue du paiement des prestations. La fiducie est donc l’élément du régime qui permet de détenir les cotisations d’où proviennent les prestations versées. Le régime en soi est un document plus vaste qui énonce notamment les critères d’admissibilité, les exigences en matière de cotisations, la forme des prestations et ce qu’il advient à la cessation du régime.

[48] Il ressort clairement des art. 5 et 19 de la convention de fiducie de 1958 que ces articles ne s’appliquent qu’aux frais engagés dans le cadre de l’exécution de la fiducie. Par conséquent, ils ne traitent pas de l’administration du régime sauf en ce qui concerne la fiducie.

[49] Comme l’a expliqué la juge Gillese au par. 59, l’administration d’un régime de retraite exige des

services than those of the trustee, such as actuarial, accounting and investment services. In this case, the responsibility for such services rested not with the trustee, but with the “Retirement Committee”, as part of its responsibility for the administration of the Plan. Section 4 of the original Plan text provides:

ADMINISTRATION OF THE PLAN

The Plan shall be administered by a Retirement Committee consisting of at least three members appointed by the Company.

. . .

The Committee shall have the right and power, among other rights and powers,

. . .

- (c) to employ or appoint Actuaries, Accountants, Counsel (who may be Counsel for the Company) and such other services as it may require from time to time in the administration of the Plan.

[50] Obviously, there are expenses associated with the employment of actuaries, accountants, counsel and other services required for the administration of the Plan. These are expenses of the Plan, but they are not fees and expenses incurred in the execution of the Trust. I think it is a fair inference that where the employer undertook to pay amounts associated with the Plan, its obligations were expressly stated. The expenses it undertook to pay were those incurred in the execution of the Trust and not others.

[51] The Committee says that because the 1958 amendments to the Trust Agreement provided that taxes, interest and penalties were to be paid from the Fund, by implication all other expenses are the responsibility of the employer. However, s. 11 of the 1958 amendments also provided that:

11. This Agreement may be amended in whole or in part or be terminated any time and from time to time by

services autres que ceux du fiduciaire, notamment des services d’actuariat, de comptabilité et d’investissement. En l’espèce, il incombait au comité de retraite, et non au fiduciaire, de fournir ces services dans le cadre de ses responsabilités touchant l’administration du régime. L’article 4 du texte original du régime prévoit :

[TRADUCTION]

ADMINISTRATION DU RÉGIME

Le régime est administré par un comité de retraite composé d’au moins trois membres nommés par la société.

. . .

Le comité exerce notamment le droit et le pouvoir

. . .

- c) d’employer ou de nommer des actuaires, des comptables, des conseillers (lesquels peuvent être des conseillers de la société) et les autres professionnels nécessaires au besoin pour l’administration du régime.

[50] Bien entendu, l’obtention des services d’actuaires, de comptables, de conseillers et d’autres professionnels nécessaires pour l’administration du régime comporte des dépenses. Il s’agit des frais du régime et non des honoraires et des dépenses engagés dans le cadre de l’exécution de la fiducie. L’on peut, je crois, légitimement conclure que lorsque l’employeur a entrepris de verser des sommes liées au régime, ses obligations étaient expressément indiquées. Il n’a entrepris de payer que les frais engagés dans le cadre de l’exécution de la fiducie, et aucuns autres.

[51] Le comité prétend que, parce que les modifications apportées à la convention de fiducie en 1958 prévoyaient le paiement d’impôts, d’intérêts et de pénalités par prélèvement sur la caisse, il faut en déduire qu’il incombait à l’employeur de payer tous les autres frais. Toutefois, l’art. 11 des modifications de 1958 prévoyait également :

[TRADUCTION]

11. La présente convention peut être modifiée en totalité ou en partie ou être résiliée à tout moment ou au

an instrument in writing executed by the Company and the then Trustee; provided however that unless approved by 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 employees, or their beneficiaries or personal representatives as from time to time may be included under the Plan, and for the payment of taxes assessments or other charges as provided in Section 5 and Section 19 herein, provided, it being understood that this proviso is not to be construed to enlarge the obligations of the Company beyond those assumed by it under the Plan. [Emphasis added.]

The last part of this section specifies that the amendments do not increase the employer's original obligations with respect to the expenses for which it was responsible. The original documentation was silent as to the obligation to pay Plan expenses other than those associated with the Trust. The 1958 amendments could not impose any additional obligations on the Company because s. 11 expressly provided that the Trust Agreement was not to be construed as enlarging the Company's obligations.

### C) "Exclusive Benefit"

[52] Nor could the language in s. 11 forbidding trust funds from being used for any purpose other than the exclusive benefit of the employees impose an obligation on the Company to pay the Plan expenses. The "exclusive benefit" language in s. 11 is subject to the limitation that it will not enlarge the Company's obligations. While it is true that the employer did pay the expenses at issue for a number of years, it was never under any obligation to do so. In light of there being no obligation on the Company and of the expenses at issue being essential to the administration of the Plan, subsequent amendments allowing the expenses to be paid out of the Trust Fund do not infringe the exclusive benefit language.

[53] Nor can the term "exclusive benefit" be construed to mean that no one but the employees can benefit from a use of the trust funds. Many persons will benefit indirectly from a use of pension funds. Notably, the employee's family would benefit from the employee's long-term financial security.

besoin par un écrit signé par la société et le fiduciaire; toutefois, telle modification ne peut, sans l'approbation du ministre du Revenu national, autoriser ou permettre l'utilisation d'une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés ou de leurs bénéficiaires ou représentants qui peuvent participer au régime, ainsi que pour le paiement d'impôts, de cotisations ou pour d'autres charges prévues aux articles 5 et 19 des présentes, ces limitations n'étant pas par ailleurs réputées créer pour la société des obligations autres que celles qu'elle a assumées aux termes du régime. [Je souligne.]

La dernière partie de cet article précise que les modifications ne peuvent étendre les obligations relatives aux frais de l'employeur au-delà de celles que le régime lui imposait à l'origine. Les documents originaux ne mentionnent pas l'obligation de payer les autres frais du régime autres que ceux qui sont liés à la fiducie. Les modifications de 1958 ne pouvaient pas imposer d'autres obligations à la société parce que l'art. 11 prévoyait expressément que la convention de fiducie n'était pas réputée lui créer d'autres obligations.

### C) « Bénéfice exclusif »

[52] Le libellé de l'art. 11, qui interdit l'utilisation de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés, ne pouvait pas non plus imposer à la société l'obligation de payer les frais du régime. L'expression « bénéfice exclusif » à l'art. 11 est assujettie à la restriction qu'elle ne créera pas d'autres obligations pour la société. Il est vrai que l'employeur a payé les frais en question pendant un certain nombre d'années, mais il n'était jamais tenu de le faire. Comme la société n'avait aucune obligation, et que les frais en question sont essentiels à l'administration du régime, les modifications ultérieures qui permettent le paiement de ces frais à même la caisse ne contredisent pas l'expression « bénéfice exclusif ».

[53] L'expression « bénéfice exclusif » ne peut pas non plus être interprétée de manière à signifier que seuls les employés peuvent bénéficier de l'utilisation de la caisse de retraite. Nombreux seront ceux qui en bénéficieront indirectement. Par exemple, la famille de l'employé pourrait bénéficier de la sécurité financière à long terme de ce dernier.

[54] An employer might also benefit in a number of ways. The U.S. Supreme Court, in dealing with an employer's introduction of an early retirement plan, recognized that an employer can legitimately receive a number of incidental benefits from a pension plan even though the plan is subject to legislation containing exclusive benefit language. These incidental benefits include "attracting and retaining employees, paying deferred compensation, settling or avoiding strikes, providing increased compensation without increasing wages, increasing employee turnover, and reducing the likelihood of lawsuits by encouraging employees who would otherwise have been laid off to depart voluntarily": *Lockheed Corp. v. Spink*, 517 U.S. 882 (1996), at pp. 893-94. Such indirect or incidental benefits from the use of pension funds do not mean that the funds are being used for a purpose other than the exclusive benefit of the trust beneficiaries.

[55] Here the existence of the Plan is a benefit to the employees. The payment of Plan expenses is necessary to ensure the Plan's continued integrity and existence. It is therefore to the exclusive benefit of the employees, within the meaning of s. 11, that expenses for the continued existence of the Plan are paid out of the Fund.

[56] The Committee has sought to rely on *Hockin v. Bank of British Columbia* (1995), 123 D.L.R. (4th) 538. The British Columbia Court of Appeal was called upon to rule on the propriety of the employer charging expenses to the pension trust fund. The Court of Appeal wrote, at para. 59:

The bank not only charged the costs of its internal staff but also the costs of the actuaries involved in the plan conversion and the cost of producing the video and other publicity material designed to persuade the employees to participate in the new plan. These costs were, in our view, incurred by the bank rather more for its own benefit than for the benefit of the employees and were collateral to the purposes of the pension fund.

This conclusion is not unlike the Tribunal's conclusion in this case; the Tribunal held that consulting fees related to studying the possibility of adding a

[54] Un employeur peut aussi en bénéficier de plusieurs façons. Dans le cas de la création d'un régime de retraite anticipée, la Cour suprême des États-Unis a reconnu qu'un employeur peut légitimement bénéficier d'un certain nombre d'avantages accessoires d'un régime de retraite même si le régime est assujéti à une loi prévoyant le bénéfice exclusif. La Cour a mentionné, entre autres avantages accessoires, [TRADUCTION] « attirer et fidéliser les employés, payer une rémunération différée, régler ou éviter les grèves, prévoir une rémunération plus généreuse sans augmenter les salaires, accroître le roulement des employés et réduire les risques de poursuites en encourageant les employés qui auraient normalement été encouragés à partir volontairement » : *Lockheed Corp. c. Spink*, 517 U.S. 882 (1996), p. 893-894. De tels avantages indirects ou accessoires ne signifient pas pour autant que la caisse de retraite est utilisée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des bénéficiaires.

[55] En l'espèce, l'existence du régime constitue en soi un avantage pour les employés. Le paiement des frais du régime est nécessaire pour préserver l'intégrité et assurer le maintien du régime. Il est donc au bénéfice exclusif des employés, au sens de l'art. 11, que les frais visant à assurer le maintien du régime soient payés à même la caisse.

[56] Le comité a voulu invoquer *Hockin c. Bank of British Columbia* (1995), 123 D.L.R. (4th) 538. Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été appelée à se prononcer sur la légitimité pour l'employeur d'imputer le paiement des frais à la caisse de retraite. Elle a écrit :

[TRADUCTION] La banque a non seulement imputé les frais afférents à son personnel, mais aussi les frais afférents aux actuaires ayant participé à la conversion du régime ainsi que le coût de production de la vidéo et du matériel publicitaire conçus pour persuader les employés de participer au nouveau régime. À notre avis, la banque a engagé ces frais bien plus pour son propre bénéfice plutôt qu'au bénéfice des employés et ces frais étaient accessoires aux objectifs de la caisse de retraite. [par. 59]

Cette conclusion n'est pas sans rappeler la décision du Tribunal en l'espèce, qui a conclu que les frais de consultation engagés pour étudier la possibilité

DC part to the Company's Pension Plan were not for the employees' exclusive benefit and could not be charged to the Plan. Rather than considering all the expenses at issue together and coming to a global judgement on whom they benefited more, the Tribunal in this case considered the various expenses separately and decided whether each one was for the benefit of the employees. Such an approach is eminently reasonable.

D) *Partial Revocation and Markle*

[57] I reject the Committee's contention that allowing for the Plan expenses to be paid out of the Trust constitutes a partial revocation of the Trust.

[58] This Court ruled in *Schmidt* that an employer cannot remove pension funds it has placed in a trust unless it expressly reserved the power of revocation at the time the trust was created. Cory J. wrote, at p. 643: "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."

[59] Paying plan expenses out of the trust fund is not a matter of the settlor (the Company in this case) exercising a power of control on a part of the property it has transferred to the trust. So long as nothing in the plan texts requires the paying of expenses by the employer, funds in the pension trust can be used to pay reasonable and *bona fide* expenses. In the absence of an obligation on the employer to pay the plan expenses, to the extent that the funds are paying legitimate expenses necessary to the integrity and existence of the plan, the employer is not purporting to control the use of funds in the trust.

[60] In this case, Plan expenses were incurred for services of third parties and not those of the employer. However, in my view whether the services are provided by third parties or the employer itself is immaterial as long as the expenses charged

d'ajouter une composante CD au régime de retraite de la société n'étaient pas au bénéfice exclusif des employés et ne pouvaient pas être imputés au régime. Au lieu d'examiner tous les frais dans leur ensemble et d'arriver à une conclusion générale sur la question de savoir qui en a bénéficié davantage, le Tribunal a examiné les divers frais séparément et a déterminé si chacun de ces frais avait été engagé au bénéfice des employés. Une telle démarche est éminemment raisonnable.

D) *La révocation partielle et l'affaire Markle*

[57] Je rejette la prétention du comité selon laquelle le paiement des frais du régime à même la caisse constitue une révocation partielle de la fiducie.

[58] Dans *Schmidt*, la Cour a conclu qu'un employeur ne peut retirer de la fiducie des fonds qu'il a versés que s'il s'est expressément réservé le pouvoir de révoquer la fiducie au moment où elle a été créée. Le juge Cory a écrit (p. 643) : « En général, toutefois, le transfert des biens en fiducie au fiduciaire est absolu. Tout pouvoir de contrôler ces biens sera perdu, sauf si le transfert est expressément assujéti à ce pouvoir. »

[59] Le paiement des frais à même la caisse en fiducie n'est pas une question de pouvoir de contrôle du constituant (la société en l'espèce) sur une partie des biens transférés dans la fiducie. Tant et aussi longtemps que les textes du régime n'obligent pas l'employeur à payer les frais, les sommes qui se trouvent dans la caisse de retraite peuvent être utilisées pour payer les frais raisonnables et légitimes. En l'absence d'une obligation de l'employeur de payer les frais du régime, dans la mesure où les fonds servent à payer des frais légitimes nécessaires pour l'intégrité et le maintien du régime, l'employeur ne prétend pas contrôler l'utilisation des fonds en fiducie.

[60] En l'espèce, les frais du régime ont été engagés pour des services fournis par des tiers et non par l'employeur. À mon avis, toutefois, la question de savoir si les services sont fournis par des tiers ou par l'employeur est sans importance dans la mesure

are reasonable and the services necessary. The Committee cited *Markle v. Toronto (City)* (2003), 63 O.R. (3d) 321, in which the Ontario Court of Appeal disallowed the City of Toronto's attempt to charge its employee pension fund for expenses it incurred itself in providing services necessary to the administration of the pension plan. The by-law which set out the terms of the plan had previously made the City responsible for those expenses. The City attempted to amend these terms such that it would be entitled to recover the costs of administrative services it provided to the plan. The Ontario Court of Appeal ruled that the City of Toronto's actions constituted a partial revocation of the trust.

[61] *Markle*, however, is distinguishable from the present case. In *Markle*, the City had a previous obligation to pay plan expenses, which it attempted to amend both retroactively and prospectively. The retroactive amendment allowing the City to recover for expenses it had been required to pay before the amending legislation was passed was inconsistent with the terms of the trust, which required the City to pay plan expenses over the period that the amendment covered. The amendment sought to charge the trust for services already performed and for which the City was to bear the expense; it was not an amendment to reflect the true intention of the earlier plan text.

[62] The prospective amendment would have required the trustees to pay from the trust fund expenses for services the City had previously agreed to cover. This was considered to fetter the discretion of the trustees, and in so doing, return control over funds in the plan trust fund to the City, thereby resulting in an impermissible partial revocation of the trust. The wording of previous amendments relating to expenses made them payable from the trust fund "subject to the approval of the Board of Trustees". By conferring control on the Board of Trustees, the City was not purporting to control use of trust funds or to fetter the trustee's discretion. Unlike the impugned amendments, these earlier amendments did not constitute a revocation of the trust.

où les frais prélevés sont raisonnables et les services sont nécessaires. Le comité a cité *Markle c. Toronto (City)* (2003), 63 O.R. (3d) 321, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la démarche de la ville de Toronto visant à prélever sur la caisse de retraite de ses employés les frais qu'elle a engagés pour fournir les services nécessaires à l'administration du régime de retraite. Le règlement qui énonçait les modalités du régime avait déjà rendu la ville responsable de ces frais. La ville a tenté de modifier ces modalités de manière à pouvoir recouvrer le coût des services administratifs fournis au régime. La Cour d'appel de l'Ontario a statué que les mesures prises par la ville de Toronto constituaient une révocation partielle de la fiducie.

[61] Cependant, *Markle* se distingue de la présente affaire. Dans *Markle*, la ville avait déjà l'obligation de payer les frais du régime, et elle a essayé de modifier le régime de façon rétroactive et prospective. La modification rétroactive permettant à la ville de recouvrer les frais qu'elle avait été tenue de payer avant l'adoption du texte législatif modificatif contredisait les modalités de la fiducie, laquelle obligeait la ville à payer les frais du régime au cours de la période visée par la modification. La modification visait à facturer à la fiducie les services déjà rendus dont les frais devaient être payés par la ville; elle ne visait pas à refléter la véritable intention du texte précédent.

[62] La modification prospective aurait obligé les fiduciaires à payer à même la caisse les frais que la ville avait déjà accepté de payer. On a estimé que cela entravait le pouvoir discrétionnaire des fiduciaires et, ce faisant, remettait à la ville la responsabilité des fonds se trouvant dans la caisse de retraite, entraînant ainsi une révocation partielle inacceptable de la fiducie. En raison du libellé des modifications précédentes, les frais étaient payables par prélèvement sur la caisse [TRADUCTION] « sous réserve de l'approbation du conseil des fiduciaires ». En attribuant la responsabilité au conseil des fiduciaires, la ville ne prétendait pas contrôler l'utilisation des fonds en fiducie ni entraver le pouvoir discrétionnaire des fiduciaires. Contrairement aux modifications contestées, les modifications précédentes ne constituaient pas une révocation de la fiducie.

[63] The situation in the present case is different because the Trust Agreement had never imposed an obligation on the Company to pay Plan expenses. The Company did not purport to control the use of funds it had placed in trust by forcibly shifting its own obligation onto the Trust Fund.

[64] Each case will turn on its own facts and the terms of the plan and trust at issue. Unlike *Markle* where the employer attempted to cancel its own obligation to pay plan expenses by obliging the trustees to pay them from the fund, here there was no obligation to pay Plan expenses, nor any action that was inconsistent with the Company's power of amendment.

[65] Where trust funds may be used for the payment of plan expenses for services required by the plan, the distinction between whether the services are provided by the settlor or a third party is artificial. The only consideration is whether funds can be used to pay expenses and the legitimacy and reasonableness of the costs incurred. To the extent that the expenses at issue are *bona fide* expenses necessary to the administration of the pension plan, it should not matter whether the expenses are owed to a third party or to the employer itself. There is no reason in principle why the employer should be obliged to contract out such services.

[66] For these reasons, I would not disturb the findings of the Tribunal with respect to Plan expenses.

#### VII. Issue 2 — DB Contribution Holidays

[67] Since 1985, the employer has taken contribution holidays from its funding obligations to the employees covered by the DB part of the Plan. The Committee argues that the Plan forbids DB contribution holidays in this case because it provides a specific formula for calculating the Company's contributions. That is, the Company's contributions to the DB arrangement are not properly determined by the exercise of actuarial discretion.

[63] La situation en l'espèce est différente puisque la convention de fiducie n'avait jamais imposé à la société une obligation de payer les frais du régime. La société ne prétendait pas contrôler l'utilisation des fonds qu'elle avait versés en fiducie en rejetant sur la caisse sa propre obligation.

[64] Chaque affaire repose sur les faits qui lui sont propres et sur les modalités du régime et de la fiducie en question. Contrairement à l'affaire *Markle* où l'employeur a tenté d'annuler sa propre obligation de payer les frais en obligeant les fiduciaires à les prélever sur la caisse, l'employeur en l'espèce n'était pas tenu de payer les frais du régime et n'a rien fait qui soit incompatible avec son pouvoir de le modifier.

[65] Lorsque les fonds en fiducie peuvent être utilisés pour payer les frais afférents aux services nécessaires au régime, la distinction entre les services fournis par le constituant et ceux fournis par un tiers est artificielle. La seule question est de savoir si les frais peuvent être payés à même la caisse et si les frais engagés sont légitimes et raisonnables. Dans la mesure où les frais en question sont légitimes et nécessaires à l'administration du régime de retraite, il importe peu que les frais soient dus à un tiers ou à l'employeur. Il n'y a aucune raison, en principe, d'obliger l'employeur de recourir à la sous-traitance.

[66] Pour ces raisons, je suis d'avis de ne pas modifier les conclusions du Tribunal touchant les frais du régime.

#### VII. Question 2 — La suspension des cotisations dans le cadre de l'arrangement PD

[67] Depuis 1985, l'employeur a recouru aux suspensions de ses cotisations obligatoires à l'égard des employés visés par l'arrangement PD. Le comité prétend que, parce qu'il prévoit une formule de calcul des cotisations de la société, le régime en l'espèce interdit la suspension des cotisations PD. Plus précisément, l'exercice du pouvoir discrétionnaire des actuaires ne va pas jusqu'à établir les cotisations PD de la société.

[68] In *Schmidt*, this Court held that “unless the terms of the plan specifically preclude it, an employer is entitled to take a contribution holiday” (p. 638). Cory J. explained the criteria for determining whether a plan permitted contribution holidays, at p. 653, where he wrote:

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.

Cory J. went on to further clarify this point, at p. 656, writing:

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. . . . 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. [Emphasis added.]

[69] When plan documents provide that funding requirements will be determined by actuarial practice, the employer may take a contribution holiday unless other wording or legislation prohibits it.

[70] The Tribunal held that under the 1965 Plan amendments, DB contribution holidays are permitted. Section 14(b) of the Plan text was amended to read:

[68] Dans *Schmidt*, la Cour a conclu que « 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 » (p. 638). Le juge Cory a énoncé le critère applicable pour déterminer si un régime autorise les périodes d’exonération de cotisations :

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 le calcul. Cette pratique comprend actuellement l’utilisation des sommes excédentaires calculées pour déterminer le coût global des services courants. [p. 653]

Le juge Cory a ensuite précisé ce point :

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. [. . .] Aucune somme n’étant retirée de la caisse par l’employeur, la période d’exonération de cotisations ne constitue pas un empiètement sur la fiducie ni une réduction des prestations acquises. [Je souligne; p. 656-657.]

[69] Lorsque les documents relatifs au régime prévoient que la pratique actuarielle détermine les besoins de financement, l’employeur peut suspendre ses cotisations à moins que le régime ou la législation ne l’interdisent.

[70] Le Tribunal a conclu que les modifications apportées au régime en 1965 autorisent la suspension des cotisations PD. L’alinéa 14b) du texte a été modifié :

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 income 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 as required by the Pension Benefits Act, after taking into account the assets of the Trust Fund, the contributions of Members during the year and such other factors as may be deemed relevant. [Emphasis added.]

Contribution holidays are permitted under this clause, because the Company's contributions are determined by actuarial calculations. Nothing in the clause prevents the Company from taking a contribution holiday where the actuary certifies that no contributions are necessary to provide the required retirement income to members.

[71] However, the Committee argues that the original 1954 Plan text prohibits contribution holidays and that subsequent amendments — including the 1965 amendments cited above — are invalid. The Tribunal disagreed. It noted that s. 22 of the 1954 Plan text granted the Company a broad power of amendment of the Plan, subject to the limitation that amendments to the Plan could not affect accrued rights of Plan members. Contribution holidays did not affect the benefits of Plan members under the Plan at the time of the 1965 amendment. As Cory J. wrote in *Schmidt*, at p. 654:

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.

The Tribunal held that the 1965 amendment was valid. Since the Company did not begin taking contribution holidays until 1985, the Tribunal held that it therefore did not need to examine whether contribution holidays were permitted in the 1954 Plan text.

[72] Gillese J.A. did examine the 1954 Plan text provisions and concluded that they also allowed contribution holidays. I agree.

[TRANSLATION] La société cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme non moindre que celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite, des cotisations des participants pendant l'année et de tout autre facteur pertinent, certifie comme étant nécessaire pour verser les prestations de retraite qui, aux termes du régime, sont dues aux participants au cours de l'année en cours et pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises conformément aux exigences de la Loi sur les régimes de retraite. [Je souligne.]

Cette disposition autorise les suspensions de cotisations parce que les cotisations de la société sont établies au moyen de calculs actuariels. Elle n'empêche pas la société de suspendre ses cotisations si l'actuaire certifie qu'aucune cotisation n'est nécessaire pour verser aux participants les prestations de retraite qui leurs sont dues.

[71] Toutefois, le comité soutient que le texte original de 1954 interdit les suspensions de cotisations et que les modifications subséquentes — y compris celles de 1965 susmentionnées — sont invalides. Le Tribunal n'était pas de cet avis. Il a fait remarquer que l'art. 22 du texte de 1954 conférait à la société le pouvoir général de modifier le régime, pourvu que les modifications apportées ne restreignent pas les droits acquis des participants au régime. La suspension des cotisations n'avait aucune incidence sur les prestations des participants prévues au régime au moment de la modification de 1965. Comme l'a écrit le juge Cory dans *Schmidt* :

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. [p. 654]

Le Tribunal a conclu que la modification de 1965 était valide. Comme la société n'a commencé à suspendre ses cotisations qu'en 1985, le Tribunal a conclu qu'il n'avait pas à examiner si le texte de 1954 autorisait la suspension des cotisations.

[72] La juge Gillese a examiné les dispositions prévues dans le texte de 1954 et a conclu qu'elles autorisaient également la suspension des cotisations. Je suis d'accord.

[73] The text of the 1954 Plan addresses employer contributions at s. 14(b):

(b) Contributions by the Company

In addition to contributing the full cost of providing the Past Service retirement incomes referred to in Section 13 (a) of this Plan, the Company shall also contribute, in respect of Future Service benefits, such amounts as will provide, when added to the Member's own required contributions, the Future Service retirement incomes referred to in Section 13 (b) of the Plan.

[74] In its factum, the Committee stressed the fact that s. 14(b) did not refer to an actuary (para. 92), though at the hearing the Committee's counsel conceded that the legitimacy of contribution holidays under the Plan did not turn on the use of the word "actuary". The Committee argues that s. 14(b) is analogous to clauses in previous cases which required specific annual contributions: *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620 (C.A.); *Trent University Faculty Assn. v. Trent University* (1997), 35 O.R. (3d) 375 (C.A.); *Hockin*; and *Châteauneuf v. TSCO of Canada Ltd.* (1995), 124 D.L.R. (4th) 308 (Que. C.A.). In those cases, they argue, requirements for annual contributions prevented the employer from taking contribution holidays.

[75] However, nothing in s. 14(b) provides a formula that would eliminate actuarial discretion. The clause requires the Company to contribute "such amounts as will provide" for the employees' retirement incomes. Actuarial discretion is clearly called for, as the clause does not specify how these amounts will be determined — nor does it preclude the amounts from being zero.

[76] As noted by Gillese J.A., the cases cited by the Committee concerned clauses that provided for contributions that would cover the difference between employee contributions and the benefits accrued or paid out in a given year (para. 122). This can be calculated without the exercise of an

[73] Le texte de 1954 traite des cotisations de l'employeur à l'al. 14b) :

[TRADUCTION]

b) Cotisations de la société

En plus d'assumer la totalité des coûts des prestations de revenu de retraite pour services passés dont il est question à l'al. 13a) du présent régime, la société doit également cotiser, à l'égard des prestations pour services courants, les sommes qui garantiront, une fois ajoutées aux cotisations du participant, le revenu de retraite pour services courants dont il est question à l'al. 13b) du régime.

[74] Dans son mémoire, le comité a insisté sur le fait qu'il n'est pas question d'un actuare à l'al. 14b) (par. 92), même si, à l'audience, l'avocat du comité a reconnu que la légitimité des suspensions de cotisations selon le régime ne reposait pas sur l'utilisation du mot « actuare ». Le comité soutient que l'al. 14b) est analogue aux dispositions citées dans des décisions antérieures, lesquelles prévoyaient des cotisations annuelles précises : *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620 (C.A.); *Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1997), 35 O.R. (3d) 375 (C.A.); *Hockin*; et *TSCO of Canada Ltd. c. Châteauneuf*, [1995] R.J.Q. 637 (C.A.). Selon le comité, dans ces décisions, les exigences liées aux cotisations annuelles empêchaient l'employeur de suspendre ses cotisations.

[75] Cependant, l'al. 14b) n'établit aucune formule pouvant retirer toute discrétion à l'actuaire. Cette disposition oblige la société à cotiser [TRADUCTION] « les sommes qui garantiront » le revenu de retraite des employés. L'intervention discrétionnaire de l'actuaire est clairement requise puisque la disposition ne précise pas la façon dont ces sommes seront établies — et n'empêche pas que ces sommes soient nulles.

[76] Comme l'a souligné la juge Gillese, les décisions citées par le comité portaient sur des dispositions prévoyant des cotisations qui compenseraient la différence entre les cotisations des employés et les prestations dues ou versées au cours d'une année donnée (par. 122). Il est possible de faire ce

actuary's discretion. Section 14(b) provides for contributions that will cover the members' future retirement benefits. It requires the exercise of actuarial discretion, as it does not fix annual contributions and therefore does not preclude contribution holidays.

[77] Again, I would find that the Tribunal's decision was reasonable.

#### VIII. Issue 3 — DC Contribution Holidays

##### A) *Background*

[78] In 2000, the Company amended the Plan text in order to introduce a DC component. The amendment closed the DB component to new employees; new employees would thereafter become DC members on being hired. Existing employees who were DB members had the option of converting to the DC component. As a result of these amendments, employees were divided into Part 1 Members, who are governed by the Plan's DB provisions and Part 2 Members who, after January 1, 2000, are governed by the DC part of the Plan. The Plan was constituted in two separate funding vehicles with two separate custodians — by January 2000, CIBC Mellon Trust Company held the original DB Fund; Standard Life Assurance Company held the DC funds. However, both parts of the Plan would be registered as a single plan (the Company's counsel acknowledged at the hearing that the Plan had yet to be registered).

[79] The Company expressed its intention to take contribution holidays from its obligations to DC members, by using the surplus from the original DB component to satisfy the premiums owing to the DC component.

[80] The Tribunal ruled that the 2000 amendments which purported to allow DC contribution holidays were contrary to s. 1 of the 1954 Trust Agreement, which provides:

calcul sans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire. L'alinéa 14b) prévoit des cotisations qui couvriront les futures prestations de retraite des participants. Il nécessite l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire puisqu'il n'établit pas les cotisations annuelles et, par conséquent, n'interdit pas les suspensions de cotisations.

[77] Là encore, j'estime que la décision du Tribunal était raisonnable.

#### VIII. Question 3 — Les suspensions de cotisations dans le cadre de l'arrangement CD

##### A) *Contexte*

[78] En 2000, la société a modifié le texte du régime en vue de créer un volet CD. La modification a fermé l'accès au volet PD aux nouveaux employés; ces derniers participent donc au volet CD dès leur embauche. Les participants PD ont eu le choix d'opter pour la conversion au volet CD. À la suite de ces modifications, les employés ont été divisés en « participants de la partie 1 », auxquels s'appliquent les dispositions PD du régime, et en « participants de la partie 2 », auxquels s'appliquent, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, les dispositions de la partie CD du régime. Le régime a été constitué de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires distincts — en janvier 2000, la Société de fiducie CIBC Mellon détenait la caisse initiale du régime PD et la Compagnie d'assurance Standard Life détenait les fonds du volet CD. Toutefois, les deux volets du régime devaient être enregistrés comme un régime unique (l'avocat de la société a reconnu à l'audience que le régime n'avait pas encore été enregistré).

[79] La société a fait part de son intention de suspendre ses cotisations à l'égard des participants CD en employant l'excédent du volet initial PD pour acquitter ses cotisations au volet CD.

[80] Le Tribunal a conclu que les modifications apportées en 2000 visant à autoriser la suspension des cotisations au volet CD étaient contraires à l'art. 1 de la convention de fiducie de 1954, lequel prévoit :

No part of the corpus 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 such persons or their beneficiaries or personal representatives as from time to time may be designated in the Plan except as therein provided.

The Tribunal reasoned:

Any holiday taken by the Company in respect of Part 2 contributions in this fashion can only be realized by actually moving money out of the Fund and transferring it to the insurer that is the funding agency for Part 2, for credit to the individual accounts of the Part 2 members. This action is inconsistent with section 1 of the 1954 Trust Agreement, recited above under the heading “FACTS” (section 1 of the 1958 Trust Agreement is in similar terms).

There are two ways in which this inconsistency could be resolved. The 2000 Plan could be amended to eliminate the authority of the Company to apply the surplus in the Fund to satisfy its contribution obligation in respect of Part 2 members or the Part 2 members could be made beneficiaries of the trust in respect of the Fund (in which case it would seem to follow that the insurance policy that is the funding vehicle for Part 2 should be held by the trustee).

([2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL), at paras. 32-33)

[81] The Committee contests the permissibility of the retroactive amendment envisaged by the Tribunal. They question whether the Company could, as the Tribunal concluded, introduce a new DC pension component that was part of the same pension plan as the existing DB component and whose members were also beneficiaries of the same Trust Fund as the DB members.

[82] It is on this point that LeBel J. and I join issue. While he acknowledges that s. 13(2) of the *PBA* permits retroactive amendments, he finds that the DB and DC arrangements constitute distinct plans and that the DB and DC members cannot be beneficiaries of the same trust.

[83] LeBel J. says that the contribution holidays for DC members violate the exclusive benefit provisions of the Trust. He also says that the contribution

[TRADUCTION] Aucune partie du capital ou du revenu de la fiducie ne doit retourner à la société, ni être utilisé ou détournée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime, ou de leurs bénéficiaires ou représentants successoraux, sauf comme il est prévu aux présentes.

Le Tribunal est arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] La seule façon pour la société de suspendre ainsi ses cotisations à la partie 2 consiste à retirer de l'argent de la caisse pour le transférer à l'assureur qui joue le rôle de gestionnaire pour la partie 2, afin qu'il soit porté aux comptes individuels des participants à la partie 2. Cette pratique contrevient à l'article 1 de la convention de fiducie de 1954, citée plus haut sous la rubrique « FAITS » (le libellé de l'article 1 de la convention de fiducie de 1958 est semblable).

Il y a deux manières de résoudre cette contradiction. On pourrait modifier le régime de 2000 afin d'éliminer le pouvoir de la société d'utiliser l'excédent de la caisse pour payer ses cotisations obligatoires à l'égard des participants de la partie 2 ou on pourrait désigner les participants de la partie 2 comme bénéficiaires de la fiducie établie à l'égard de la caisse (dans ce cas, il devrait s'ensuivre que la police d'assurance qui est l'instrument de financement pour la partie 2 devrait être détenue par le fiduciaire).

([2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL), par. 32-33)

[81] Le comité conteste que la modification rétroactive envisagée par le Tribunal soit permise. Il remet en cause la possibilité pour la société, acceptée par le Tribunal, de créer un nouveau volet CD au sein du régime PD existant et de désigner les participants comme bénéficiaires de la même caisse que celle des participants PD.

[82] C'est sur ce point que le juge LeBel et moi ne sommes pas d'accord. Il reconnaît que le par. 13(2) de la *LRR* autorise les modifications rétroactives, mais il estime que les arrangements PD et CD constituent des régimes distincts et que les participants PD et CD ne peuvent bénéficier de la même fiducie.

[83] Le juge LeBel affirme que la suspension des cotisations à l'égard des participants CD contrevient aux dispositions relatives au bénéfice exclusif de la

holidays constitute a partial revocation of the Trust. His position is premised on there being two separate trusts and two separate plans, one for the DB members and one for the DC members.

[84] However, with one trust in which all DB and DC members are beneficiaries, the use of trust funds for either the DB or DC members would not infringe the exclusive benefit provision. Surplus funds applied to DC accounts would simply move funds within the Trust. And if there is one trust, there is no partial revocation when the actuarial surplus is used for contribution holidays with respect to the DC part of the Plan. In my view, having regard to the Plan documentation, it was reasonable for the Tribunal to find that there was one plan and that, with a retroactive amendment, there could be one trust and that contribution holidays with respect to either or both of the DB and DC components of the Plan did not violate the exclusive benefit provision or constitute a partial revocation of the Trust.

[85] LeBel J. says that it is wrong to presume “a single plan with two (or more) components, simply to be displaced by prohibitive language in the documentation or the legislation” (para. 162). However, pension plans are private arrangements subject to government regulation. Absent regulation prohibiting the combining of DB and DC components in a single plan or prohibiting the taking of contribution holidays in respect of either component of the plan, whether such actions are permitted will be determined with reference to the plan documentation and contract and trust law. In this case, there is no government regulation that prevents the retroactive amendment, a single plan and trust and the DC contribution holidays.

[86] LeBel J. expresses concern that the use of a DB surplus for DC purposes disrupts the careful balance between providing incentives for

fiducie et constitue une révocation partielle de la fiducie. Sa position repose sur l'existence de deux fiducies distinctes et de deux régimes distincts, l'un pour les participants PD et l'autre pour les participants CD.

[84] Or, si les participants PD et CD bénéficiaient tous de la même fiducie, l'utilisation des fonds en fiducie, que ce soit au profit des participants PD ou des participants CD, n'irait pas à l'encontre de la disposition relative au bénéfice exclusif. Les fonds excédentaires affectés aux comptes CD seraient simplement déplacés au sein de la fiducie. De plus, s'il y a une seule fiducie, l'utilisation de l'excédent actuariel pour suspendre les cotisations à la partie CD du régime n'entraînerait pas la révocation partielle de la fiducie. À mon avis, compte tenu des documents relatifs au régime, il était raisonnable pour le Tribunal de conclure qu'il y avait un régime unique et qu'à la suite de la modification rétroactive il pouvait y avoir une fiducie unique et que la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets PD et CD du régime, ou aux deux, ne violait pas la disposition relative au bénéfice exclusif ni ne constituait une révocation partielle de la fiducie.

[85] Le juge LeBel affirme qu'il est faux de présumer qu'« existe alors un régime unique à deux volets (ou plus) et que cette présomption peut être écartée tout simplement par une disposition prohibitive prévue dans les documents du régime ou la loi » (par. 162). Toutefois, les régimes de retraite sont des arrangements privés assujettis à la réglementation gouvernementale. En l'absence d'un règlement interdisant la combinaison des volets DP et CD en un régime unique ou la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets, il faut s'en remettre aux documents relatifs au régime ainsi qu'au droit des contrats et au droit des fiducies pour déterminer si ces pratiques sont permises. En l'espèce, aucun règlement n'interdit la modification rétroactive, l'existence d'un régime unique et d'une fiducie unique, et la suspension des cotisations au volet CD.

[86] Le juge LeBel dit craindre que l'utilisation de l'excédent du volet PD pour suspendre les cotisations au volet CD ne rompe le juste équilibre entre le fait

employers to provide pension schemes and the need to protect pensioners' rights (para. 149). In my respectful view, it is not the role of the courts to find the appropriate balance between the interests of employers and employees. That is a task for the legislature. Indeed, as Deschamps J. noted, at para. 14 of *Monsanto*: “[P]ension standards legislation is a complex administrative scheme, which seeks to strike a delicate balance between the interests of employers and employees, while advancing the public interest in a thriving private pension system.” The role of the courts is to ascertain and uphold the rights of the parties in accordance with the applicable statutory and common law and the terms of the relevant documentation. In my view, the applicable law and Plan documentation do permit and provide for DC contribution holidays.

B) *Can the DC and DB Arrangements Be Included in a Single Plan and Single Trust?*

[87] The Committee relies on the Divisional Court's finding that the creation of a DC arrangement alongside the existing DB arrangement created “in law, two (2) pension plans, two (2) pension funds and two (2) classes of members” (para. 72). Generally, it does not necessarily follow that the creation of two differently funded pension arrangements results in two distinct pension plans and two distinct trusts. In this case, I do not think it was unreasonable for the Tribunal to conclude that the DB and DC arrangements could be components of a single Plan and that the 2000 Plan could be retroactively amended to create a single trust.

[88] The 2000 amendments to the Plan text can reasonably be interpreted as intending a single plan. Section 1.07 of the foreword says:

The Plan is hereby amended and restated . . . to:

. . . .

d'inciter les employeurs à instaurer des régimes de retraite et la nécessité de protéger les droits des retraités (par. 149). Ce n'est pas, si je peux me permettre, aux tribunaux de trouver le juste équilibre entre les intérêts des employeurs et ceux des employés. Cette tâche revient au législateur. En effet, comme l'a fait remarquer la juge Deschamps dans *Monsanto*, par. 14 : « [L]a législation sur les normes des régimes de retraite crée un régime administratif complexe qui vise à établir un équilibre délicat entre les intérêts des employeurs et ceux des employés, tout en servant l'intérêt du public dans l'existence d'un système de régimes de retraite complémentaires vigoureux. » Le rôle des tribunaux consiste à déterminer et à faire respecter les droits des parties conformément à la loi applicable, à la common law et aux documents pertinents. Selon moi, la loi applicable et les documents relatifs au régime autorisent et prévoient la suspension des cotisations au volet CD.

B) *Les arrangements CD et PD peuvent-ils être inclus dans un régime unique et une fiducie unique?*

[87] Le comité se fonde sur la conclusion de la Cour divisionnaire selon laquelle l'instauration d'un arrangement CD parallèlement à l'arrangement PD en vigueur a entraîné [TRADUCTION] « légalement deux (2) régimes de retraite, deux (2) fonds de retraite et deux (2) catégories de participants » (par. 72). En général, la création de deux arrangements d'un régime de retraite financés différemment ne donne pas nécessairement lieu à deux régimes de retraite distincts et à deux fiducies distinctes. En l'espèce, il n'était pas déraisonnable, à mon avis, pour le Tribunal de conclure que les arrangements PD et CD pouvaient être inclus dans un régime unique et que le régime de 2000 pouvait être modifié rétroactivement de manière à créer une fiducie unique.

[88] Il est raisonnable d'interpréter les modifications apportées au texte en 2000 comme si elles prévoyaient un régime unique. Voici le texte de l'art. 1.07 de l'avant-propos :

[TRADUCTION] Par les présentes, le régime est modifié et reformulé comme suit :

. . . .

(c) change the Plan from one having defined benefit provisions only to a pension plan with a defined benefit component and a defined contribution component, effective January 1, 2000.

Section II defines “Plan” as “the Pension Plan for Employees of Kerry (Canada) Inc., as Revised and Restated at January 1, 2000, the terms of which are as set forth in this document, and as it may be amended from time to time”. Members of the Plan are defined as employees who meet the applicable eligibility requirements and continue to be entitled to benefits under either section of the Plan. Section 18.08 specifically provides that actuarial surplus can be used for “either Part 1 or Part 2 [members]”. These provisions demonstrate that the 2000 amendments to the Plan text evince the intention that there be a single plan.

[89] The support for a single plan found in the Plan text distinguishes this case from *Kemble v. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1 (Ch. D.). In *Kemble*, the plan sponsor ran a DB plan and decided to create a new DC arrangement by a temporary deed (plan text) that it intended to incorporate into the main plan deed. However, it never did amend the main deed governing the original plan to reflect the new DC arrangement. The two pension arrangements existed under separate deeds and the one governing the DB plan made no mention of incorporating the one governing the DC arrangement.

[90] Here there is an amendment to the overall plan indicating that the intention is to create a single plan and expressly allowing for contribution holidays in respect of each component of the Plan. Nothing in the relevant statutory or common law prohibits the creation of combined DB and DC plans. Therefore it was not unreasonable for the Tribunal to conclude that this would be a single plan.

c) le régime, qui prévoyait à l’origine des dispositions à prestations déterminées, sera maintenant constitué d’un volet à prestations déterminées et d’un volet à cotisation déterminée, en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2000.

Selon la section II, « régime » s’entend du [TRADUCTION] « régime de retraite des employés de Kerry (Canada) Inc., dans sa version révisée et redéfinie au 1<sup>er</sup> janvier 2000, dont les modalités sont prévues dans le présent document et qui peut être modifié au besoin ». Les participants au régime sont définis comme des employés qui répondent aux exigences d’admissibilité applicables et qui continuent d’avoir droit aux prestations en vertu de l’une ou l’autre des parties du régime. L’article 18.08 prévoit expressément que les excédents actuariels peuvent être utilisés à l’égard des [TRADUCTION] « participants de la partie 1 ou des participants de la partie 2 ». Ces dispositions démontrent que les modifications apportées au texte en 2000 prévoyaient un régime unique.

[89] Les dispositions du texte qui appuient la conclusion qu’il existe un régime unique permettent d’établir une distinction entre l’espèce et l’affaire *Kemble c. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1 (Ch. D.). Dans *Kemble*, le promoteur du régime avait instauré un régime PD et décidé de créer un nouvel arrangement CD par acte temporaire (le texte du régime) qu’il projetait d’ajouter au texte principal du régime. Toutefois, il n’a jamais modifié le texte principal qui régissait le régime initial pour refléter le nouvel arrangement CD. Les deux arrangements de retraite existaient en application de deux textes distincts et le texte régissant le régime PD ne mentionnait aucunement l’incorporation de celui qui régissait l’arrangement CD.

[90] En l’espèce, l’ensemble du régime a fait l’objet d’une modification, dont le but est de créer un régime unique et d’autoriser expressément la suspension des cotisations à chacun des volets du régime. Rien dans la loi applicable ou la common law n’interdit la création de régimes PD et CD combinés. Par conséquent, il n’était pas déraisonnable que le Tribunal conclue à l’existence d’un régime unique.

[91] Similarly, it was not unreasonable that DC members could be designated beneficiaries of the Trust. Trusts may have different classes of beneficiaries or numerous accounts; the fact that DB and DC funds will be held by different custodians does not prevent them from belonging to the same trust. Section 6(b) of the *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23, for instance, allows different trustees to be appointed over different parts of the trust property. Section 27(3) of the same Act allows trustees to invest in mutual funds, which will themselves often be administered by their own trustees. There is no reason why a single plan could not have DB and DC components whose members were beneficiaries of the same trust, provided the plan documents and legislation do not prohibit this.

[92] The Committee argues that *Schmidt* forecloses this possibility. They cite the statement of McLachlin J. (as she then was), dissenting in part on a different point, that “[a] defined contribution plan can never have a surplus” (p. 697). They also cite the following passage, at p. 653, of Cory J.’s majority judgment as supporting their position:

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. [Emphasis added.]

In this passage, Cory J. was concerned with explaining the criteria by which the previous case law determined a right to contribution holidays

[91] De même, il n’était pas déraisonnable que les participants CD puissent être désignés comme bénéficiaires de la fiducie. Les fiducies peuvent regrouper différentes catégories de bénéficiaires ou divers comptes; le fait que les fonds des volets PD et CD soient détenus par différents fiduciaires ne les empêche pas d’appartenir à la même fiducie. L’alinéa 6b) de la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23, par exemple, permet à différents fiduciaires d’être nommés pour différentes parties des biens en fiducie. Le paragraphe 27(3) de la même loi permet aux fiduciaires de faire des placements dans des fonds mutuels, lesquels sont souvent administrés par leurs propres fiduciaires. Rien n’empêche un régime unique de comporter les volets PD et CD et de désigner les participants comme bénéficiaires de la même fiducie, dans la mesure où les documents relatifs aux régimes et la législation ne l’interdisent pas.

[92] Le comité soutient que *Schmidt* exclut cette possibilité. Il cite l’affirmation de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente en partie sur une autre question, selon laquelle « [d]ans un régime à cotisations déterminées, il ne peut jamais y avoir de surplus » (p. 697). Il cite également à l’appui de sa thèse l’extrait suivant tiré du jugement majoritaire rendu par le juge Cory :

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[e] simplement à des calculs actuariels, on présumera ordinairement qu’elle autorise également le recours aux pratiques actuarielles normales. [Je souligne; p. 653.]

Dans cet extrait, le juge Cory était soucieux d’expliquer les critères jurisprudentiels qui ont permis d’établir le droit de se prévaloir d’une suspension de

in existing plan provisions. Where the employer's existing contribution requirements are fixed by a specific formula, such that contributions are not determined by an exercise of actuarial discretion, there can be no contribution holidays. Speaking generally, a single stand-alone DC plan will not allow contribution holidays, because its contributions are fixed and not determined by actuarial discretion.

[93] However, the Plan at issue in this case is different. A new component is being added to the existing Plan. After the retroactive amendments, the Plan would consist of DB and DC components. So long as it is a single plan and all employees are beneficiaries of the same trust, the Plan will not have been converted to a stand-alone DC plan. The point made in *Schmidt* does not apply to this situation.

[94] The Committee points to the fact that *Schmidt* concerned the amalgamation of two plans into a single plan. Despite the amalgamation, this Court considered the contribution holidays issue separately for each of the formerly existing plans. The Ontario Court of Appeal's decision in *Aegon Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196, similarly concerned the merger of pension plans, in which each merging plan's surplus was considered separately. The Committee says that, "except where the trust permits the activity, an employer may not amend the trust to 'co-mingle' or 'cross-subsidize' its obligations to employees in one part of a pension plan by using assets of the fund held exclusively for members in the other part of the same plan" (A.F., at para. 103).

[95] However, both *Schmidt* and *Aegon* involved mergers of pre-existing plans. The plans and trusts had different beneficiaries to which different employers had undertaken different obligations. In this case, the obligations have always been to the same set of employees — the Company's employees — and, after the retroactive amendment, always from the same trust. Neither *Schmidt* nor *Aegon* blocks the retroactive amendment at issue here.

cotisations dans les dispositions d'un régime existant. Si les obligations de l'employeur en matière de cotisation sont fixées au moyen d'une formule précise, de sorte que les cotisations ne relèvent pas de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire, il ne peut y avoir de suspension de cotisations. En général, un régime CD indépendant ne permettra pas la suspension des cotisations parce que ses cotisations sont fixes et ne sont pas établies à la discrétion d'un actuaire.

[93] Toutefois, le régime visé en l'espèce est différent. Un nouveau volet est ajouté au régime existant. Après l'adoption des modifications rétroactives, le régime serait constitué des volets PD et CD. Dans la mesure où il y a un régime unique et que les employés bénéficient tous de la même fiducie, le régime n'aura pas été converti en un régime CD indépendant. Le principe exposé dans *Schmidt* ne s'applique pas à la présente situation.

[94] Le comité souligne le fait que *Schmidt* portait sur la fusion de deux régimes dans le but de n'en former qu'un seul. Malgré cette fusion, la Cour a examiné séparément la question des suspensions de cotisations pour chacun des anciens régimes. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196, portait aussi sur la fusion de régimes de retraite, où l'excédent de chacun des régimes fusionnants était examiné séparément. Selon le comité, [TRADUCTION] « sauf si la fiducie le permet, un employeur ne peut modifier la fiducie de façon à "confondre" ou "interfinancer" ses obligations envers les employés visés par une partie d'un régime de retraite en employant les actifs de la caisse détenus exclusivement pour les participants à l'autre partie du même régime » (m.a., par. 103).

[95] Or, *Schmidt* et *Aegon* portaient sur des fusions de régimes préexistants. Les régimes et les fiducies avaient des bénéficiaires différents envers lesquels divers employeurs avaient des obligations différentes. En l'espèce, les obligations ont toujours bénéficié au même groupe d'employés — les employés de la société — et, après la modification rétroactive, les prestations provenaient toujours de la même fiducie. Ni *Schmidt* ni *Aegon* n'empêchent la modification rétroactive ici en cause.

[96] This is because there is nothing inherently wrong with a pension plan being structured in the way the Company proposes — provided the plan documents or legislation do not forbid it. This was Gillese J.A.’s conclusion (para. 111). Siegel J. came to this same conclusion in a decision released shortly after Gillese J.A.’s judgment (though he seemingly reached this conclusion independently — see para. 236): *Sutherland v. Hudson’s Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64 (Ont. S.C.J.). Siegel J. concluded, at para. 219, that

(1) there is no support in the case law for the plaintiffs’ proposition that the assets of an “exclusive benefit trust” may not be used for the benefit of members of a defined contribution section added to a pension plan previously structured solely as a defined benefit plan, and (2) more generally, there is judicial support for, and no legal principle prohibiting, amendments to a pension plan that establish a defined contribution section that exists together with a defined benefit section, with the same trust fund supporting the payment of benefits under each section of the plan.

[97] The case law supporting the permissibility of a single plan involving DC and DB components includes the English Chancery decision in *Barclays Bank Plc v. Holmes*, [2000] P.L.R. 339. In *Barclays*, Neuberger J. ruled that there is no reason in law that an employer could not set up a single plan under which some beneficiaries receive DB benefits and some receive DC benefits. At para. 54, he wrote the following, referring to amendments in a 41st deed which granted the employer the right to use a surplus in a DB component to take contribution holidays in respect of a DC component that was part of the same plan:

There is no intrinsic reason, as a matter of general law, why an employer or any other person could not set up a Pension Scheme expressly on that basis, in the way that, for instance, the Bank has undoubtedly purported to do, in the present case, in the 41st Deed. Such a view is supported by consideration of the multifarious types of private trusts which are created from time to time, which often involve many differing classes of beneficiary but a single fund.

[96] Il en est ainsi parce qu’il n’y a rien de foncièrement répréhensible à ce qu’un régime de retraite soit structuré de la façon proposée par la société — dans la mesure où les documents relatifs au régime ou la législation ne l’interdisent pas. Telle était la conclusion de la juge Gillese (par. 111). Le juge Siegel est arrivé à la même conclusion dans une décision publiée peu après celle de la juge Gillese (sans l’avoir consultée, semble-t-il — voir par. 236) : *Sutherland c. Hudson’s Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64 (C.S.J. Ont.). Le juge Siegel a conclu :

[TRADUCTION] (1) aucune décision n’étaye la proposition des demandeurs selon laquelle les actifs d’une « fiducie au bénéfice exclusif » ne peuvent être utilisés au bénéfice des participants à la partie à cotisations déterminées ajoutée à un régime de retraite déjà structuré en tant que régime à prestations déterminées, et (2) de façon plus générale, des précédents étayaient les modifications, que n’interdit aucun principe de droit, apportées à un régime de retraite dans le but d’établir une partie à cotisations déterminées qui puisse coexister avec la partie à prestations déterminées, les prestations versées en vertu de chacun des articles du régime provenant de la même caisse en fiducie. [par. 219]

[97] La jurisprudence en faveur d’un régime unique comportant les volets CD et PD inclut la décision de la Chancellerie anglaise *Barclays Bank Plc c. Holmes*, [2000] P.L.R. 339. Dans *Barclays*, le juge Neuberger a déclaré qu’en droit, rien n’empêche un employeur de créer un régime unique en vertu duquel certains bénéficiaires recevraient des prestations d’un volet PD et d’autres, des prestations d’un volet CD. Se référant aux modifications apportées à l’acte 41 qui conféraient à l’employeur le droit d’utiliser l’excédent d’un volet PD d’un régime de retraite pour suspendre ses cotisations à un volet CD du même régime, il a écrit :

[TRADUCTION] Il n’existe aucune raison intrinsèque, selon les règles générales du droit, pour laquelle un employeur ou toute autre personne ne pourrait concevoir une structure de régime de retraite expressément pour cette raison, de la façon que la banque, notamment, tente sans aucun doute de le faire en l’espèce dans l’acte 41. L’examen des différents types de fiducies privées, lesquelles comportent souvent plusieurs catégories de bénéficiaires, mais un seul fonds, appuie cette opinion. [par. 54]

It is true that in *Barclays*, the same trust Company controlled all accounts. However, as stated above, I do not think there is any difficulty with a single trust having numerous accounts at different institutions.

[98] *Barclays* is not, of course, determinative of this appeal. The legislative context and plan texts are different. However, it does support the proposition that there is nothing repugnant in principle to the existence of a single plan whose members receive different benefits, funded in different ways, depending on which of the various parts of the plan they participate in.

C) *Do the Plan Documents or Legislation Prohibit the Plan From Having DB and DC Components or Prohibit Contribution Holidays for Either of These Components?*

[99] Combining DB and DC components or contribution holidays for one or both components can be prohibited by the plan documents or by legislation. Therefore, for the Committee's argument to succeed, it must establish that there is a legislative or contractual impediment to the Company taking contribution holidays in the DC part of the Plan. It has not succeeded in this task.

[100] First, the legislation does not prevent the retroactive amendment making the DC members beneficiaries of the existing Trust and entitling the employer to apply the actuarial surplus to its DC contribution obligations. To the contrary, as noted by the Court of Appeal, at para. 103, s. 9 of the *Pension Benefits Act* General Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 909 ("*Regulations*"), provides that on conversion of a DB plan to a DC plan, a surplus can be used to offset contributions to the DC plan. While this case is not a conversion and s. 9 does not apply, it does suggest that a surplus accumulated under a DB component of a plan can be applied to a DC component of a plan.

[101] Section 7(3) of the *Regulations* allows the following:

Il est vrai que dans *Barclays*, la même société de fiducie contrôlait tous les comptes. Toutefois, comme je l'ai déjà dit, je ne crois pas que le fait qu'une même fiducie comporte divers comptes dans plusieurs institutions pose un problème.

[98] L'affaire *Barclays* n'est évidemment pas déterminante en l'espèce. Le contexte législatif et les textes des régimes sont différents. Toutefois, cette décision étaye la proposition selon laquelle rien, en principe, n'empêche l'existence d'un régime unique dont les participants reçoivent des prestations différentes, financées différemment, selon qu'ils participent à l'une ou à l'autre partie du régime.

C) *Les documents relatifs au régime ou la législation interdisent-ils un régime comportant des volets PD et CD ou interdisent-ils la suspension des cotisations à l'un ou l'autre de ces volets?*

[99] Les documents relatifs au régime et la législation peuvent interdire la combinaison des volets PD et CD ou la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets, ou aux deux. Par conséquent, pour que son argument soit retenu, le comité doit établir qu'une loi ou un contrat empêche la société de suspendre ses cotisations au volet CD du régime. Il n'y est pas parvenu.

[100] Premièrement, la législation n'interdit pas la modification rétroactive qui permet de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la fiducie existante et qui autorise l'employeur à utiliser l'excédent actuariel pour s'acquitter de ses obligations relatives aux cotisations au volet CD. Au contraire, comme l'a souligné la Cour d'appel au par. 103, l'art. 9 du règlement pris en application de la *Loi sur les régimes de retraite*, R.R.O. 1990, Règl. 909 (« *Règlement* »), prévoit que lors de la conversion d'un régime PD en un régime CD, l'employeur peut compenser ses cotisations au régime CD au moyen de l'excédent. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'une conversion et que l'art. 9 ne s'applique pas, cela laisse entendre qu'un excédent accumulé dans un volet PD d'un régime peut être affecté au volet CD de ce régime.

[101] Voici ce qu'autorise le par. 7(3) du *Règlement* :

In any year for which no special payments are required to be made for a pension plan under section 5, an actuarial gain may be applied to reduce contributions for normal costs required to be made by the employer, by a person or entity required to make contributions on behalf of the employer, by the members of the pension plan or by any of them.

So long as the DC component is part of the same Plan as the DB component, s. 7(3) supports the principle that any surplus in the Plan can be applied to DC contribution obligations. The retroactive amendments aim to ensure that the DB and DC components are part of the same Plan.

[102] The Committee pointed to no parts of the legislation that would prevent making the two components parts of a single Plan.

[103] LeBel J. rightly points out that nothing in the legislation permits contribution holidays where a DC component is added to a DB plan. He highlights the difference between the full conversion from a DB to a DC plan contemplated by s. 9 of the *Regulations* and the situation in which a DC component is added to an existing DB plan. However, I do not think it follows from this difference that the legislation prohibits contribution holidays in the circumstances of this case. Here the legislation is silent on the specific point at issue. Absent legislative restriction, the permissibility of contribution holidays must be determined with reference to contractual and trust law. In my view, nothing in the Plan documents prevents combining the two components in one plan or prohibits contribution holidays in respect of either component.

[104] The Committee argues that retroactively permitting the funding of the DC component from the DB surplus is not for the exclusive benefit of any of the members. The Committee analogizes the situation in this case to the one this Court dealt with in *Buschau*. In *Buschau*, an ongoing plan with a substantial surplus was closed to new members. The employer had previously withdrawn surplus funds in breach of the trust. It subsequently acknowledged that it had no right to recover the surplus funds and repaid them, but still sought to benefit from the

Au cours d'un exercice pour lequel aucun paiement spécial n'est exigé par l'article 5 à l'égard d'un régime, le gain actuariel peut être affecté à la réduction des cotisations destinées aux coûts normaux que doivent verser soit l'employeur, soit la personne ou l'entité qui est tenue de cotiser pour son compte, soit les participants du régime, soit n'importe lequel d'entre eux.

Dès lors que le volet CD fait partie du même régime que le volet PD, le par. 7(3) appuie le principe selon lequel tout excédent du régime peut être utilisé pour financer les cotisations au régime CD. Les modifications rétroactives visent à faire en sorte que les volets PD et CD fassent partie du même régime.

[102] Le comité n'a invoqué aucune disposition législative qui empêcherait que les deux volets fassent partie du même régime.

[103] Le juge LeBel souligne à juste titre que la législation n'autorise pas la suspension des cotisations lorsqu'un volet CD est ajouté à un régime PD. Il fait ressortir la différence entre la conversion totale d'un régime PD en un régime CD prévue à l'art. 9 du *Règlement* et l'ajout d'un volet CD à un régime PD existant. Toutefois, je ne crois pas qu'il s'ensuive de cette différence que la législation interdit la suspension des cotisations dans les circonstances de l'affaire. En l'espèce, la législation est muette sur le point précis en litige. En l'absence de restrictions législatives, il faut se référer au droit des contrats et au droit des fiducies pour déterminer si la suspension des cotisations est autorisée. À mon avis, les documents relatifs au régime n'empêchent pas de combiner les deux volets dans un régime unique et n'interdisent pas la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets.

[104] Le comité soutient que le fait de permettre rétroactivement le financement du volet CD au moyen de l'excédent du volet PD ne bénéficie pas exclusivement aux participants. Le comité établit une analogie entre la situation en l'espèce et celle dont la Cour était saisie dans *Buschau*. Dans l'affaire *Buschau*, l'accès à un régime en vigueur largement excédentaire a été fermé aux nouveaux participants. L'employeur avait préalablement retiré les sommes excédentaires en violation des conditions de la fiducie. Il a ensuite reconnu qu'il n'avait aucun

surplus by other means. It attempted to re-open the membership of the closed plan to access its surplus by taking contribution holidays in respect of its obligations to the new plan members. The Committee seeks to rely on Deschamps J.'s statement at para. 41 of *Buschau* that re-opening the plan in that case would be problematic.

[105] I do not find the Committee's use of *Buschau* convincing, because the circumstances here are quite different. *Buschau* involved a DB plan in surplus that had been closed for a number of years and was still paying benefits to its existing members. The employer attempted to re-open the plan to new members in order to gain access to its surplus by way of contribution holidays to these new members — thereby using the surplus in the plan to cover its contribution obligations to the new members. The employer had previously attempted to use the surplus to cover its contribution obligations by merging the closed plan with other plans in order to use the closed plan's surplus to take contribution holidays with respect to the other plans. A previous judgment prevented a merger from achieving such a result — despite the merger, the fund remained separate. The Court of Appeal in *Buschau* had stated that by re-opening the plan the employer would rightly be viewed as trying to do what it could not do by merger, i.e. benefit from the surplus by taking contribution holidays. The Court of Appeal stated that, as with the merger, because of the employer's previous breach of trust, an attempt to re-open the plan would result in the employer being forced to account for its trust obligations to the original plan members as if the plan had not been re-opened. Deschamps J.'s remark about re-opening the plan being problematic was made in this context.

[106] What the Tribunal contemplated here was a retroactive amendment expressly permitted by the *PBA*. The legal effect of the retroactive amendment

droit de récupérer les sommes excédentaires et les a remboursées, mais il a tout de même cherché à bénéficier de l'excédent par d'autres moyens. Il a essayé de rouvrir le régime à de nouveaux participants de manière à avoir accès à l'excédent en se prévalant d'une suspension de cotisations à l'égard des nouveaux participants. Le comité cherche à s'appuyer sur les propos de la juge Deschamps, au par. 41 de *Buschau*, selon laquelle la réouverture du régime dans ce cas poserait un problème.

[105] J'estime que le recours du comité à *Buschau* n'est pas convaincant parce que les circonstances en l'espèce sont bien différentes. Dans l'affaire *Buschau*, un régime PD excédentaire fermé depuis un certain nombre d'années versait toujours des prestations aux participants existants. L'employeur a tenté de rouvrir le régime à de nouveaux participants afin d'avoir accès à l'excédent en recourant à une suspension de cotisations à leur égard — utilisant ainsi l'excédent du régime pour s'acquitter de son obligation de verser des cotisations pour les nouveaux participants. L'employeur avait auparavant essayé de recourir à l'excédent pour payer ses cotisations obligatoires en fusionnant le régime fermé et d'autres régimes afin d'utiliser l'excédent du régime fermé pour suspendre ses cotisations aux autres régimes. Un jugement antérieur empêchait que la fusion n'atteigne un tel résultat — malgré la fusion, la fiducie est demeurée distincte. La Cour d'appel avait déclaré dans *Buschau* qu'en rouvrant le régime, on considérerait à juste titre que l'employeur tente d'accomplir ce qu'il ne pouvait pas faire par la fusion, soit bénéficier de l'excédent en se prévalant d'une suspension de cotisations. Comme elle l'avait fait à l'égard de la fusion, la Cour d'appel a affirmé que, l'employeur ayant déjà manqué à son obligation de fiduciaire, une tentative de sa part de rouvrir le régime aurait pour effet de l'obliger à rendre compte de ses obligations fiduciaires envers les participants initiaux comme si le régime n'avait jamais été fermé. C'est dans ce contexte que la juge Deschamps a tenu ces propos au sujet des problèmes soulevés par la réouverture du régime.

[106] En l'espèce, le Tribunal avait envisagé une modification rétroactive expressément autorisée par la *LRR*, laquelle n'aurait pas pour effet juridique de

would not amount to re-opening a closed plan, but to establishing that DC members were beneficiaries of the Trust from the moment the DC component was created and the DB component closed to new members. Because the amendment is retroactive, there would be no re-opening of a closed plan in law and no attempt to merge two independent trusts. This case is not analogous to *Buschau*; what was problematic in *Buschau* does not arise here.

[107] Another factor distinguishing this case from *Buschau* is the significant difference between a terminated plan and an ongoing plan. In *Schmidt*, Cory J. distinguished between an ongoing plan's *actuarial* surplus and a terminated plan's *actual* surplus. At pp. 654-55, he wrote:

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

In this case, as stated, the Plan and Trust have not been terminated. Only a part of the Plan has been closed to new employees. There is, therefore, no actual surplus that has vested with the employees. The DB surplus remains actuarial and the DB members retain their right to the defined benefits provided for under the Plan. Their interest in the surplus is only to the extent that it cannot be withdrawn or misused. Retroactively amending the Plan takes no vested property right away from the DB members.

[108] Moreover, Deschamps J. wrote at para. 34 of *Buschau*:

A plan is also seen as being, if not a permanent instrument, at least a long-term one. However, the participation

rouvrir un régime fermé, mais plutôt d'établir que les participants CD bénéficiaient de la fiducie dès la création du volet CD et la fermeture du volet PD aux nouveaux participants. La modification étant rétroactive, il n'y aurait en droit aucune réouverture d'un régime fermé ni aucune tentative de fusionner deux fiducies indépendantes. La présente affaire n'est aucunement analogue à l'affaire *Buschau*; les problèmes qui se posaient dans *Buschau* ne se posent pas en l'espèce.

[107] Autre facteur qui distingue l'espèce de *Buschau* : la nette différence entre un régime fermé et un régime en vigueur. Dans *Schmidt*, le juge Cory a établi une distinction entre l'excédent *actuariel* d'un régime en vigueur et l'excédent *réel* d'un régime auquel on a mis fin :

Pendant l'existence d'un régime sous forme de fiducie, le surplus est un surplus actuariel. Ni l'employeur 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. [p. 654-655]

En l'espèce, comme je l'ai déjà dit, on n'a mis fin ni au régime, ni à la fiducie. Seule une partie du régime est fermée aux nouveaux employés. Par conséquent, aucun excédent réel n'est dévolu aux employés. L'excédent du volet PD demeure actuariel et les participants à ce volet conservent leur droit aux prestations définies aux termes du régime. Ils ont un intérêt dans l'excédent seulement dans la mesure où il ne peut être retiré ou mal employé. La modification rétroactive du régime ne prive pas les participants PD de leur droit de propriété dévolu.

[108] De plus, la juge Deschamps a écrit dans *Buschau* :

Un régime est aussi considéré comme un instrument, sinon permanent, tout au moins à long terme. Par ailleurs,

of any individual member is ephemeral: members come and go, while plans are expected to survive the flow of employees and corporate reorganizations. In an ongoing plan, a single group of employees should not be able to deprive future employees of the benefit of a pension plan.

Here, the Plan was intended to be ongoing and cover all employees of the Company. As Gillese J.A. noted, at para. 110, it was intended that all employees would be members of the Plan and the Trust.

[109] This intention is demonstrated in the Plan documents. Section 1 of the 1954 Trust Agreement provided that the Trust Fund would not be diverted or used for “purposes other than for the exclusive benefit of such persons or their beneficiaries or personal representatives as from time to time may be designated in the Plan except as therein provided”. The 1958 Trust Agreement, in force at the time of the 2000 amendments, similarly provided that beneficiaries would be “such persons as from time to time may be designated in the Plan” (s. 1). Section 22 of the Plan text designates existing and retired employees as the persons to benefit from the Plan. The Plan was always meant to apply to all employees. It continues to do so with this retroactive amendment. It is therefore not inconsistent with the Plan to designate the DC members as beneficiaries of the original Trust.

[110] After the retroactive amendments, members of both parts of the Plan will be beneficiaries of the Trust; use of funds in the Trust to benefit either part is allowed because the Trust explicitly provides that the funds can be used for the benefit of the beneficiaries.

[111] LeBel J. finds that the Trust only ever contemplated DB plan members being its beneficiaries. He notes that certain provisions in the 1954 Trust Agreement contemplate the possibility of the amount of the Fund either being inadequate to meet

la participation individuelle d’un employé est éphémère : des participants arrivent et d’autres partent; on s’attend néanmoins à ce que les régimes survivent aux roulements de personnel et aux réorganisations d’entreprise. Dans un régime en vigueur, un seul groupe d’employés ne devrait pas pouvoir priver d’un régime de retraite les futurs employés. [par. 34]

En l’espèce, le régime devait demeurer en vigueur et couvrir tous les employés de la société. Comme l’a souligné la juge Gillese au par. 110, il était prévu que tous les employés participent au régime et à la fiducie.

[109] Cette intention est exprimée dans les documents relatifs au régime. Aux termes de l’art. 1 de la convention de fiducie de 1954, la caisse ne peut être utilisée ou détournée [TRADUCTION] « à d’autres fins que le bénéfice exclusif des personnes qui peuvent à l’occasion être désignées dans le régime, ou de leurs bénéficiaires ou représentants successoraux, sauf comme il est prévu aux présentes ». La convention de fiducie de 1958, en vigueur au moment des modifications de 2000, prévoyait également que les bénéficiaires seraient des [TRADUCTION] « personnes qui peuvent à l’occasion être désignées dans le régime » (art. 1). L’article 22 du texte du régime désigne les employés en poste et retraités comme étant les personnes qui bénéficient du régime. Le régime a toujours été censé s’appliquer à tous les employés. Avec cette modification rétroactive, il continue de s’appliquer à eux. Il n’est donc pas contraire au régime de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la fiducie initiale.

[110] Après les modifications rétroactives, les participants aux deux volets du régime bénéficieront de la fiducie. L’utilisation des fonds en fiducie au profit des participants de l’un ou l’autre des volets est autorisée puisque la fiducie prévoit explicitement que les fonds peuvent être utilisés au profit des bénéficiaires.

[111] Le juge LeBel estime que la fiducie a toujours prévu que seuls les participants PD étaient ses bénéficiaires. Il mentionne que certaines dispositions de la convention de fiducie de 1954 prévoient que l’actif de la caisse pourrait soit être insuffisant

its liabilities (ss. 2 and 6) or exceeding its liabilities (s. 11), scenarios that could not arise in a DC plan.

[112] In my opinion, the Trust contemplated a broader category of beneficiaries. As stated above, the language governing the designation of the beneficiaries of the Trust is general and it has always applied to the employees of the Company. I do not think it was unreasonable for the Tribunal to conclude that the Plan allowed for the designation of DC members, who are Company employees, as beneficiaries of the Trust.

[113] LeBel J. says that an amendment that purports to make DC employees beneficiaries of the same single trust as DB employees and to allow the employer to take contribution holidays in respect of the DC employees affects the benefits of the DB employees in the sense that assets in the pension fund are being reduced. DB members may well prefer higher actuarial surpluses in the pension fund. Indeed, the Committee argued against the use of the actuarial surplus for the payment of Plan expenses and the taking of DB contribution holidays, as well as for the taking of DC contribution holidays. However, absent legislation stating otherwise, DB members have no right to require surplus funding of the Plan in order to increase their security. In *National Grid Co. plc v. Mayes*, [2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417, Lord Hoffmann stated: “Caution is a matter for the actuary in certifying the surplus and certifying the arrangements as reasonable” (para. 17). It is the plan documents and trust law that govern. Nothing in the Plan documents or trust law gives the DB members a vested interest in the actuarial surplus of the Trust Fund or prevents the use of the actuarial surplus for Plan expenses or DB or DC contribution holidays.

[114] In my respectful opinion, the Tribunal’s decision to allow contribution holidays in respect of the DC component of the pension Plan, once appropriate retroactive amendments are made, was not unreasonable.

pour permettre à l’employeur de s’acquitter de ses obligations (art. 2 et 6), soit dépasser le passif (art. 11), scénarios qui ne pourraient se produire dans un régime CD.

[112] À mon avis, la fiducie envisageait une catégorie de bénéficiaires plus générale. Comme je l’ai déjà mentionné, la disposition régissant la désignation des bénéficiaires de la fiducie est générale et s’est toujours appliquée aux employés de la société. Je ne crois pas qu’il était déraisonnable pour le Tribunal de conclure que le régime permettait de désigner les participants CD, des employés de la société, comme bénéficiaires de la fiducie.

[113] Le juge LeBel affirme que la modification visant à rendre les employés CD bénéficiaires de la même fiducie que les employés PD et à permettre à l’employeur de suspendre ses cotisations à l’égard des employés CD a une incidence sur les prestations des employés PD, en ce sens que l’actif de la caisse est réduit. Il se peut fort bien que les participants PD préfèrent voir des excédents actuariels plus élevés dans la caisse de retraite. D’ailleurs, le comité s’est opposé à l’utilisation de l’excédent actuariel pour le paiement des frais du régime et pour suspendre les cotisations aux volets PD et CD. Toutefois, sauf disposition contraire de la législation, les participants PD n’ont pas le droit d’exiger des excédents financiers en vue de renforcer leur sécurité. Dans *National Grid Co. plc c. Mayes*, [2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417, lord Hoffmann a affirmé : [TRADUCTION] « C’est l’actuaire qui doit être prudent lorsqu’il atteste que l’excédent et les ententes sont raisonnables » (par. 17). Ce sont les documents relatifs au régime et le droit des fiducies qui prévalent. Ceux-ci ne confèrent pas aux participants PD un intérêt dévolu dans l’excédent actuariel de la caisse. Ils n’interdisent pas non plus l’utilisation de l’excédent actuariel pour payer les frais du régime ou pour suspendre les cotisations aux volets PD ou CD.

[114] À mon sens, la décision du Tribunal d’autoriser les suspensions de cotisations au volet CD du régime de retraite, une fois les modifications rétroactives apportées, n’était pas déraisonnable.

IX. Issue 4 — Costs

[115] There are two issues with respect to costs. First, did the Tribunal have the authority to order that costs be paid out of the Trust Fund? Second, the Court of Appeal reversed the decision of the Divisional Court and was therefore entitled to make its own costs ruling: 2007 ONCA 605, 282 D.L.R. (4th) 625. It declined to award costs to the Committee from the Fund. The issue is whether this Court should interfere with that exercise of discretion by the Court of Appeal.

A) *Tribunal's Authority to Award Costs*

[116] On the first issue, s. 24 of the *Financial Services Commission of Ontario Act, 1997* provides: "The Tribunal may order that a party to a proceeding before it pay the costs of another party or the Tribunal's costs of the proceeding." The Tribunal held that since the Fund was not a party to the proceedings before it, it did not have the authority to order costs payable from the Fund.

[117] The language of s. 24 is unambiguous on this point. The Tribunal cannot order costs from the Trust Fund if the Fund is not a party. Here, the Fund was not a party. In these circumstances, the Court should defer to the Tribunal.

B) *Awarding Costs From the Fund*

[118] On the second issue, I would not interfere with Gillese J.A.'s decision not to order costs payable to the Committee from the Fund.

[119] Gillese J.A. identified two authorities setting out the proper approach to follow in deciding when to award an unsuccessful litigant its costs from a trust fund. The English case *Buckton v. Buckton*, [1907] 2 Ch. 406, notes three categories of cases in the wills and estate context. The first category is comprised of cases in which the trustees apply to a court to construe the terms of the

IX. Question 4 — Dépens

[115] Les dépens soulèvent deux questions. Premièrement, le Tribunal avait-il le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse? Deuxièmement, la Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour divisionnaire et pouvait donc rendre sa propre décision au sujet des dépens : 2007 ONCA 605, 282 D.L.R. (4th) 625. Elle a refusé d'adjudger les dépens au comité par prélèvement sur la caisse. Il s'agit de savoir si la Cour doit intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel.

A) *Compétence du Tribunal pour adjudger des dépens*

[116] Relativement à la première question, aux termes de l'art. 24 de la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, « [l]e Tribunal peut ordonner à une partie à l'audience de verser les dépens d'une autre partie ou les frais du Tribunal. » Le Tribunal a conclu que, la caisse n'étant pas partie à l'instance, il n'avait pas le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse.

[117] Le texte de l'art. 24 est très clair à ce sujet. Le Tribunal ne peut ordonner le paiement des dépens à même la caisse si la fiducie n'est pas partie à l'instance. En l'espèce, la caisse n'était pas une partie. Dans ces circonstances, la Cour devrait s'en remettre au Tribunal.

B) *Adjudger des dépens par prélèvement sur la caisse*

[118] Relativement à la deuxième question, je suis d'avis de ne pas modifier la décision de la juge Gillese de ne pas ordonner le paiement des dépens au comité par prélèvement sur la caisse.

[119] La juge Gillese a trouvé deux décisions qui énoncent la démarche appropriée pour décider à quel moment il convient d'adjudger des dépens à une partie déboutée à même un fonds en fiducie. La décision anglaise *Buckton c. Buckton*, [1907] 2 Ch. 406, relève trois catégories d'affaires dans le contexte des testaments et des successions. La première catégorie comprend les affaires où les fiduciaires

trust deed so that they may determine the proper administration of the trust. The second category is comprised of similar cases seeking to determine the proper administration of the trust, but brought by the beneficiaries of the trust rather than the trustees. In both these cases, costs may rightfully be paid from the trust fund. However, costs will not be paid from the fund in cases that fall under the third category, that is, where a beneficiary makes a claim which is adverse to other beneficiaries of the trust.

[120] In *Sutherland v. Hudson's Bay Co.* (2006), 53 C.C.P.B. 154 (Ont. S.C.J.) (“*Sutherland (2006)*”), Cullity J. set out the situations where he finds that costs may be payable from a trust fund. His approach appears similar to the first two categories of *Buckton*. At para. 11, he writes:

Orders for the payment of costs out of trust funds are most commonly made in either of two cases. One is where the rights of the unsuccessful parties to funds held in trust are not clearly and unambiguously dealt with in the terms of the trust instrument. In such cases, the order is sometimes justified by describing the problem as one created by the testator or settlor who transferred the funds to the trust. The other case is where the claim of the unsuccessful party may reasonably be considered to have been advanced for the benefit of all of the persons beneficially interested in the trust fund.

[121] I think these cases helpfully define the circumstances in which costs should be awarded from a pension trust fund. The rules in both *Buckton* and *Sutherland (2006)* would allow a court to award its costs out of the fund where there is a legitimate uncertainty as to how to properly administer the trust and where the dispute is not adversarial.

[122] In *Patrick v. Telus Communications Inc.*, 2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506, the British Columbia Court of Appeal has recently criticized the application of *Buckton* to a number of cases,

demandent à un tribunal d’interpréter l’acte de fiducie afin qu’ils puissent déterminer la bonne administration de la fiducie. La deuxième catégorie est composée d’affaires semblables où les actions sont intentées par les bénéficiaires de la fiducie plutôt que par les fiduciaires. Dans les deux catégories, les dépens peuvent légitimement être payés à même les fonds en fiducie. Toutefois, les dépens ne seront pas prélevés sur les fonds en fiducie dans les affaires qui appartiennent à la troisième catégorie, c’est-à-dire si un bénéficiaire présente une réclamation au préjudice des autres bénéficiaires de la fiducie.

[120] Dans *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2006), 53 C.C.P.B. 154 (C.S.J. Ont.) (« *Sutherland (2006)* »), le juge Cullity a décrit les situations où, selon lui, les dépens peuvent être payés à même les fonds en fiducie. Son approche ressemble à celle retenue pour les deux premières catégories énoncées dans *Buckton*. Au paragraphe 11, il écrit :

[TRADUCTION] Les ordonnances de paiement des dépens à même les fonds en fiducie sont généralement rendues dans l’une ou l’autre des situations suivantes. La première est celle où les droits des parties déboutées aux fonds en fiducie ne sont pas clairement énoncés dans l’acte de fiducie. Dans de tels cas, l’ordonnance est parfois justifiée en décrivant le problème comme étant un problème créé par le testateur ou le constituant qui a transféré les fonds dans la fiducie. La deuxième situation est celle où il est raisonnablement considéré que la demande de la partie déboutée peut raisonnablement être considérée comme ayant été présentée dans l’intérêt de toutes les personnes ayant un droit bénéficiaire sur la caisse.

[121] J’estime que ces exemples définissent utilement les circonstances dans lesquelles les dépens devraient être accordés par prélèvement sur une caisse de retraite. Les règles établies dans *Buckton* et *Sutherland (2006)* autoriseraient un tribunal à adjuger les dépens par prélèvement sur la caisse quand il subsiste des doutes légitimes quant à la façon de bien administrer la fiducie et quand le litige n’est pas contradictoire.

[122] Dans *Patrick c. Telus Communications Inc.*, 2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a récemment critiqué l’application de l’arrêt *Buckton* à plusieurs

including one it had previously decided. It expressed the view that in British Columbia *Buckton* should only apply to proceedings dealt with in chambers (originating applications under the British Columbia *Rules of Court*) and not to more complex trial litigation. It nevertheless acknowledged that in pension litigation, costs may be awarded on the basis set out in *Sutherland (2006)*. I think this ruling points to some difficulties in applying *Buckton* in the context of pension litigation.

[123] Pension litigation is frequently more complex than estate litigation. In the context of pension litigation, the court must not just be sensitive to the litigation being adversarial between beneficiaries of the trust, as *Buckton* might be taken to suggest, but also between the beneficiaries and the settlor (in this case the Company), the trustees or the administrators (in this case the Retirement Committee). Unlike the wills and estate context, the employer that settles a pension trust is likely under an ongoing obligation to contribute to the trust fund. As a result, awarding costs out of a pension trust fund may have an impact on the employer. This is especially true in cases such as this involving issues of expenses payable by a trust fund and of contribution holidays. In these cases, a costs award from the fund will reduce the actuarial surplus in the fund and hasten the date when the employer must satisfy expense requirements or must begin making contributions again.

[124] In *Smith v. Michelin North America (Canada) Inc.*, 2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d) 274, the Nova Scotia Court of Appeal addressed the question of costs with the benefit of the Ontario Court of Appeal's decision in this case. It agreed with Gillese J.A.'s finding that the key question is whether the litigation is adversarial rather than aimed at the due administration of the pension trust fund. Claims that are adversarial amongst beneficiaries will not qualify for a costs award from the

affaires, dont une qu'elle avait déjà tranchée. Elle a estimé qu'en Colombie-Britannique *Buckton* ne devrait s'appliquer qu'aux litiges instruits par le juge en cabinet (requêtes introductives d'instance en vertu des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique) et non aux litiges plus complexes instruits par un juge lors d'un procès. Elle a tout de même reconnu que dans les litiges en matière de régimes de retraite, les dépens peuvent être adjugés conformément à la méthode énoncée dans *Sutherland (2006)*. Je pense que cette décision fait ressortir les difficultés que pose l'application de *Buckton* dans ce contexte.

[123] Les litiges en matière de régimes de retraite sont souvent plus complexes que les litiges en matière de succession. Dans le contexte des litiges en matière de régimes de retraite, la cour ne doit pas seulement tenir compte du caractère contradictoire du litige entre les bénéficiaires de la fiducie, comme *Buckton* pourrait le laisser entendre, mais aussi entre les bénéficiaires et le constituant (en l'espèce, la société), les fiduciaires ou les administrateurs (en l'espèce, le comité de retraite). Contrairement au contexte des testaments et des successions, l'employeur qui crée une caisse de retraite est censé ne pas cesser de cotiser à la caisse. Par conséquent, l'adjudication des dépens par prélèvement sur une caisse de retraite peut avoir des répercussions sur l'employeur. C'est d'autant plus vrai dans les cas, comme en l'espèce, qui portent sur la question de frais payables par prélèvement sur une caisse et celle de la suspension de cotisations. Dans ces cas, une adjudication des dépens par prélèvement sur la caisse aura pour effet de réduire l'excédent actuariel de la caisse et de précipiter la date à laquelle l'employeur doit satisfaire aux exigences en matière de frais ou recommencer à verser des cotisations.

[124] Dans *Smith c. Michelin North America (Canada) Inc.*, 2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d) 274, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a abordé la question des dépens à la lumière de la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce. Elle a partagé la conclusion de la juge Gillese selon laquelle la question principale est celle de savoir si le litige est contradictoire au lieu d'être axé sur la bonne administration de la caisse de retraite. Les demandes de nature contradictoire entre les

fund. However, not even every claim in which the beneficiaries have a common interest in the litigation will entitle them to their costs from the fund. A claim might still be adversarial, even if it is not adversarial amongst beneficiaries. Costs will only be awarded from the fund where the proceedings are necessary for the due administration of the trust.

[125] Where litigation involves issues, such as in the present case, of a dispute between a settlor of a trust fund and some or all of its beneficiaries, the ordering of costs payable from the fund to the unsuccessful party may ultimately have to be paid by the successful party. In these types of cases, a court will be more likely to approach costs as in an ordinary lawsuit, i.e., payable by the unsuccessful party to the successful party.

[126] In the end, of course, costs awards are quintessentially discretionary. Courts have considered a number of factors in finding that litigation was concerned with due administration of the trust. Courts have noted that the litigation was primarily about the construction of the plan documents (*Huang v. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)*, 2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107, *Patrick v. Telus Communications Inc.*, 2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74, and *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 299 D.L.R. (4th) 277), clarified a problematic area of the law (*Ontario Teachers' Pension Plan Board v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2003), 36 C.C.P.B. 154 (Ont. Div. Ct.), and *Burke*), was the only means of clarifying the parties' rights (*Burke*), alleged maladministration (*MacKinnon v. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688), and had no effect on other beneficiaries of the trust fund (*C.A.S.A.W., Local 1 v. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.*, 2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504, and *Bentall Corp. v. Canada Trust Co.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181 (S.C.)).

bénéficiaires ne donneront pas droit à une adjudication des dépens par prélèvement sur la caisse. Toutefois, les demandes dans lesquelles les bénéficiaires prenant part au litige ont un intérêt commun ne permettront pas toutes que les dépens soient ainsi adjugés. Une demande peut être de nature contradictoire, même si les parties opposées ne sont pas des bénéficiaires. Les dépens ne seront prélevés à même la caisse que si l'instance est nécessaire pour assurer la bonne administration de la fiducie.

[125] Lorsque le litige porte, comme en l'espèce, sur des questions relatives à un différend entre le constituant d'une caisse et les bénéficiaires ou certains d'entre eux, les dépens que la partie déboutée pourra prélever sur la caisse peuvent en fin de compte devoir être payés par la partie obtenant gain de cause. Dans les affaires de ce genre, la cour aura davantage tendance à aborder les dépens de la même façon que dans une poursuite ordinaire, soit que la partie déboutée les paye à la partie qui a eu gain de cause.

[126] Bien entendu, en fin de compte, l'adjudication des dépens est un exemple typique d'une décision discrétionnaire. Les tribunaux ont pris en compte plusieurs facteurs pour arriver à la conclusion que le litige concernait la bonne administration de la fiducie. Ils ont constaté que le litige concernait essentiellement l'interprétation des documents relatifs au régime (*Huang c. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)*, 2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107, *Patrick c. Telus Communications Inc.*, 2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74, et *Burke c. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 299 D.L.R. (4th) 277), qu'il précisait un aspect problématique du droit (*Ontario Teachers' Pension Plan Board c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2003), 36 C.C.P.B. 154 (C. div. Ont.), et *Burke*), qu'il constituait le seul moyen de préciser les droits des parties (*Burke*), qu'il alléguait une mauvaise administration (*MacKinnon c. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688), et qu'il n'avait aucune incidence sur les autres bénéficiaires de la fiducie (*C.A.S.A.W., Local 1 c. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.*, 2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504, et *Bentall Corp. c. Canada Trust Co.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181 (C.S.)).

[127] Courts have refused to award costs when they considered litigation ultimately adversarial. In reaching this conclusion, they have noted the following factors: the litigation included allegations by the unsuccessful party of breach of fiduciary duty (*White v. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee*, 2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39); the litigation only benefited a class of members and it would impose costs on other members should the plaintiff be successful (*Smith, Lennon v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736 (Div. Ct.), and *Turner v. Andrews*, 2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 53); the litigation had little merit (*Smith, White and Lennon*).

[128] In this case, the Company was successful, i.e., it does not have to pay into the Fund to cover expenses at issue and may take contribution holidays. There is no reason to penalize it by reducing the Fund surplus and thereby reducing its opportunity for contribution holidays.

[129] Moreover, Gillese J.A. held that the litigation was adversarial in nature because it was ultimately about the propriety of the Company's actions and because the Committee sought to have funds paid into the Fund to the benefit of the DB members only. The litigation seems particularly unusual in light of several Committee members having played a part in the taking of the decisions the Committee is now challenging.

[130] I agree with Gillese J.A. that this case is adversarial in nature.

[131] Gillese J.A. also concluded that the Committee was not bringing this litigation on behalf of all beneficiaries. She rested this conclusion on the fact that the benefits the Committee claimed were only for the DB members of the Plan. She also took into account a conclusion reached by a concurring Tribunal member (see *Nolan v. Superintendent of Financial Services*, [2004] O.F.S.C.D. No. 191 (QL), at para. 27, Mr. McNairn),

[127] Les tribunaux ont refusé d'adjuger des dépens quand ils estimaient que le litige avait été de nature contradictoire. Pour parvenir à cette conclusion, ils ont fait ressortir les facteurs suivants : la partie déboutée avait allégué un manquement à l'obligation fiduciaire (*White c. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee*, 2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39); le litige ne servait que les intérêts d'une catégorie de participants et si les demandeurs avaient obtenu gain de cause, il aurait imposé des dépens à d'autres participants (*Smith, Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736 (C. div.), et *Turner c. Andrews*, 2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 53); le litige était peu fondé (*Smith, White et Lennon*).

[128] En l'espèce, la société a obtenu gain de cause; elle n'a pas à cotiser à la caisse pour couvrir les frais en question et elle peut recourir aux suspensions de cotisations. Il n'existe aucune raison de la pénaliser en réduisant l'excédent de la caisse et, par conséquent, en réduisant ses possibilités de suspendre ses cotisations.

[129] En outre, la juge Gillese a conclu que le litige était de nature contradictoire parce qu'il portait, en dernière analyse, sur la légitimité des mesures prises par la société et parce que le comité demandait que les fonds soient versés dans la caisse au bénéfice exclusif des participants PD. Le litige semble particulièrement inhabituel compte tenu du fait que plusieurs membres du comité ont joué un rôle dans la prise des décisions que le comité conteste maintenant.

[130] Je suis d'accord avec la juge Gillese pour dire que la présente affaire est de nature contradictoire.

[131] La juge Gillese a aussi conclu que le comité n'a pas intenté ce recours pour le compte de tous les bénéficiaires. Elle a fondé cette conclusion sur le fait que le comité ne présentait sa réclamation que pour les participants PD. Elle a également tenu compte de la conclusion à laquelle est arrivé un autre membre du Tribunal (voir *Nolan c. Surintendant des services financiers*, [2004] O.F.S.C.D. No. 191 (QL), par. 27, M. McNairn) selon laquelle le comité n'avait pas

that the Committee had not demonstrated its precise level of support among Plan members.

[132] For these reasons, there would be no justification to interfere with the costs ruling of Gillese J.A. that costs should be payable by the Committee in favour of the Company.

#### X. Disposition

[133] The appeal should be dismissed with costs in favour of the Company against the appellants.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting in part) —

##### I. Introduction

[134] The issues raised in this appeal affect the millions of Canadians who are members of occupational pension plans. Several of these issues are the subjects of frequent litigation in the pension field, such as an employer's use of pension funds to pay plan expenses, the taking of "contribution holidays" in a defined benefit pension plan ("DB plan"), and the proper test for determining whether the costs of litigation can be awarded from a pension fund. I agree with my colleague's conclusions on these issues and will not address them in the reasons below.

[135] However, one question raised in this appeal is novel, and more contentious: it asks whether an employer can use the surplus of a DB pension plan to fund its contribution obligations toward a defined contribution pension plan ("DC plan"). It is on this issue that my colleague and I part ways. I believe that the employer's use of DB surplus to fund its obligations toward the DC plan is not supported by the legislative regime and constitutes a breach of the plan provisions, the trust agreement, and the relevant principles of trust law. When the DC plan was created in 2000, the company's employees ceased to be members of a single plan. The employees in

démontré dans quelle mesure les participants du régime avaient appuyé sa démarche.

[132] Pour ces motifs, rien ne justifierait la Cour d'intervenir à l'égard de la décision de la juge Gillese de condamner le comité aux dépens.

#### X. Dispositif

[133] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de la société contre les appelants.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident en partie) —

##### I. Introduction

[134] Les questions soulevées dans le présent pourvoi touchent les millions de Canadiens qui participent à des régimes de retraite professionnels. Plusieurs d'entre elles font l'objet de fréquents litiges dans le domaine des pensions, par exemple l'utilisation par l'employeur de la caisse de retraite pour acquitter les frais du régime, la suspension des cotisations à un régime de retraite à prestations déterminées (le « régime PD ») et le critère qu'il convient d'employer pour déterminer s'il est possible d'adjudger des dépens payables à même la caisse de retraite. Je souscris aux conclusions de mon collègue sur ces questions et je n'examinerai pas celles-ci dans les motifs qui suivent.

[135] Cependant, une question soulevée en l'espèce est nouvelle et se révèle plus litigieuse : l'employeur peut-il se servir de l'excédent d'un régime PD pour financer ses cotisations obligatoires à un régime de retraite à cotisations déterminées (le « régime CD »)? C'est sur cette question que mon collègue et moi divergeons d'opinion. À mon sens, le régime législatif ne permet pas une telle utilisation, qui constitue une violation des dispositions du régime, de la convention de fiducie et des principes pertinents du droit des fiducies. En 2000, à la création du régime CD, les employés de la société ont cessé de participer à un régime unique. Ceux

the DC plan (“DC members”) are not beneficiaries of the DB trust and any amendment that would purport to designate them as such would contravene these same provisions and principles. As a result, the decision of the Financial Services Tribunal (“Tribunal”) that approved such an amendment was unreasonable and must be quashed.

## II. Overview

[136] I will not attempt to duplicate my colleague’s thorough review of the facts. However, a brief sketch of the parameters of this appeal and of some particular facts is necessary. The pension plan in this case provided benefits on a DB basis until January 1, 2000, when the respondent company closed the DB plan to new members and opened a DC plan. Existing employees could choose whether to join the DC plan or to remain in the DB plan, whereas new employees were only entitled to join the DC plan. The appellants, a group of former employees of Kerry (Canada) Inc. and its predecessor companies (“Kerry”), essentially contend that their employer misused the funds in their pension trust. The appellants claim that the company did not ever have the right to pay certain expenses related to the management of the plan from the pension fund, and that it was not entitled to use the fund’s surplus to offset its required contributions (i.e. to take a “contribution holiday”) with respect to both the DB and the DC plans. This case arose as a result of the appellants’ decision to challenge these alleged irregularities before the Superintendent of Financial Services (“Superintendent”). The Superintendent, who is the other respondent in this appeal, ordered Kerry to reimburse the pension fund for some of the third-party expenses, but refused to order reimbursement for the contribution holidays Kerry had taken with respect to the DB and DC plans.

[137] The Tribunal heard the appeal against the Superintendent’s Notices of Proposal. The Tribunal released several sets of reasons, only one of which is relevant to this discussion: [2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL). In those reasons, the Tribunal held that Kerry was entitled to take contribution holidays

qui participent au régime CD (les « participants CD ») ne sont pas bénéficiaires de la fiducie PD et toute modification visant à les désigner comme tels contrevient à ces mêmes dispositions et principes. Par conséquent, la décision du Tribunal des services financiers (« Tribunal ») d’approuver une telle modification est déraisonnable et doit être annulée.

## II. Aperçu

[136] Je n’essaierai pas de répéter l’examen approfondi des faits qu’a effectué mon collègue. Il est toutefois nécessaire d’exposer brièvement les paramètres du présent pourvoi et certains faits. Le régime de retraite en l’espèce offrait des prestations déterminées jusqu’au 1<sup>er</sup> janvier 2000, date à laquelle la société intimée a fermé le régime PD aux nouveaux employés et a ouvert un régime CD. Les employés en poste pouvaient choisir de passer au régime CD ou de conserver le régime PD, alors que les nouveaux employés avaient seulement le droit de participer au régime CD. Les appelants, un groupe d’anciens employés de Kerry (Canada) Inc. et de ses prédécesseurs (« Kerry »), font essentiellement valoir que leur employeur a fait un mauvais usage des fonds de leur fiducie de retraite. Ils soutiennent que la société n’a jamais été autorisée à payer, à même la caisse de retraite, certains frais d’administration du régime et qu’elle n’avait pas le droit de compenser par l’excédent de la caisse ses cotisations obligatoires (c.-à-d. de recourir aux suspensions de cotisations) aux régimes PD et CD. Le présent pourvoi résulte de la décision des appelants de contester ces irrégularités alléguées devant le surintendant des services financiers (« surintendant »). Le surintendant, l’autre intimé en l’espèce, a ordonné à Kerry de rembourser à la caisse certains frais dus à un tiers, mais a refusé d’ordonner le remboursement des cotisations que Kerry aurait dû verser aux régimes PD et CD si elle ne s’était pas prévalu d’une suspension de cotisations.

[137] Le Tribunal a entendu l’appel formé contre les avis de proposition émis par le surintendant. Il a rendu plusieurs séries de motifs, dont une seule est pertinente dans le présent débat : [2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL). Dans ces motifs, il a conclu que Kerry avait le droit de suspendre ses cotisations au

from the DB plan. Moreover, it held that Kerry could continue to fund its contributions toward the DC plan from the DB surplus, but on the condition that it retroactively amend the 2000 pension plan (the “Plan”) to designate the DC members as beneficiaries of the pension trust fund (the “retroactive designation” remedy).

[138] The Ontario Divisional Court reviewed the Tribunal’s contribution holiday decision on the standard of correctness because, in its opinion, the issue required the interpretation of pension plan documents and trust agreements, and therefore engaged a question of law. The court concluded that the Tribunal did not correctly address the contribution holiday issue and reversed the Tribunal on this point: (2006), 209 O.A.C. 21. It viewed the DB and DC plans as two separate and distinct pension plans, and held that the contribution holidays taken with respect to the DC plan constituted unlawful cross-subsidization between pension funds that could not be remedied by a retroactive designation of DC members as fund beneficiaries.

[139] The Ontario Court of Appeal applied the standard of reasonableness to the Tribunal’s contribution holiday decision, as the issue engaged the Tribunal’s relative expertise in interpreting pension plan documents and was not a pure question of law. Gillese J.A., for the court, held that the Tribunal’s decision was reasonable and reinstated its proposed remedy, adding that she would have reached the same conclusion even on the correctness standard: 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1. Although her reasoning was not the same as that of the Tribunal, Gillese J.A. agreed that a retroactive amendment designating the DC members as trust beneficiaries would permit the employer to use the surplus in the fund to pay its contributions toward the DC plan. The appellants sought and obtained leave to appeal to this Court: [2008] 1 S.C.R. xi.

régime PD. Il a aussi décidé qu’elle pouvait continuer à financer ses cotisations au régime CD par prélèvement sur l’excédent accumulé dans le régime PD, mais à condition de modifier rétroactivement le régime de retraite de 2000 (le « régime ») de manière à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse de retraite en fiducie (la « désignation rétroactive »).

[138] La Cour divisionnaire de l’Ontario a examiné selon la norme de la décision correcte la décision du Tribunal concernant la suspension des cotisations, car, selon elle, la question nécessite l’interprétation des documents relatifs au régime de retraite et des conventions de fiducie, et fait donc intervenir une question de droit. La cour a conclu que le Tribunal n’a pas examiné correctement la question de la suspension des cotisations et a infirmé sa décision sur ce point : (2006), 209 O.A.C. 21. Elle a considéré que le régime PD et le régime CD constituent deux régimes de retraite distincts et a conclu que la suspension des cotisations au régime CD constituait un interfinancement illicite entre régimes de retraite auquel ne pouvait remédier une désignation rétroactive des participants CD comme bénéficiaires de la caisse.

[139] La Cour d’appel de l’Ontario a appliqué la norme de la raisonabilité à l’examen de la décision du Tribunal concernant la suspension des cotisations. À son avis, la question fait intervenir l’expertise relative du Tribunal dans l’interprétation des documents sur le régime de retraite et n’est pas une pure question de droit. La juge Gillese, au nom de la cour, a conclu que la décision du Tribunal était raisonnable et a rétabli la réparation qu’il avait proposée, ajoutant qu’elle serait parvenue à la même conclusion, même selon la norme de la décision correcte : 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1. Bien qu’elle ait adopté un raisonnement différent de celui du Tribunal, la juge Gillese a convenu qu’une modification rétroactive visant à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse permettrait à l’employeur de se servir de l’excédent de la caisse pour payer ses cotisations au régime CD. Les appelants ont demandé et obtenu l’autorisation d’interjeter appel devant la Cour : [2008] 1 R.C.S. xi.

[140] I agree that the appropriate standard of review for the contribution holiday issue is reasonableness. As my colleague has aptly explained, at paras. 26-30 of his reasons, the four factors underlying the standard of review analysis clearly point to the conclusion that the Tribunal's decision concerning the DC contribution holidays must only be interfered with if it is unreasonable. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court explained that reasonableness is a deferential standard that requires the reviewing court to determine whether the administrative decision falls within a range of defensible outcomes. A decision is unreasonable if, for instance, it fails to adhere to the principles of "justification, transparency and intelligibility" (*Dunsmuir*, at para. 47) or if the outcome cannot be supported on a reasoned analysis of the facts and the law underpinning the issue in question. Respect for the rule of law requires that a court not uphold an administrative decision that is irrational, arbitrary, or untenable. A decision is irrational when it is devoid of a basis in law in respect of its core legal issues.

[141] In this case, the Tribunal's decision with respect to the DC contribution holidays fell outside the range of reasonable outcomes available to it. The Tribunal did acknowledge that the employer's amendments to the Plan seeking to permit contribution holidays in the DC plan violated the terms of the original trust agreement entered into in 1954 (the "Trust Agreement") and constituted an encroachment on irrevocable trust funds. However, it failed to take these very principles into consideration when ordering its remedy of retroactively designating DC members as beneficiaries of the fund. The retroactive amendment would breach the same terms of the Trust Agreement and the Plan's text that prohibited the DC contribution holidays in the first place. The Tribunal's failure to take this into account when crafting the remedy

[140] Je conviens que la norme de contrôle applicable à l'examen de la question de la suspension des cotisations est celle de la raisonabilité. Comme l'a si bien expliqué mon collègue, aux par. 26-30 de ses motifs, les quatre facteurs qui sous-tendent l'analyse relative à la norme de contrôle mènent clairement à la conclusion que la décision du Tribunal au sujet de la suspension des cotisations ne doit être modifiée que si elle est déraisonnable. Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a expliqué que la norme de la raisonabilité implique une attitude de déférence. En effet, cette norme demande au tribunal de révision qu'il détermine si la décision administrative se situe toujours à l'intérieur des résultats justifiables en l'espèce. Une décision est qualifiée de déraisonnable, par exemple, si elle ne concilie pas avec les principes de « justification », de « transparence » et d'« intelligibilité » (*Dunsmuir*, par. 47) ou si une analyse raisonnée des faits et du droit sur lesquels repose la question en litige ne permet pas de justifier la conclusion du décideur. Le respect de la primauté du droit exige que le tribunal de révision ne confirme pas une décision administrative irrationnelle, arbitraire ou insoutenable. Sera considérée comme irrationnelle la décision dépourvue de fondement juridique à l'égard des questions essentielles de droit qu'elle soulève.

[141] En l'espèce, la décision du Tribunal au sujet de la suspension des cotisations au régime CD n'appartient pas à la gamme des résultats raisonnables possibles. Le Tribunal a effectivement reconnu que les modifications apportées au régime par l'employeur qui visent à autoriser la suspension des cotisations au régime CD contreviennent à la convention de fiducie initiale signée en 1954 (la « convention de fiducie ») et constituent un empiétement sur les fonds en fiducie irrévocable. Il n'a toutefois pas pris en considération ces principes lorsqu'il a ordonné, à titre de réparation, que les participants CD soient désignés rétroactivement comme bénéficiaires de la caisse. La modification rétroactive enfreindrait les dispositions mêmes de la convention de fiducie et le texte du régime, qui de toute façon interdisent la suspension des cotisations. Le fait que le Tribunal n'a

cannot be justified and the remedy is therefore unreasonable.

[142] The Court of Appeal therefore erred in concluding that the Tribunal's contribution holiday decision was reasonable and in reinstating the retroactive designation remedy. Indeed, I believe that the court's conclusion that Kerry would be entitled to take contribution holidays in the DC plan following the retroactive amendment was predicated on a number of errors. First, the court failed to consider the lack of support for this type of contribution holiday in the governing legislation and regulations. The *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 ("PBA"), and the *Pension Benefits Act* General Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 909 ("Regulations"), do not authorize the use of surplus in a DB fund to offset an employer's contribution obligations toward a DC plan except in the event of a full conversion from a DB to a DC plan. All parties to this appeal agree that full conversion has not occurred. As such, the legislation is of no assistance to the respondents.

[143] Second, the court adopted an unduly formalistic view of the pension plan. Gillese J.A. held that Kerry's creation of a DC plan did not result in a new plan, since "[c]ontrol, management and administration of the Plan remained with the Retirement Committee and the company" (para. 111). It is true that the Plan falls to be registered as a single plan and that the same committee administers both parts of the Plan. However, this appeal demands a much closer examination of the arrangement that has been in place since the creation of the DC plan in 2000. The DB and DC contributions are completely segregated and belong to entirely different funding regimes. Members who switched to the DC plan removed all their accrued benefits from the DB fund and placed them in separate annuity accounts that have no real, factual connection to the fund. Gillese J.A. failed to appreciate the separate and distinct nature of the DB and DC plans in this case and instead focused on the formal existence of a single plan. In so doing, she failed to acknowledge that Kerry's use of the DB surplus to eliminate its

pas pris cet aspect en compte au moment de concevoir la réparation ne peut se justifier et la réparation est donc déraisonnable.

[142] La Cour d'appel a donc fait erreur en concluant que la décision du Tribunal sur la suspension des cotisations est raisonnable et en rétablissant la désignation rétroactive. D'ailleurs, je pense que la cour a commis plusieurs erreurs lorsqu'elle a conclu que Kerry aurait le droit de suspendre ses cotisations au régime CD à la suite de la modification rétroactive qu'elle suggérait. Premièrement, la cour n'a pas tenu compte du fait que ce type de suspension des cotisations ne trouve pas appui dans les dispositions législatives et réglementaires applicables. En effet, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* »), et son règlement d'application, R.R.O. 1990, Règl. 909 (« *Règlement* »), n'autorisent pas l'employeur à compenser ses cotisations obligatoires à un régime CD par l'excédent accumulé dans la caisse d'un régime PD, sauf dans le cas d'une conversion totale d'un régime PD en un régime CD. Les parties au présent pourvoi reconnaissent qu'il n'y a pas eu conversion totale. Comme telle, la loi donc n'est d'aucune utilité pour les intimés.

[143] Deuxièmement, la cour a donné une interprétation indûment formaliste au régime de retraite. La juge Gillese a conclu que, en créant un régime CD, Kerry n'a pas instauré un nouveau régime puisque [TRADUCTION] « [l]e comité de retraite et la société conservent le contrôle, la gestion et l'administration du régime » (par. 111). Il est vrai que le régime est enregistré comme un seul régime et que le même comité en administre les deux volets. Le présent pourvoi exige toutefois un examen plus approfondi de l'arrangement en vigueur depuis la création du régime CD en 2000. Les cotisations aux régimes PD et CD sont complètement séparées et appartiennent à des régimes de financement entièrement différents. Les participants qui sont passés au régime CD ont retiré de la caisse du régime PD toutes leurs prestations acquises pour les transférer dans des comptes de rente viagère qui n'ont aucun lien véritable ou factuel avec la caisse. La juge Gillese n'a pas évalué la nature distincte des régimes PD et CD en l'espèce et s'est concentrée sur l'existence formelle d'un régime unique. Ce faisant, elle n'a pas reconnu

contribution obligations to the DC plan resulted in a violation of the provisions in the Plan and Trust Agreement that prohibit the use of trust funds for other than the exclusive benefit of fund beneficiaries. Moreover, she overlooked the serious problems with the Tribunal's remedy of ordering the retroactive designation of DC members as beneficiaries of the fund.

[144] Third, the court ought to have considered the trust ramifications of the employer's DC contribution holidays. In *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611, this Court held that pension funds impressed with a trust are governed primarily by the equitable principles of trust law. Cory J. wrote that a pension trust "is governed by equity, and, to the extent that applicable equitable principles conflict with plan provisions, equity must prevail" (p. 655). Thus, even if there were no legislative or contractual impediment to the DC contribution holidays, it would still be necessary to determine whether the holidays are barred by trust principles. In this case, the DC contribution holidays could only be realized by the withdrawal of funds from the pension trust, which holds the contributions and accrued benefits of the employees of the DB plan ("DB members"), and the subsequent deposit of those same funds into the DC members' annuity accounts. This is a clear example of the employer's controlling and encroaching on funds that are irrevocably held in trust for the benefit of DB members. This action violates the general trust principle against revocation as well as the provisions in the Plan's documentation that expressly prohibit the employer's revocation of trust funds.

[145] In sum, Kerry's contribution holidays in the DC plan cannot be supported under any reasonable interpretation of the Plan's documentation or of relevant trust law principles. I will address each of these points in turn in the following reasons.

que Kerry, en utilisant l'excédent du régime PD pour payer ses cotisations obligatoires au régime CD, a contrevenu aux dispositions du régime et de la convention de fiducie, lesquelles interdisent l'utilisation des fonds de la fiducie à d'autres fins que le bénéfice exclusif de ses bénéficiaires. De plus, elle n'a pas tenu compte des problèmes sérieux que pose la désignation rétroactive — ordonnée par le Tribunal à titre de réparation — des participants CD comme bénéficiaires de la fiducie.

[144] Troisièmement, la cour aurait dû prendre en compte les ramifications qu'entraîne pour la fiducie la suspension des cotisations au régime CD dont s'est prévalu l'employeur. Dans *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611, la Cour a conclu que les caisses de retraite assujetties à une fiducie sont régies essentiellement par les principes d'*equity* du droit des fiducies. Le juge Cory a rappelé que la caisse de retraite « 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 » (p. 655). Par conséquent, même si rien dans les dispositions législatives ou contractuelles, n'interdit les suspensions des cotisations, il demeure nécessaire de déterminer si les principes en matière de fiducie empêchent ces suspensions. En l'espèce, la suspension des cotisations ne devient possible qu'avec le retrait des fonds de la fiducie de retraite — qui détient les cotisations ainsi que les prestations acquises des participants au régime PD (les « participants PD ») — et leur dépôt subséquent dans les comptes de rente viagère des participants CD. Cela constitue un bon exemple de contrôle et d'empiètement par l'employeur sur les fonds détenus irrévocablement en fiducie au bénéfice des participants PD. Ces gestes contreviennent au principe général de la fiducie, qui déconseille la révocation, et aux dispositions des documents relatifs au régime, qui interdisent expressément à l'employeur de révoquer la fiducie.

[145] En somme, la suspension des cotisations au régime CD dont s'est prévalu Kerry ne peut se justifier selon une interprétation raisonnable des documents relatifs au régime ou des principes pertinents du droit des fiducies. J'examinerai successivement chacun de ces points dans les motifs qui suivent.

### III. Analysis

#### A. *Background: Contribution Holidays*

[146] As explained by Rothstein J., an employer can lawfully use the surplus of a pension fund to take contribution holidays with respect to a DB pension plan, provided that it is permitted by the legislation and plan documentation: *Schmidt*. A plan might expressly authorize or prohibit contribution holidays. When a plan is silent on the matter, implicit authorization for contribution holidays might be found in the plan's formula for calculating employer contributions. If the formula requires the discretion of an actuary to determine the amount of each contribution, then the actuary's discretion enables him or her to follow the accepted actuarial practice of using fund surplus to offset employer contributions. A fixed formula for employer contributions, however, would implicitly prohibit the taking of contribution holidays since it obliges the employer to contribute to the fund regardless of whether the contributions are actually required to provide the members with their guaranteed benefits (*Schmidt*, at p. 653).

[147] While it is settled law that an employer may take contribution holidays in these circumstances, that does not mean that the issue has not attracted some controversy or that contribution holidays might not be, at times, imprudent. Many employees believe that surplus should be maintained to serve as a "cushion" against future market failings or employer insolvency (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), at p. 404). Indeed, there is a very real risk that contribution holidays could affect the stability of pension plans. According to the report of the Ontario Expert Commission on Pensions, some employers have taken contribution holidays when the results of their last triennial valuation permitted them, despite the fact that the plans were underfunded at the time the holidays were taken. Research conducted on federally regulated pension plans and cited in the Commission report revealed that "45% of under-funded plans would not have been underfunded had they [the employers] not taken contribution holidays" (Government of Ontario, *A Fine*

### III. Analyse

#### A. *Contexte : Suspension des cotisations*

[146] Comme l'explique le juge Rothstein, l'employeur peut légalement utiliser l'excédent d'une caisse de retraite pour suspendre ses cotisations à un régime PD, pourvu que la loi et les documents relatifs au régime le permettent : *Schmidt*. Un régime peut expressément autoriser ou interdire la suspension des cotisations. En cas de silence du régime sur le sujet, il est possible d'inférer de la formule de calcul des cotisations de l'employeur l'autorisation implicite nécessaire pour la suspension des cotisations. Si, pour l'application de la formule, l'actuaire doit déterminer le montant de chaque cotisation, il conserve le pouvoir discrétionnaire de suivre la pratique actuarielle reconnue qui consiste à compenser les cotisations de l'employeur par l'excédent de la caisse. Toutefois, une formule fixant les cotisations de l'employeur de manière invariable interdirait implicitement la suspension des cotisations puisqu'elle oblige l'employeur à cotiser à la caisse, que les cotisations soient ou non réellement nécessaires pour garantir des prestations aux participants (*Schmidt*, p. 653).

[147] Certes, il est bien établi en droit que l'employeur peut se prévaloir d'une suspension de cotisations dans ces circonstances, mais cela ne signifie pas que la question n'a pas suscité de controverses ou que la suspension des cotisations ne risque pas parfois d'être imprudente. Bon nombre d'employés estiment que l'excédent doit être maintenu dans la caisse pour servir de [TRADUCTION] « tampon » en cas de défaillance du marché ou d'insolvabilité de l'employeur (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 404). Il subsiste effectivement un risque très réel que la suspension des cotisations compromette la stabilité des régimes de retraite. Selon le rapport de la Commission d'experts en régimes de retraite de l'Ontario, certains employeurs ont recouru aux suspensions de cotisations si leur dernière évaluation triennale le leur permettait, même si les régimes se trouvaient sous-capitalisés au moment de la suspension des cotisations. D'après les recherches effectuées sur les régimes de retraite assujettis à la réglementation fédérale et cités dans le rapport de

*Balance: Safe Pensions, Affordable Plans, Fair Rules* (2008), at p. 78).

[148] On the other hand, many employers maintain that the ability to take contribution holidays provides them with the incentive to fund DB pension plans generously, since any contributions over the amount required to meet the plan's liabilities can serve to reduce their future contributions. Moreover, the possibility of taking contribution holidays might entice employers to provide pension benefits on a DB basis in the first place, in spite of the often greater demands on employers in such plans. Employees typically prefer DB plans because they provide guaranteed benefits with less attendant risk. Given the current trend among Canadian employers to create DC rather than DB plans, some employees might welcome measures (such as contribution holidays) that encourage employers to adopt DB plans.

[149] This debate demonstrates the tension between providing incentive for employers to establish pension schemes that do not carry with them prohibitive financial burdens, and the need to protect pensioners' rights and ensure the vitality of those plans, especially at times of economic instability. While it might be said that allowing employers to take contribution holidays with respect to DB plans strikes the appropriate balance between these competing demands, I believe that the use of surplus from a DB plan to fund an employer's obligations with respect to a separate DC plan disrupts this careful balance, to the detriment of plan members.

[150] The question of contribution holidays in the context of DC plans has rarely been examined by Canadian courts. The reason for this stems from the nature of a DC plan: the contribution amount is guaranteed. The employer (and possibly the employee, depending on the type of plan) makes

la commission, « la situation de 45 % des régimes sous-capitalisés [...] serait [...] meilleure si les [employeurs] n'avaient pas pris une période de suspension des cotisations » (gouvernement de l'Ontario, *Un juste équilibre : Une retraite sûre, Un régime abordable, Des règles équitables* (2008), p. 88).

[148] Par ailleurs, bon nombre d'employeurs maintiennent que la possibilité de se prévaloir d'une suspension de cotisations les incite à capitaliser généralement les régimes PD, puisque toute cotisation dépassant la somme requise pour le paiement des dépenses du régime peut servir à réduire leurs cotisations futures. De plus, cette possibilité pourrait en fait encourager les employeurs à offrir des régimes PD, malgré les exigences souvent plus grandes que ces régimes leur imposent. Les employés préfèrent généralement les régimes PD parce qu'ils offrent des prestations garanties et comportent moins de risques. En raison de la tendance actuelle chez les employeurs canadiens à créer des régimes CD plutôt que des régimes PD, certains employés pourraient se réjouir des mesures (telle la suspension des cotisations) qui incitent les employeurs à adopter des régimes PD.

[149] Ce débat démontre la tension entre, d'une part, l'adoption de mesures qui incitent les employeurs à instaurer des régimes de retraite ne comportant pas d'énormes fardeaux financiers et, d'autre part, la nécessité de protéger les droits des retraités et d'assurer la vitalité de ces régimes, surtout dans une conjoncture d'instabilité économique. Certes, on pourrait affirmer que l'autorisation de la suspension des cotisations aux régimes PD établit un juste équilibre entre ces exigences conflictuelles, mais j'estime que l'utilisation de l'excédent d'un régime PD pour financer les obligations de l'employeur à l'égard d'un régime CD distinct rompt ce juste équilibre, au détriment des participants du régime.

[150] Les tribunaux canadiens ont rarement examiné la question de la suspension des cotisations dans le contexte des régimes CD. La raison tient à la nature du régime CD : le montant de la cotisation est garanti. L'employeur (et peut-être l'employé, selon le type de régime) verse régulièrement sur le compte

regular contributions of a fixed amount to the member's account. The final benefit that the member receives consists of the total sum that has been contributed, plus any return on the investment. Thus, unlike the members of a DB plan, the members of a DC plan recoup *all* the money that has accumulated in their personal account, whatever the amount. For this reason, DC plans themselves do not accumulate a surplus. Since employers cannot lawfully take a contribution holiday unless the plan is in a state of actuarial surplus, there is no opportunity for contribution holidays in a pure DC plan. In this case, the employer's addition of a DC plan to an ongoing DB plan means that a surplus arises, unusually, in the context of a DC plan.

[151] As I will explain in these reasons, no support for this type of contribution holiday can be found in the legislative framework or in the provisions of the Plan and Trust Agreement. Rather, the Plan documentation and the principles of trust law effectively forbid the taking of a contribution holiday in the DC plan that is funded from the surplus in the DB plan. The Tribunal's remedy of retroactively designating the DC members as fund beneficiaries cannot cure this defect in the Plan amendments that seek to permit contribution holidays with respect to the DC plan.

#### B. *The Legislative Framework*

[152] Pension law is governed first and foremost by provincial legislation. In Ontario, all pension plans must be administered in accordance with the *PBA* and the *Regulations* (see *PBA*, s. 19). The legislation clearly permits an employer to take contribution holidays when a pension fund is in a state of actuarial surplus. Section 7(3) of the *Regulations* reads:

In any year for which no special payments are required to be made for a pension plan under section 5, an actuarial gain may be applied to reduce contributions for normal costs required to be made by the employer, by a person or entity required to make contributions on behalf of the employer, by the members of the pension plan or by any of them.

du participant des cotisations fixées d'avance. La prestation finale que reçoit le participant correspond au montant total des cotisations, plus le rendement du capital investi. Ainsi, contrairement aux participants PD, les participants CD récupèrent *tout* l'argent accumulé dans leur compte personnel, quel qu'en soit le montant. C'est pourquoi les régimes CD ne comportent pas d'excédent. Comme les employeurs ne sont pas autorisés par la loi à suspendre leurs cotisations, à moins que le régime n'enregistre un excédent actuariel, un régime CD pur n'offre pas la possibilité de suspendre les cotisations. En l'espèce, le fait que l'employeur ajoute un régime CD à un régime PD en vigueur crée, exceptionnellement, un excédent dans le régime CD.

[151] Comme j'expliquerai dans les présents motifs, ce type de suspension des cotisations ne trouve pas appui dans le cadre législatif ou dans les dispositions du régime et de la convention de fiducie. Au contraire, les documents relatifs au régime et les principes du droit des fiducies interdisent effectivement d'utiliser l'excédent accumulé dans le régime PD pour suspendre les cotisations au régime CD. La réparation prévue par le Tribunal, à savoir la désignation rétroactive des participants CD comme bénéficiaires du fonds, ne remédie pas à cette lacune dans les modifications apportées au régime et destinées à permettre la suspension des cotisations au régime CD.

#### B. *Le cadre législatif*

[152] Les régimes de retraite sont régis d'abord et avant tout par la législation provinciale. En Ontario, tous les régimes de retraite doivent être administrés conformément à la *LRR* et au *Règlement* (voir la *LRR*, art. 19). Il est clair que la législation autorise l'employeur à recourir à la suspension des cotisations si la caisse de retraite affiche un excédent actuariel. Voici le texte du par. 7(3) du *Règlement* :

Au cours d'un exercice pour lequel aucun paiement spécial n'est exigé par l'article 5 à l'égard d'un régime, le gain actuariel peut être affecté à la réduction des cotisations destinées aux coûts normaux que doivent verser soit l'employeur, soit la personne ou l'entité qui est tenue de cotiser pour son compte, soit les participants du régime, soit n'importe lequel d'entre eux.

As I noted above, a DC plan on its own can never be in a state of surplus. Presumptively, then, s. 7(3) of the *Regulations* is limited in scope to DB plans that are capable of accumulating a surplus (or an “actuarial gain”).

[153] There is, however, one instance in which a DC plan might be said to enjoy some benefit of a surplus, and that is following a full conversion from a DB plan. This is made clear by s. 9 of the *Regulations*:

If an amendment to a pension plan with defined benefits converts the defined benefits to defined contribution benefits, the employer may offset the employer’s contributions for normal costs against the amount of surplus, if any, in the pension fund after the conversion.

My colleague and I agree that the DB plan in this case was not fully converted to a DC plan, since the DB plan continued to operate after it was closed to new members in 2000. As such, s. 9 of the *Regulations* does not apply to the case at bar. There is therefore no legislative provision that permits the allocation of surplus from a DB plan to a DC plan when a full conversion has not occurred. The circumstances in which a surplus might lawfully be used to fund contribution holidays under s. 7(3), then, is limited to either a DB plan standing alone or a DC plan that has been fully converted from a DB plan.

[154] My colleague, however, contends that the legislation, while it does not expressly permit the use of surplus in a DB plan to fund contribution holidays in a DC plan, suggests that there is nothing inherently wrong with using the surplus in this way, provided the DC members are designated as beneficiaries of the pension fund.

[155] However, the circumstances of a full conversion from a DB to a DC plan differ significantly from those of the current appeal, which involves (for lack of a better phrase) only a partial conversion to a DC plan. Upon total conversion to a DC plan, the pension benefits would still be held by the same members whose contributions made up

Comme je l’ai déjà mentionné, un régime CD ne peut jamais en soi comporter d’excédent. On peut donc présumer que la portée du par. 7(3) du *Règlement* se limite aux régimes PD, seuls susceptibles d’accumuler un excédent (ou « gain actuariel »).

[153] Toutefois, dans un cas on peut conclure qu’un régime CD bénéficie dans une certaine mesure de l’excédent : lorsque intervient une conversion totale d’un régime PD. C’est ce qui ressort clairement de l’art. 9 du *Règlement* :

Si la modification d’un régime à prestations déterminées convertit les prestations déterminées en prestations à cotisation déterminée, l’employeur peut compenser ses cotisations au titre des coûts normaux par le montant de l’excédent éventuel du régime après la conversion.

Mon collègue et moi convenons que le régime PD en l’espèce n’a pas été totalement converti en un régime CD, puisque le régime PD est resté en vigueur après avoir été fermé aux nouveaux participants en 2000. Comme tel, l’art. 9 du *Règlement* ne s’applique pas en l’espèce. Aucune disposition législative ne permet donc de transférer l’excédent d’un régime PD à un régime CD en l’absence de conversion totale. Par conséquent, les cas où on peut légalement se servir d’un excédent pour suspendre les cotisations en vertu du par. 7(3) se limitent au régime PD autonome ou au régime CD né d’une conversion totale d’un régime PD.

[154] Mon collègue, toutefois, affirme que, même si la législation ne permet pas expressément de prélever sur l’excédent accumulé dans un régime PD pour financer des cotisations à un régime CD, elle laisse entendre que cette utilisation de ce surplus n’a rien de foncièrement inadmissible, à condition de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse de retraite.

[155] Cependant, les circonstances de la conversion totale d’un régime PD en un régime CD diffèrent considérablement de celles du présent pourvoi, où il est question (à défaut d’un meilleur terme) d’une conversion seulement partielle en un régime CD. À la conversion totale en un régime CD, les prestations de retraite seraient toujours détenues

the original DB fund, albeit in a different form. It would be a vertical transformation: full conversion would turn a single DB plan into a single DC plan. The beneficiaries would not change and the plan would simply continue in a different form. This picture is consistent with s. 81(1) of the *PBA*:

**81.**—(1) Where a pension plan is established by an employer to be a successor to an existing pension plan and the employer ceases to make contributions to the original pension plan, the original pension plan shall be deemed not to be wound up and the new pension plan shall be deemed to be a continuation of the original pension plan.

Benefits from the original plan are also deemed to belong to the new plan after total conversion (*PBA*, s. 81(2)). When a DB plan completely changes to a DC plan, the issue of cross-subsidization simply does not arise as there are not two separate plans or separate funding arrangements between which funds are transferred.

[156] For these reasons, the legislation and its regulations do not permit Kerry to use the surplus from the DB fund to finance its contributions toward the DC plan. If Kerry had simply converted the Plan into a DC plan for all members, then s. 9 of the *Regulations* might permit this use of surplus. Fortunately for existing employees, however, they were given the option to remain in the ongoing DB plan. The resulting arrangement thus does not fall into any of the categories addressed by the legislation.

### C. *Two Separate Plans*

[157] This appeal also requires the resolution of a preliminary question: did Kerry's creation of a DC plan in 2000 maintain a single pension plan for all employees, or did it effectively result in two separate plans, one DB and one DC? The Divisional Court held that Kerry had created two separate plans:

par les mêmes participants qui ont cotisé au régime PD initial, quoique sous une forme différente. Cette opération s'assimilerait à une transformation verticale : une conversion totale transformerait un seul régime PD en un seul régime CD. Les bénéficiaires ne changeraient pas et le régime continuerait simplement d'exister sous une forme différente. Cette description est conforme au par. 81(1) de la *LRR* :

**81** (1) Si un régime de retraite est établi par un employeur pour succéder à un régime de retraite déjà existant et que l'employeur cesse de cotiser au premier régime de retraite, ce dernier est réputé ne pas être liquidé, et le nouveau régime de retraite est réputé être un prolongement du premier régime de retraite.

Les prestations acquises selon les modalités du régime initial sont aussi réputées appartenir au nouveau régime après la conversion totale (*LRR*, par. 81(2)). Dans le cas d'une conversion totale d'un régime PD en un régime CD, la question de l'interfinancement ne se pose simplement pas, car il n'existe pas deux régimes distincts, ou deux arrangements de financement distincts entre lesquels surviennent des transferts de fonds.

[156] Pour ces raisons, la loi et son règlement d'application ne permettent pas à Kerry de se servir de l'excédent accumulé dans le régime PD pour financer ses cotisations au régime CD. Si Kerry s'était contentée de convertir le régime existant en un régime CD pour tous les participants, alors l'art. 9 du *Règlement* pourrait permettre cette utilisation de l'excédent. Toutefois, heureusement, pour les employés en poste, on leur a offert la possibilité de conserver le régime PD. L'arrangement qui en résulte ne relève donc pas d'une des catégories visées par la législation.

### C. *Deux régimes distincts*

[157] Le présent pourvoi exige également la résolution d'une question préliminaire : en créant un régime CD en 2000, Kerry a-t-elle maintenu un seul régime de retraite pour tous les employés ou a-t-elle effectivement établi deux régimes distincts, l'un CD et l'autre PD? La Cour divisionnaire a conclu que Kerry avait créé deux régimes distincts :

The 2000 Plan text, no matter what language is employed, clearly creates two (2) funds. The Appellants, who elected to stay in Plan 1, as they were entitled to do, are or have contributed to the DBP and have a beneficial interest in all of the funds in the Plan. The DCP, Part 2, fund is completely separate and funded separately. The Part 2 DCP employees have no connection to the Part 1 DBP plan and cannot legitimately be given a beneficial interest in the fund on the DBP side. Here, there are in law, two (2) pension plans, two (2) pension funds and two (2) classes of members. [para. 72]

The Court of Appeal, however, held that there was in essence a single pension plan with two components and two classes of members. Since the plan was originally designed to benefit all full-time employees, the creation of a DC scheme for some of those employees could not have resulted in an entirely new plan.

[158] Though I disagree with much of the Divisional Court's reasoning, I agree with its conclusion that Kerry effectively created a second pension plan whose members are not beneficiaries of the original fund. It is true that there is only one plan in a formal sense. The Plan falls to be registered as a single plan that provides benefits to all of the company's eligible employees, and it is managed by a single administrator. However, its characterization as a single plan cannot be sustained in light of the high degree of segregation in the Plan documentation between the DB and DC components. I believe that, for all intents and purposes, the DB and DC plans exist as separate entities and should not be treated in this appeal as two components of a single plan.

[159] To start, DB and DC pension plans are not cut from the same cloth. DB and DC plans provide different types of benefits to their members, and carry a different set of risks and rewards. In a DB plan, the members' final pension benefits are guaranteed and the employer bears primary responsibility for making up any shortfall if the plan is under-funded. While members of a DB plan still bear some risk, such as in the event of employer insolvency, that risk is spread across the

[TRANSLATION] Le texte du régime de 2000, peu importe son libellé, crée clairement deux (2) fonds. Les appelants, qui ont choisi de demeurer dans la partie 1 du régime — ce qu'ils avaient le droit de faire — cotisent ou ont cotisé au RPD et ont un intérêt bénéficiaire à l'égard de tous les fonds du régime. Le fonds de la partie 2 du régime (RCD) est complètement distinct et il est financé séparément. Les employés cotisant à la partie 2 (RCD) n'ont aucun lien avec la partie 1 (RPD) et on ne peut leur accorder légitimement un intérêt bénéficiaire à l'égard du fonds de la partie RPD. Dans ce cas-ci, il existe légalement deux (2) régimes de retraite, deux (2) fonds de retraite et deux (2) catégories de participants. [par. 72]

La Cour d'appel, toutefois, a jugé qu'il existait en substance un seul régime de retraite comportant deux volets et deux catégories de participants. Comme le régime visait initialement à assurer des bénéfices à tous les employés à temps plein, la création d'un volet CD pour une partie de ces employés n'aurait pu entraîner l'établissement d'un tout nouveau régime.

[158] Malgré mon désaccord avec la majeure partie du raisonnement de la Cour divisionnaire, je souscris à sa conclusion que Kerry a effectivement créé un second régime de retraite dont les participants ne sont pas bénéficiaires du fonds initial. Il est vrai que, d'un point de vue formel, un seul régime existe. Il est enregistré comme étant un régime unique qui verse des prestations à tous les employés admissibles de la société et un même administrateur le gère. Cependant, il ne peut être défini comme un régime unique à cause de la distinction importante entre les volets PD et CD dans les documents relatifs au régime. À mon avis, en fait les régimes PD et CD constituent des entités distinctes qui ne sauraient être traitées dans le présent pourvoi comme deux volets d'un même régime.

[159] D'abord, les régimes PD et CD sont de nature différente. Ils offrent des types de prestations différents à leurs participants et présentent des risques et des avantages différents. Dans un régime PD, les prestations finales sont garanties et, si le régime est sous-capitalisé, l'employeur reste principalement responsable de combler la différence. S'il est vrai que les participants PD assument une partie des risques, comme dans le cas de l'insolvabilité de l'employeur, ces risques se trouvent répartis entre

membership. Individuals in a DC plan, however, are more vulnerable to market forces. They stand to benefit greatly if the return on their investments is high, but if the return is low, then their overall pension benefits are also low and the employer bears no liability for the plan's poor performance. DB plans are also much more heavily regulated than DC plans. For instance, the reporting requirements under Ontario's *PBA Regulations* are more stringent for DB plans than for DC plans (see e.g. ss. 3, 13 and 14). In light of these fundamental differences between the two types of plans, it should not be presumed that when an employer creates a DC plan for some employees and retains a DB plan for others, he or she has created a single plan.

[160] In this case, the structure of the Plan reflects these differences by treating the two groups of employees differently. The Plan is divided into Part 1, some provisions of which apply exclusively to DB members, and Part 2, which applies exclusively to DC members. Different provisions govern each group of members on matters such as member contributions and their entitlement to benefits, both while the plan is ongoing and upon plan termination. For instance, s. 16.03 reads:

On termination or discontinuance, each Part 1 Member shall have recourse only to the assets in the Pension Fund attributable to Part 1 Members for the provision of the benefits outlined in the Plan for Part 1 Members and each Part 2 Member shall have recourse only to the amounts in his Member's Account.

The Part 2 provisions do not establish any link between Part 2 DC members and the pension fund, aside from the amendment that purports to allow the company to take contribution holidays from the surplus of the fund.

[161] The Plan delineates the funding arrangements for the DB and DC plans and the means by which employees converted to the DC plan in 2000. The assets of DB members continue to be held in the original trust fund, which is administered by

les participants. En revanche, les employés qui cotisent à un régime CD deviennent plus vulnérables aux aléas du marché. Si le rendement du capital investi est élevé, ils en bénéficieront, mais la faiblesse du même rendement diminuera leurs prestations de retraite sans que l'employeur assume quelque responsabilité à l'égard de cette faiblesse. Les régimes PD sont aussi beaucoup plus réglementés que les régimes CD. Par exemple, le règlement d'application de la *LRR* de l'Ontario impose des exigences plus rigoureuses pour les régimes PD que pour les régimes CD (voir, p. ex., art. 3, 13 et 14). Compte tenu de ces différences fondamentales entre les deux types de régimes, on ne doit pas présumer qu'il n'existe qu'un seul régime, lorsqu'un employeur crée un régime CD pour certains employés et conserve le régime PD pour d'autres.

[160] En l'espèce, la structure du régime tient compte de ces différences en traitant les deux groupes d'employés différemment. Le régime est divisé en deux parties : la partie 1, dont certaines dispositions s'appliquent exclusivement aux participants PD, et la partie 2, qui vise exclusivement les participants CD. Des dispositions différentes régissent chacun des deux groupes sur des sujets tels que les contributions des participants et leur admissibilité aux prestations, autant pendant que le régime est en vigueur qu'à sa cessation. Par exemple, l'art. 16.03 prévoit :

[TRADUCTION] À la cessation ou suspension du régime, chaque participant de la partie 1 n'a droit qu'à l'actif de la caisse de retraite attribuable aux participants de la partie 1 pour le versement des prestations prévu dans le régime et chaque participant de la partie 2 n'a droit qu'aux sommes contenues dans son compte.

Les dispositions de la partie 2 n'établissent aucun lien entre les participants de la partie 2 (CD) et la caisse de retraite, sauf la modification visant à permettre la société de suspendre ses cotisations en utilisant l'excédent de la caisse.

[161] Le régime précise les arrangements du financement des régimes PD et CD et la façon dont les employés sont passés au régime CD en 2000. La caisse en fiducie initiale, administrée par la Société de fiducie CIBC Mellon conformément à la

CIBC Mellon Trust Company according to the terms of the Trust Agreement entered into between those parties in 2000. For those employees who decided to convert to the DC plan, however, the company ascertained the value of their benefits that had accrued in the fund on a DB basis up to that time and transferred trust assets equal to that amount to the employees' new DC accounts. Thus, the DC members no longer have any contributions in the fund. Their assets are held in individual accounts and are invested by the Standard Life Assurance Company pursuant to the terms of its contract with Kerry. According to this contract, Standard Life has undertaken to manage the DC members' contributions and to invest them in pooled funds, the value of which fluctuates with the investments' market value, and in guaranteed funds. Upon retirement, the benefits would be paid out as an annuity from those funds in accordance with the terms of the Plan and the statutory framework. Unlike the DB fund benefits, the value of the DC benefits upon retirement is not guaranteed as it is contingent on the success (or otherwise) of the investments. I believe that from the moment the DC members' accrued benefits were moved out of the fund into these separate investment accounts, the DC members ceased to belong to the DB plan and were no longer beneficiaries of the fund.

[162] My colleague asserts that there is no reason in law why a pension plan might not have a single fund for both DB and DC members, provided that the plan documentation and legislation do not prohibit it. To some extent, I agree. There is certainly nothing repugnant in having several components of a single pension plan with a shared fund, as is clear from the growing number of "hybrid plans". But to the extent that my colleague's reasons suggest a *presumption* that the employer's provision of DB and DC plans for a single group of employees results in a single plan, I cannot agree. The starting point should not be the presumption of a single plan with two (or more) components, simply to be displaced by prohibitive language in the documentation or the legislation. Rather, it is necessary to examine the plan's particular arrangement, which will differ from case to case, to determine whether there is in fact a single plan in existence. The plan

convention de fiducie conclue entre les parties en 2000, détient toujours l'actif des participants PD. Toutefois, pour les employés qui ont décidé d'opter pour la conversion au régime CD, la société a établi la valeur de leurs prestations jusque-là accumulées dans le régime PD et a transféré des éléments d'actif d'un montant équivalent dans leurs nouveaux comptes CD. Par conséquent, les participants CD n'ont plus aucune cotisation dans la caisse; leur actif est détenu dans des comptes individuels et investi par la Compagnie d'assurance Standard Life, conformément au contrat conclu avec Kerry. Selon ce contrat, Standard Life s'est engagée à gérer les cotisations des participants CD et à les investir dans des fonds communs, dont la valeur fluctue en fonction de la valeur marchande des investissements, et dans des fonds garantis. À la retraite, les prestations sont payées à titre de rente à même ces fonds conformément aux modalités du régime et aux dispositions législatives pertinentes. Contrairement aux prestations du régime PD, la valeur des prestations du régime CD à la retraite n'est pas garantie, car elle dépend de la rentabilité (ou non) des investissements. Ainsi, à partir du moment où les prestations des participants CD ont été retirées de la caisse et déposées dans ces comptes de placement distincts, ces derniers ont cessé de participer au régime PD et d'être bénéficiaires de la caisse.

[162] Mon collègue affirme qu'aucune raison en droit n'interdit qu'un régime de retraite maintienne une seule caisse pour les participants PD et pour les participants CD, dans la mesure où les documents relatifs au régime et la loi ne le prohibent pas. Je suis d'accord jusqu'à un certain point. La création de plusieurs volets d'un seul régime de retraite, financés par une caisse commune, n'a rien de fondamentalement inadmissible, comme en témoigne le nombre croissant de « régimes hybrides ». Cependant, j'exprime mon désaccord dans la mesure où les motifs de mon collègue laissent croire à l'existence d'une *présomption* selon laquelle les régimes PD et CD offerts par l'employeur à un même groupe d'employés ne constituent qu'un seul régime. Le point de départ ne devrait pas être la présomption qu'existe alors un régime unique à deux volets (ou plus) et que cette présomption peut être écartée tout simplement par une disposition prohibitive prévue dans

documentation must clearly evince an intention to maintain a single plan and, most importantly, the plan structure must actually reflect and follow from this intention. In the few cases in which courts have allowed contribution holidays in a DC plan by resort to surplus in a DB fund, the courts have emphasized the need to examine the plan documentation for evidence of a single plan with a single fund for all members.

[163] In one of these cases, *Sutherland v. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64, the Ontario Superior Court of Justice examined a DB pension trust to which two DC components were added at different times. Siegel J. concluded that the employees were all members of the same plan and beneficiaries of the same trust fund. In arriving at this conclusion, he acknowledged that “the issue as to whether a single trust fund was accomplished in any given situation is fact specific, depending entirely on the text of the relevant documentation” (para. 218). The documentation in *Sutherland* showed that when the DC members were added to the plan, their assets were transferred to the DB trust fund and the pooled assets were ultimately administered by a single trustee, Royal Trust Corporation of Canada (“Royal Trust”). Although the DC members had accounts to which their pension contributions were credited, Siegel J. noted that there was “no evidence that such accounts were segregated in some manner” (para. 71). Indeed, all of the assets were invested on a collective basis.

[164] The structure of the plan changed somewhat in 2001 when Royal Trust appointed an agent, the Standard Life Assurance Company of Canada (“Standard Life”), to invest the contributions that attached to the DC section of the plan. The Standard Life policy explicitly recognized Royal Trust as the trustee of those assets, and invested

les documents du régime ou la loi. Il faut plutôt examiner l'aménagement particulier de chaque régime, qui varie d'une affaire à l'autre, pour déterminer s'il n'existe effectivement qu'un seul régime. Les documents doivent révéler clairement l'intention de maintenir un seul régime et, plus important encore, la structure du régime doit réellement refléter et respecter cette intention. Dans les quelques cas où ils ont autorisé la suspension des cotisations à un régime CD par prélèvement de l'excédent de la caisse du régime PD, les tribunaux ont insisté sur la nécessité d'examiner les documents relatifs au régime pour établir l'existence d'un régime unique et d'une seule caisse pour tous les participants.

[163] Dans une de ces affaires, *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a examiné le cas d'une caisse de retraite PD à laquelle deux volets CD ont été ajoutés à différents moments. Le juge Siegel a conclu que les employés participaient tous au même régime et bénéficiaient tous de la même caisse en fiducie. Pour conclure en ce sens, il a reconnu que [TRADUCTION] « la question de savoir s'il n'y avait qu'une seule caisse en fiducie dans une situation donnée est fonction des faits de l'espèce et dépend entièrement du texte des documents pertinents » (par. 218). Selon les documents étudiés dans *Sutherland*, au moment où les participants CD se sont ajoutés au régime, leurs éléments d'actif ont été transférés dans la caisse du régime PD et les éléments d'actif mis en commun étaient administrés par un seul fiduciaire, la Société Trust Royal du Canada (« Trust Royal »). Même si les participants CD possédaient des comptes où leurs cotisations de retraite étaient déposées, le juge Siegel a souligné qu'il n'y avait [TRADUCTION] « aucune preuve que ces comptes étaient séparés d'une manière quelconque » (par. 71). En fait, tous les éléments d'actif étaient investis sur une base collective.

[164] La structure du régime avait changé partiellement en 2001 quand Trust Royal a nommé un agent, la Compagnie d'assurance Standard Life du Canada (« Standard Life »), pour investir les cotisations au volet CD du régime. Standard Life a explicitement reconnu Trust Royal comme fiduciaire de l'actif et a investi les fonds selon les directives

the funds only under the direction of Royal Trust, rather than the plan members. Siegel J. held that this new arrangement did not alter the legal relationship between the plan members and the trustee. Apart from Standard Life's physical possession of those funds, there was no legal separation between the assets held by Standard Life and those contained in the Fund (para. 298).

[165] Siegel J. contrasted the arrangement in *Sutherland* with that in the case at bar. After pointing to some degree of similarity between the DC investment arrangements in the two cases, he held that the plan documentation in the case at bar contemplated a greater separation between the DB and DC schemes:

The pension plan document in *Kerry* evidences an intention to separate the assets in the trust fund that are referable to the defined benefit section of the plan from those that are referable to the defined contribution section of the plan. [para. 269]

Siegel J. was right to make this distinction. In the current appeal, there is no evidence that the contributions of the DB and DC plan members were ever pooled in a single fund; nor is there any suggestion that the insurance company that invests the DC members' assets has an agency relationship (or any relationship at all) with CIBC Mellon Trust Company, the fund's trustee. To the contrary, Standard Life invests the DC members' assets according to the terms of its contract with Kerry, which refers neither to CIBC Mellon Trust Company nor to the assets held for DB members in the original trust (A.R., at p. 731). The plan documentation thus contemplates a far greater level of differentiation between DB and DC members than the arrangements in *Sutherland*.

[166] My colleague also cites *Barclays Bank Plc v. Holmes*, [2000] P.L.R. 339 (Ch. D.), for the proposition that a pension plan might be structured as a single plan with both DB and DC members as beneficiaries of the fund. The conclusion in *Barclays* again turned largely on the court's interpretation of the relevant plan documentation. Neuberger J. held that the documentation and the plan structure

de Trust Royal, et non selon celles des participants au régime. Le juge Siegel a conclu que ce nouvel arrangement ne modifiait pas la relation juridique entre les participants et la fiduciaire. À part le fait que Standard Life détenait physiquement ces fonds, il n'existait aucune distinction juridique entre l'actif détenu par Standard Life et celui détenu dans la caisse (par. 298).

[165] Le juge Siegel a souligné le contraste entre le régime dans *Sutherland* et celui en l'espèce. Après avoir relevé certaines similitudes entre les régimes CD dans les deux cas, il a conclu que les documents relatifs au régime que nous examinons prévoyaient une plus grande séparation entre les régimes PD et CD :

[TRADUCTION] Les documents relatifs au régime de retraite dans *Kerry* témoignent d'une intention de séparer, dans la caisse en fiducie, l'actif du volet PD de l'actif du volet CD du régime. [par. 269]

Le juge Siegel a eu raison de faire cette distinction. En l'espèce, rien ne prouve que les cotisations des participants aux régimes PD et CD aient jamais été mises en commun dans une seule caisse et rien ne permet de croire qu'il existe une relation mandant-mandataire (ou toute autre relation) entre la compagnie d'assurances chargée d'investir l'actif des participants CD et la Société de fiducie CIBC Mellon, le fiduciaire de la caisse. Au contraire, Standard Life investit l'actif conformément au contrat conclu avec Kerry, qui ne mentionne ni la Société de fiducie CIBC Mellon ni l'actif détenu dans la fiducie initiale pour les participants PD (d.a., p. 731). Les documents relatifs au régime prévoient donc une distinction beaucoup plus nette entre les participants aux régimes PD et CD que dans l'affaire *Sutherland*.

[166] Mon collègue cite également *Barclays Bank Plc c. Holmes*, [2000] P.L.R. 339 (Ch. D.), à l'appui de la thèse selon laquelle un régime de retraite peut être structuré comme un seul régime et désigner les participants des régimes PD et CD comme bénéficiaires de la caisse. Là encore, la conclusion dans *Barclays* reposait en grande partie sur l'interprétation que la cour a donnée aux documents pertinents

clearly showed the employer's intention to create a single plan impressed with a trust. For instance, the definition of "Member" in the plan text specifically entitled DC members to benefits under the fund and, as noted by Rothstein J., the same trustee administered all the accounts. Furthermore, the court was influenced by the particular legislative context, which contemplated that a pension plan might have a single fund that supports both DB and DC schemes.

[167] The outcome in *Barclays* can be contrasted with that of another English case, *Kemble v. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1 (Ch. D.), which involved a DB pension plan to which a DC component was added. As in the current case, the DC members' contributions were held in individual investment accounts under a contract with an insurance company that was not the trustee of the DB fund. The court held that the employer was not entitled to use the DB surplus to fund its contributions toward DC members. Rimer J. acknowledged that the DB and DC plans were "part of the same overall scheme", but held that

the establishment of the money-purchase [DC] scheme involved the setting up of what was, within that overall scheme, a scheme quite separate from the final-salary scheme and to which different considerations applied. Those who joined the money-purchase scheme severed their connection with the final-salary scheme, transferred to a new scheme and enjoyed the benefit of a payment to it of a sum representing the actuarial value of their benefits in the final-salary scheme accrued until 31 March 1989. Those who elected not to transfer retained their interest in the assets which remained subject to the final-salary [DB] scheme. [p. 7]

[168] I believe that the arrangement in *Kemble* more closely mirrors the arrangement in the case at bar and, as such, similar considerations apply. These cases demonstrate that while it may not be impermissible for an employer to create two divisions of a single plan, it is also not impermissible

relatifs au régime. D'après le juge Neuberger, les documents et la structure du régime démontraient clairement l'intention de l'employeur de créer un seul régime assujéti à une fiducie. Par exemple, la définition de « participant » conférait expressément sous le régime de la caisse le droit aux prestations aux participants CD et, comme l'a fait remarquer le juge Rothstein, le même fiduciaire administrait tous les comptes. Par ailleurs, la cour a été influencée par le contexte législatif particulier selon lequel un régime de retraite peut avoir une seule caisse pour soutenir les deux volets PD et CD.

[167] On peut aussi comparer le résultat de l'affaire *Barclays* et la conclusion d'une autre affaire anglaise, *Kemble c. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1 (Ch. D.), qui portait sur un régime PD auquel un volet CD a été ajouté. Comme dans le présent pourvoi, les cotisations des participants CD étaient détenues dans des comptes de placement individuels en vertu d'un contrat conclu avec une compagnie d'assurances qui n'était pas le fiduciaire de la caisse du régime PD. La cour a conclu que l'employeur n'avait pas le droit d'utiliser l'excédent du volet PD pour financer ses cotisations au régime CD. Le juge Rimer a reconnu que les régimes PD et CD faisaient [TRADUCTION] « partie du même régime global », mais il a décidé :

[TRADUCTION] . . . l'établissement du régime à formule d'achat [CD] entraînait l'établissement de ce qui était, dans le cadre du régime global, un régime plutôt distinct de celui calculé sur le dernier salaire, auquel différentes considérations s'appliquaient. Les personnes qui ont adhéré au régime à formule d'achat ont coupé le lien avec le régime à dernier salaire, sont passées au nouveau régime et ont bénéficié du paiement d'une somme égale à la valeur actuarielle de leurs prestations accumulées jusqu'au 31 mars 1989 dans le régime du dernier salaire. Celles qui ont choisi de ne pas changer de régime ont conservé leur droit sur l'actif qui est demeuré assujéti au régime du dernier salaire [PD]. [p. 7]

[168] À mon avis, l'aménagement du régime dans *Kemble* ressemble davantage à celui dont il est question dans le présent dossier et, par conséquent, des considérations semblables jouent dans celui-ci. Ces affaires démontrent qu'il n'est interdit ni de créer un régime unique à deux volets, ni de créer un

for an employer to create what are in fact two separate plans for a single group of employees. Indeed, this possibility is contemplated by s. 34 of the *PBA*, which enables an employer to set up separate pension plans for full-time and part-time employees. One must examine the plan documentation and the actual arrangements to determine which structure is adopted in a particular case. As I outlined above, the Plan documentation in this case reveals a degree of segregation between the DB and DC plans that confirms that the 2000 amendments effectively created a second pension plan.

#### D. *The “Exclusive Benefit” Provisions*

[169] Why does it matter in this case whether the employees belong to a single plan or to two separate plans? The answer to this question lies in the provisions of the Plan and Trust Agreement that forbid the use of trust assets for other than the exclusive benefit of plan members.

[170] The relevant provisions can be found in the original plan documentation. Section 22 of the 1954 Plan Text provides that

all contributions made by the Company are irrevocable, and, together with all contributions made by Members, may only be used exclusively for the benefit of Members, retired Members, their beneficiaries or estates, and their contingent annuitants. [Emphasis added.]

Section 1 of the 1954 Trust Agreement contains a similar restriction on the use of trust assets:

No part of the corpus 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 such persons or their beneficiaries or personal representatives as from time to time may be designated in the Plan except as therein provided. [Emphasis added.]

For ease of reference, I will refer to both of these provisions as the “exclusive benefit” provisions, though it is the Trust Agreement that is of

aménagement comportant deux régimes distincts pour un seul groupe d’employés. D’ailleurs, l’art. 34 de la *LRR* prévoit cette possibilité lorsqu’il permet à l’employeur d’établir des régimes de retraite distincts pour les employés à temps plein et ceux à temps partiel. Il faut examiner les documents relatifs au régime et les arrangements en vigueur pour déterminer la structure adoptée dans un cas donné. Comme je l’ai déjà souligné, les documents relatifs au régime en l’espèce révèlent l’existence d’une séparation partielle. Cette distinction confirme que les modifications de 2000 ont effectivement créé un deuxième régime de retraite.

#### D. *Les dispositions relatives au « bénéfice exclusif »*

[169] Pourquoi importe-t-il en l’espèce de déterminer si les employés participent à un seul régime ou à deux régimes distincts? La réponse à cette question se trouve dans les dispositions du régime et de la convention de fiducie, qui interdisent l’utilisation de l’actif fiduciaire à d’autres fins que le bénéfice exclusif des participants au régime.

[170] Les dispositions pertinentes se trouvent dans les documents relatifs au régime initial. L’article 22 du texte du régime de 1954 prévoit :

[TRADUCTION] . . . toutes les cotisations versées par la société sont irrévocables et, combinées à l’ensemble des cotisations des participants, elles ne peuvent être utilisées qu’au bénéfice exclusif des participants, des participants retraités, de leurs bénéficiaires ou de leur succession et de leurs rentiers subsidiaires. [Je souligne.]

L’article 1 de la convention de fiducie de 1954 contient une restriction semblable sur l’utilisation de l’actif fiduciaire :

[TRADUCTION] Aucune partie du capital ou du revenu de la fiducie ne doit retourner à la société, ni être utilisée ou détournée à d’autres fins que le bénéfice exclusif des personnes qui peuvent à l’occasion être désignées dans le régime, ou de leurs bénéficiaires ou représentants successoraux, sauf comme il est prévu aux présentes. [Je souligne.]

Pour plus de commodité, je désignerai ces deux dispositions comme étant les dispositions relatives au « bénéfice exclusif », bien que la convention de

paramount importance here. As noted above, the Tribunal acknowledged that the amendments purporting to authorize contribution holidays in the DC plan from the DB surplus would violate these provisions, as they would

allow the Company to use or divert some part of the Fund, i.e. the surplus, “to purposes other than for the exclusive benefit of” the beneficiaries of the trust in respect of the Fund who, by virtue of the 2000 Plan, are now the Part 1 members. Any holiday taken by the Company in respect of Part 2 contributions in this fashion can only be realized by actually moving money out of the Fund and transferring it to the insurer that is the funding agency for Part 2, for credit to the individual accounts of the Part 2 members. This action is inconsistent with section 1 of the 1954 Trust Agreement . . . [para. 32]

[171] It is important at the outset to be clear about who is protected by these provisions and whom the Trust Agreement is meant to serve. I agree with the Tribunal’s conclusion that “such persons . . . as from time to time may be designated in the Plan” referred to in the Trust Agreement are the DB members only, for two reasons. First, as I have explained above, the assets in the fund consist solely of the contributions made by or on behalf of the DB members alone. Any assets previously held in the name of current DC members were removed at the time of the conversion. Second, the terms of the Trust Agreement clearly contemplate that member beneficiaries would belong to a DB plan. For instance, the Agreement contains provisions concerning the possibility of fund liabilities, which do not arise in a DC plan (ss. 2, 6 and 11). Indeed, the very nature of a trust fund is inconsistent with the structure of the DC accounts in this case. I will address this issue once again in my discussion of the Tribunal’s retroactive designation remedy. For the time being, however, I simply conclude that the exclusive benefit provisions serve to protect DB members from any use of trust assets that is not for their exclusive benefit, such as cross-subsidization between separate plans.

fiducie revête une importance primordiale dans la présente affaire. Comme je l’ai déjà mentionné, le Tribunal a reconnu que les modifications visant à autoriser les suspensions des cotisations au régime CD par prélèvement sur l’excédent du régime PD violeraient ces dispositions puisqu’elles

[TRADUCTION] permettent à la compagnie d’utiliser une partie de la caisse, c.-à-d. l’excédent « à d’autres fins que le bénéfice exclusif » des bénéficiaires de la fiducie établie pour la caisse et qui, selon le régime de 2000, participent maintenant à la partie 1. La seule façon pour la société de suspendre ainsi ses cotisations à la partie 2 consiste à retirer de l’argent de la caisse pour le transférer à l’assureur qui joue le rôle de gestionnaire pour la partie 2, afin qu’il soit porté aux comptes individuels des participants à la partie 2. Cette pratique contrevient à l’article 1 de la convention de fiducie de 1954 . . . [par. 32]

[171] Il importe de déterminer, dès le départ, les personnes qui sont protégées par ces dispositions et celles que vise la convention de fiducie. Je souscris à la conclusion du Tribunal que seuls les participants PD constituent le groupe de [TRADUCTION] « personnes qui peuvent à l’occasion être désignées dans le régime » dont il est question dans la convention de fiducie, et ce, pour deux raisons. Premièrement, comme je l’ai expliqué, l’actif de la caisse se limite aux cotisations versées par les participants PD ou en leur nom. L’actif préalablement détenu au nom des participants CD actuels a été retiré au moment de la conversion. Deuxièmement, la convention de fiducie prévoit clairement que les bénéficiaires sont assujettis à un régime PD. Par exemple, elle contient des dispositions qui évoquent l’existence possible d’éléments de passif dans la caisse, qu’on ne retrouve pas au régime CD (art. 2, 6 et 11). D’ailleurs, la nature même d’une caisse en fiducie reste incompatible avec la structure des comptes CD en l’espèce. J’examinerai cette question à nouveau dans mon analyse de la solution proposée par le Tribunal, soit la désignation rétroactive des participants. Pour le moment, toutefois, je conclus simplement que les dispositions relatives au bénéfice exclusif visent à protéger les participants PD de toute utilisation de l’actif fiduciaire à une fin autre que leur bénéfice exclusif, comme l’interfinancement entre des régimes distincts.

[172] The issue of cross-subsidization has received significant judicial attention in cases concerning the merger of two or more pension plans. The question of how the merger affects the members' entitlement to assets under their original plan is typically resolved with reference to the terms of the plan documentation and trust agreements in each case. Thus, in some cases, the co-mingling of funds in a merged plan has been found to be lawful: e.g. *Lennon v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736 (Div. Ct.); *Baxter v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 43 C.C.P.B. 1 (Ont. Div. Ct.). In others, the particular facts of the case militated against the comingling of funds after a merger: *Aegon Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196 (C.A.); *Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) v. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 271 (Alta. C.A.).

[173] While the merger cases engage a host of issues that are not relevant to this appeal, the cases are instructive in terms of the broader principle against cross-subsidization between plans that are effectively distinct from one another. In *Aegon*, for instance, the trust assets of two funds were segregated after a merger in accordance with the terms of the trust agreement and the employer's undertaking to the then Pension Commission of Ontario. The employer, however, diverted the assets from one fund to the other in order to take contribution holidays with respect to the second fund. The Court of Appeal held that this action violated the trust agreement because it used trust assets for other than the exclusive benefit of the plan members who were beneficiaries of the fund.

[174] This general principle was affirmed in *Sutherland*, when Siegel J. noted:

Where it is found that two separate funds exist, there is no principle that can support "cross-subsidization" in the form of payment of the pension benefits of one group of beneficiaries by using assets in a trust fund intended to fund the pension benefits of a separate group of beneficiaries. [para. 260]

[172] La question de l'interfinancement dans les affaires relatives à la fusion d'au moins deux régimes de retraite a largement retenu l'attention des tribunaux. Ceux-ci se fondent habituellement sur les documents relatifs au régime et les conventions de fiducie pour déterminer comment la fusion se répercute sur le droit des participants à l'actif selon le régime initial. Ainsi, dans certains cas, le regroupement des fonds dans un régime fusionné a été jugé légal : p. ex. *Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736 (C. div.); *Baxter c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 43 C.C.P.B. 1 (C. div. Ont.). Dans d'autres cas, les faits particuliers au dossier militaient contre le regroupement des fonds après une fusion : *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196 (C.A.); *Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) c. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 271 (C.A. Alb.).

[173] Bien que les affaires de fusion de régimes soulèvent toute une série de questions étrangères au présent pourvoi, elles apportent certaines précisions au principe plus général qui interdit l'interfinancement entre des régimes distincts. Dans *Aegon*, par exemple, l'actif des deux caisses a été séparé à la suite d'une fusion conformément à la convention de fiducie et à l'engagement de l'employeur auprès de la Commission des régimes de retraite de l'Ontario de l'époque. L'employeur, toutefois, a transféré l'actif d'une caisse à l'autre pour pouvoir se prévaloir d'une suspension de cotisations à l'égard de la deuxième caisse. La Cour d'appel a conclu que cette pratique violait la convention de fiducie parce qu'elle utilisait l'actif fiduciaire à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants au régime qui étaient des bénéficiaires de la caisse.

[174] Ce principe général a été confirmé dans *Sutherland* lorsque le juge Siegel a écrit :

[TRADUCTION] Lorsqu'on conclut à l'existence de deux caisses distinctes, aucun principe ne peut justifier « l'interfinancement » sous forme de paiement des prestations de retraite d'un groupe de bénéficiaires par prélèvement sur l'actif de la caisse censé financer les prestations de retraite d'un autre groupe de bénéficiaires. [par. 260]

Indeed, the results in *Sutherland* and *Barclays* were predicated on the courts' conclusion that the employees were members of a single plan and beneficiaries of the same fund. As such, there was no use of trust assets for other than the exclusive benefit of the members. In *Kemble*, however, the existence of two separate plans meant that the employer's use of surplus from a DB fund to reduce its contributions toward a DC plan was an unjust subsidization of the DC members at the DB members' expense. The same result enures in this case: the use of fund surplus to provide contribution holidays with respect to the DC plan violates the exclusive benefit provisions in the Plan documentation as it benefits all but the DB members.

[175] This brings us to the Tribunal's remedy, also approved by my colleague in his reasons, of retroactively amending the Plan to designate the DC members as beneficiaries of the DB trust fund in order to legitimize the DC contribution holidays. I believe that this remedy is unreasonable and cannot be adopted as it would breach the terms of the Trust Agreement, and would not solve the problem of the DC contribution holidays constituting a violation of the exclusive benefit provisions.

[176] The company has the right to amend the Plan unilaterally and can, by virtue of s. 13(2) of the *PBA*, make retroactive amendments. However, plan amendments are still subject to the terms of the original Trust Agreement that prohibit the use of funds for other than the exclusive benefit of the trust beneficiaries, who in this case are DB members. Therefore, an amendment to the Plan that seeks to change the beneficiaries of the fund must not contravene the same exclusive benefit provisions that precipitated the need for the remedy in the first place.

[177] The designation, which aims to provide formal legitimation for DC contribution holidays, would not be for the exclusive or even primary

En fait, l'issue des affaires *Sutherland* et *Barclays* reposait sur la conclusion des tribunaux selon laquelle les employés participaient à un régime unique et bénéficiaient de la même caisse. Par conséquent, l'actif n'avait pas été utilisé à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants. Dans *Kemble*, toutefois, l'existence de deux régimes distincts signifiait que l'utilisation de l'excédent de la caisse du régime PD pour réduire les cotisations de l'employeur au régime CD constituait un financement injuste des participants CD aux dépens des participants PD. La même conclusion s'applique en l'espèce : l'utilisation de l'excédent de la caisse pour réaliser une suspension de cotisations au régime CD viole les dispositions relatives au bénéfice exclusif prévues dans les documents du régime puisque tous en bénéficient, sauf les participants PD.

[175] Cela nous amène à examiner la solution du Tribunal, également approuvée par mon collègue dans ses motifs. Cette solution consiste à modifier rétroactivement le régime de façon à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la fiducie pour légitimer les suspensions des cotisations au régime CD. Je pense que cette solution est déraisonnable et qu'elle ne peut être acceptée parce qu'elle violerait la convention de fiducie; elle ne réglerait pas non plus le problème de la violation des dispositions concernant le bénéfice exclusif qu'engendre la suspension des cotisations au régime CD.

[176] La société a le droit de modifier unilatéralement le régime et peut, aux termes du par. 13(2) de la *LRR*, apporter des modifications rétroactives. Celles-ci demeurent toutefois assujetties à la convention de fiducie initiale, qui interdit d'utiliser les fonds à d'autres fins que le bénéfice exclusif des bénéficiaires de la fiducie, c'est-à-dire en l'espèce les participants PD. Ainsi, une modification du régime de retraite visant à changer l'identité des bénéficiaires de la caisse doit respecter les dispositions relatives au bénéfice exclusif des participants CD dont l'existence explique le remède choisi par le Tribunal.

[177] Non seulement la désignation, qui vise à légitimer officiellement les suspensions des cotisations au régime CD, ne bénéficierait pas exclusivement

benefit of the DB members. It would not benefit them at all. The company certainly stands to benefit from this designation, by being relieved of its contribution obligations to DC members for as long as the DB fund experiences a surplus. It might even be argued that DC members could benefit from the arrangement, by sharing the same entitlement to surplus upon termination that the DB members might be found to have. Indeed, Gillese J.A. concluded that the designation would have the effect of granting the DC members a right to enjoy the surplus with the DB members upon termination of the plan (paras. 107-8). However, the respondents have not pointed to any benefit that might accrue to the DB members from this designation, and none can be established. Rather, the DB members stand only to lose from the retroactive designation of DC members as beneficiaries of the trust.

[178] It is true, as Gillese J.A. at the Court of Appeal and Rothstein J. in his reasons have pointed out, that the plan contemplated an expanding class of members and that new employees would continually have been added to the DB scheme as trust beneficiaries prior to 2000. Deschamps J. acknowledged the fluidity of pension plans in *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973, when she wrote:

A plan is also seen as being, if not a permanent instrument, at least a long-term one. However, the participation of any individual member is ephemeral: members come and go, while plans are expected to survive the flow of employees and corporate reorganizations. [para. 34]

Along these lines, the respondent Kerry argues that the designation of DC members as beneficiaries of the trust is simply an extension of the employer's general power to continually add new members to an existing plan, such as by merger:

The introduction of new members into a pension plan does not breach any underlying trust and is not objectionable as a matter of contract law so long as members continue to receive their benefits. If a plan merger is

ni même principalement aux participants PD, mais elle ne leur profiterait pas du tout. La société pourrait certainement bénéficier de cette désignation puisqu'elle serait libérée de son obligation de cotiser à l'égard des participants CD tant et aussi longtemps que la caisse du régime PD demeure excédentaire. On pourrait même prétendre que les participants CD pourraient bénéficier de l'arrangement, du fait qu'ils jouiraient du même droit à l'excédent à la cessation du régime que les participants PD. D'ailleurs, la juge Gillese a conclu que la désignation aurait pour effet d'accorder aux participants CD le droit de profiter de l'excédent avec les participants PD à la cessation du régime (par. 107-108). Toutefois, les intimés n'ont pu identifier aucun avantage qu'apporterait cette désignation aux participants PD. De toute façon, on ne peut en retrouver aucun. Au contraire, les participants PD ont tout à perdre si les participants CD sont désignés rétroactivement comme bénéficiaires de la fiducie.

[178] Il est vrai, comme l'ont souligné la juge Gillese, de la Cour d'appel, et le juge Rothstein dans ses motifs, que le régime prévoyait l'augmentation du nombre de participants et que, avant 2000, de nouveaux employés s'ajoutaient sans cesse au régime PD comme bénéficiaires. La juge Deschamps a reconnu la fluidité des régimes de retraite dans *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973 :

Un régime est aussi considéré comme un instrument, sinon permanent, tout au moins à long terme. Par ailleurs, la participation individuelle d'un employé est éphémère : des participants arrivent et d'autres partent; on s'attend néanmoins à ce que les régimes survivent aux roulements de personnel et aux réorganisations d'entreprise. [par. 34]

Dans le même ordre d'idées, l'intimée Kerry prétend que la désignation des participants CD comme bénéficiaires de la fiducie n'est qu'une extension du pouvoir général de l'employeur d'ajouter sans cesse des nouveaux participants au régime en vigueur, par la fusion par exemple :

[TRADUCTION] L'introduction de nouveaux participants à un régime de retraite ne constitue pas une violation d'une fiducie sous-jacente et n'est pas opposable en droit contractuel dans la mesure où les participants continuent

permissible, it is difficult to see how it cannot be permissible to amend plan language so as to treat all members of a single plan having two parts as members of the Plan for the purposes of being able to receive benefits from the Fund. [R.F., at para. 83]

One might argue, then, that the regular addition of new employees, or the introduction of an entirely new class of employees (e.g. part-time employees), into an existing plan is so commonplace that there is no need to even inquire into whether the addition of new members would violate the exclusive benefit provisions of the plan documentation.

[179] However, the proposed arrangement in this case raises significant concerns that are not engaged by the addition of new employees to an ongoing plan. Prior to 2000, new employees who joined the Plan made regular contributions to the fund or had contributions made in their name, thus increasing the corpus (or body) of the fund. Those financial contributions to the fund can be seen as providing some sort of benefit, however indirectly, to the existing plan members. More assets mean a stronger and more resilient pension fund, and higher returns on the investments. The same benefit does not arise from the retroactive designation of DC members as beneficiaries of the fund. After 2000, new employees (and existing employees who switched into the DC plan) no longer contribute anything to the fund. Their contributions are directed into their separate annuity accounts, and any prior contributions made by employees who switched to the DC plan were removed at the time of the conversion. The DC members no longer have any entitlement to the trust fund. It would make a mockery of the significant protections afforded to trust funds if such entitlement could be granted by the mere stroke of a pen.

[180] Why is it that the DC members cannot claim any entitlement to the fund? As noted above, when employees opted to convert their DB benefits to

de recevoir leurs prestations. Si une fusion est possible, il est difficile de comprendre pourquoi il n'est pas possible de modifier le libellé d'un régime de façon à traiter tous les participants d'un même régime comportant deux volets comme des participants du même régime afin qu'ils puissent recevoir des prestations à même la caisse. [m.i., par. 83]

On peut alors soutenir que l'ajout régulier de nouveaux employés ou l'inclusion d'une toute nouvelle catégorie d'employés (p. ex. les employés à temps partiel) dans un régime existant représente une situation si fréquente qu'il est inutile de se demander si l'addition de nouveaux participants contreviendrait aux dispositions relatives au bénéfice exclusif prévues par les documents relatifs au régime.

[179] Toutefois, l'arrangement proposé en l'espèce soulève des préoccupations importantes, qui ne découlent pas de l'ajout de nouveaux participants à un régime en vigueur. Avant 2000, les nouveaux employés qui adhéraient au régime versaient des cotisations régulièrement — ou demandaient que les cotisations soient versées en leur nom — augmentant ainsi le capital de la caisse. Ces contributions financières à la caisse peuvent être considérées comme un avantage, quoique indirect, pour les employés participant déjà au régime. En effet, un capital plus important signifie une caisse de retraite plus solide et plus capable d'adaptation ainsi que des rendements plus élevés. La désignation rétroactive des participants CD comme bénéficiaires de la fiducie ne procure pas le même avantage. Après 2000, les nouveaux employés (et les employés en poste qui sont passés au régime CD) ne cotisent plus à la caisse. Leurs cotisations sont dirigées vers leurs comptes de rente viagère séparés, et les cotisations antérieures versées par les employés qui sont passés au régime CD ont été retirées au moment de la conversion. Les participants CD n'ont plus aucun droit à la caisse en fiducie. La reconnaissance du droit de modifier, d'un simple trait de plume, les importantes protections reconnues aux caisses en fiducie rendrait ces protections singulièrement illusoires.

[180] Pourquoi les participants CD sont-ils devenus incapables de revendiquer le droit à la caisse? Comme je l'ai déjà expliqué, lorsque les employés

the DC plan in 2000, assets equal to the amount of benefits that had accrued to date were taken from the fund and placed in individual accounts. The Plan stipulates that, after this conversion, the new DC members would “henceforth be governed by the defined contribution provisions of the Plan and will not be permitted to resume participation in the Plan under the defined benefit provisions” (2000 Plan Text Foreword, s. 1.07). By the terms of this arrangement, then, the DC members can be seen to have relinquished their interest in the remaining assets of the DB Fund. All of their previous contributions and all employer contributions made in their name were removed from the fund and placed in individual accounts, and they cannot revert to the DB plan. They are not beneficiaries of the fund because they do not and cannot derive any benefit from the assets held in that fund. An amendment that would serve to designate them as such is simply an artificial and incomplete response to the problem.

[181] This is quite unlike the situation contemplated by the Ontario Superior Court of Justice in *Sutherland*, when Siegel J. held that there is no reason in law why a pension plan might not be structured with two sections, one DB and one DC, “with the same trust fund supporting the payment of benefits under each section of the plan” (para. 219). In the current appeal, only DB members would have their benefits paid from the trust fund. The DC members’ benefits are held separately in annuity accounts that have no connection to the original trust fund that was set up to provide pension benefits on a DB basis to Kerry’s employees in 1954.

[182] Indeed, because the company started taking contribution holidays from the DB plan in 1985, everything that has been contributed to the fund since that time has been amassed penny by penny by the DB members alone. The Tribunal’s remedy would permit the company to remove assets from the fund and to place those assets in the accounts

ont choisi de convertir leurs prestations du régime PD en prestations du régime CD en 2000, des éléments d’actif d’un montant égal aux prestations accumulées jusque-là ont été retirés de la caisse et déposés dans des comptes individuels. Le régime prévoit que, après cette conversion, les nouveaux participants CD [TRADUCTION] « seraient dès lors régis par les dispositions du régime sur les cotisations déterminées et ne seraient pas autorisés à recommencer à participer au régime en vertu des dispositions sur les prestations déterminées » (préface du régime de 2000, art. 1.07). Selon cette entente, on peut donc considérer que les participants CD ont renoncé à leur droit au reste de l’actif de la caisse du régime PD. Toutes leurs cotisations antérieures et toutes les cotisations versées par l’employeur en leur nom ont été retirées de la caisse et déposées dans des comptes individuels, et elles ne peuvent retourner au régime PD. Ils ne sont pas des bénéficiaires parce qu’ils bénéficient pas et ne peuvent bénéficier de l’actif détenu dans cette caisse. Toute modification qui aurait pour effet de les désigner comme tels constituerait tout simplement une réponse artificielle et incomplète au problème.

[181] Cette situation ne ressemble en rien à celle qu’a envisagée la Cour supérieure de justice de l’Ontario dans *Sutherland* où le juge Siegel a conclu qu’aucune raison juridique n’empêchait un régime de retraite de comporter deux volets, l’un PD et l’autre CD, [TRADUCTION] « les prestations versées en vertu de chacun des articles du régime provenant de la même caisse en fiducie » (par. 219). En l’espèce, seules les prestations des participants PD seraient prélevées sur la caisse. Celles des participants CD sont détenues séparément dans des comptes de rente viagère qui n’ont aucun lien avec la caisse en fiducie initiale créée en 1954 pour payer les prestations de retraite aux employés de Kerry selon le principe des prestations déterminées.

[182] En fait, comme la société a commencé à suspendre ses cotisations au régime PD en 1985, les participants à ce régime ont amassé tout ce qui a été versé dans la caisse depuis ce temps-là. La solution que propose le Tribunal permettrait à la société de retirer des éléments d’actif de la caisse pour les déposer dans les comptes détenus par des participants

held by DC members, simply to relieve itself of the obligation to contribute toward the DC plan. As a result, the DB members would see the same amount of money going into the fund as before 2000, but a greater amount coming out of it. The intuitive unfairness of this arrangement should be apparent to even the greatest cynic. More importantly, the arrangement is not only unfair on a principled basis but is also unlawful, as it would result in the use of trust funds for other than the exclusive benefit of the current DB members.

[183] The unlawfulness of the DC contribution holidays would not be remedied *even if* the DC members could be declared beneficiaries of the fund. The withdrawal of funds to enable the employer's DC contribution holidays would continue to violate the exclusive benefit provisions regardless of whether the DC members were technically beneficiaries of the fund. There is no evidence before this Court that the structure of the fund would change as a result of this designation. The employer would continue to take DC contribution holidays by withdrawing assets from the fund and placing them in the DC members' accounts. As I noted above, this movement of funds is not for the exclusive benefit of any of the beneficiaries, whether DB or DC members. To the contrary, it harms the DB members, who see the corpus of their fund decreasing at a steady rate. And while the initial designation of the DC members as beneficiaries might provide them with some future benefit with respect to potential entitlement to surplus, the use of the fund surplus to finance the contribution holidays would simply deplete the overall surplus to which they might one day claim entitlement.

[184] It is hard to see how the DC contribution holidays benefit anyone but Kerry, who is relieved of its contribution obligations to the DC plan. Of what use are the exclusive benefit provisions if they could permit the withdrawal of trust funds for the primary or even exclusive benefit of the company? Indeed, it is not necessary to find that the members have a vested interest in the surplus to appreciate

CD, simplement pour se libérer de son obligation de cotiser au régime CD. Par conséquent, les participants PD constateraient que le même montant d'argent qu'avant 2000 est versé dans la caisse, mais qu'un montant plus élevé en est retiré. Le caractère injuste de cet arrangement devrait être manifeste même pour l'individu le plus cynique. Plus important encore, l'arrangement est non seulement inéquitable au plan des principes, mais aussi illégal, puisqu'il entraînerait une utilisation de la caisse en fiducie à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants actuels du régime PD.

[183] L'illégalité de la suspension des cotisations au régime CD ne serait pas corrigée *même si* les participants CD pouvaient être déclarés bénéficiaires de la fiducie. Le retrait de fonds destiné à permettre à l'employeur de suspendre ses cotisations au régime CD constituerait toujours une violation des dispositions relatives au bénéfice exclusif, que les participants CD soient ou non, à proprement parler, bénéficiaires de la fiducie. Il n'a pas été démontré devant la Cour que la structure de la fiducie serait modifiée par suite de cette désignation. L'employeur continuerait à s'autoriser des suspensions de cotisations au régime CD en retirant des éléments d'actif de la fiducie pour les déposer dans les comptes des participants CD. Ce déplacement de fonds, je le répète, ne profite exclusivement à aucun bénéficiaire, qu'il s'agisse de participants PD ou CD. Au contraire, il cause préjudice aux participants PD, qui voient décroître le capital de leur caisse à un rythme constant. Par ailleurs, même si la désignation initiale des participants CD comme bénéficiaires peut leur conférer l'avantage futur d'un droit potentiel sur l'excédent, le recours à l'excédent pour financer des suspensions de cotisations aurait simplement pour effet d'appauvrir l'excédent global sur lequel ils pourraient un jour revendiquer un droit.

[184] Il est difficile de comprendre comment les suspensions des cotisations au régime CD profitent à qui que ce soit d'autre que Kerry, qui est libérée de son obligation de cotiser au régime CD. Quelle serait l'utilité des dispositions relatives au bénéfice exclusif si elles pouvaient permettre le retrait de fonds en fiducie au bénéfice principal, voire exclusif, de la société? En fait, il n'est pas nécessaire de

that the present arrangement violates the exclusive benefit provisions and would continue to do so even if the Tribunal's remedy were adopted. Every DC contribution holiday leaves the corpus of the trust smaller, whereas a contribution holiday in respect of a regular DB plan simply leaves the trust alone.

[185] For these reasons, I believe that the Tribunal's order to amend the Plan to make the DC members beneficiaries of the trust in respect of the Fund is unreasonable and that the amendment purporting to allow DC contribution holidays from the DB surplus remains invalid for contravening the exclusive benefit provisions in the Plan documentation.

#### E. *The Law of Trusts*

[186] The original pension plan in this case was impressed with a trust in 1954. As such, it is subject not only to the requirements imposed by statute and the law of contract, but also to the strictures of trust law. The law of trusts is notoriously difficult to define because, like a child with sticky fingers, it leaves its imprint on a number of different areas ranging from wills and estates to divorce proceedings and pension schemes. What must be remembered, however, is that the law of trusts is primarily oriented toward the protection of beneficiaries, who are entitled to have the trust property administered in their best interest.

[187] This Court held in *Schmidt* that a pension trust is akin to a classic trust, as it is created in order to provide a benefit to employees (p. 640). In a classic trust, the trustee and the beneficiaries share ownership of the trust assets: the beneficiaries have an equitable interest in the trust assets while the trustee holds legal title to them. The trustee has a fiduciary duty to hold the assets exclusively in the interest of the beneficiaries (D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 38).

constater que les participants ont un intérêt acquis dans l'excédent pour se rendre compte que l'arrangement actuel viole les dispositions relatives au bénéfice exclusif, et ce, même si la réparation ordonnée par le Tribunal était adoptée. Chaque suspension de cotisations au régime CD amoindrit le capital de la fiducie, alors qu'une suspension de cotisations au régime PD normal n'a pas d'incidence sur la fiducie.

[185] Pour ces motifs, j'estime que l'ordonnance du Tribunal destinée à modifier le régime afin que les participants CD deviennent des bénéficiaires de la fiducie établie au regard de la caisse est déraisonnable et que la modification visant à permettre à l'employeur de suspendre ses cotisations au régime CD en utilisant l'excédent du régime PD demeure invalide parce qu'elle contrevient aux dispositions relatives au bénéfice exclusif du régime.

#### E. *Droit des fiducies*

[186] En l'espèce, le régime de retraite initial a été assujéti à une fiducie en 1954. C'est pourquoi il est soumis non seulement aux exigences de la loi et du droit contractuel, mais aussi aux règles du droit des fiducies. Le droit des fiducies est notoirement difficile à définir, car, comme un enfant aux doigts tachés de confiture, il laisse ses empreintes dans plusieurs domaines différents, allant des testaments et successions aux procédures de divorce et aux régimes de retraite. Il faut toutefois se rappeler que le droit des fiducies vise principalement à protéger les bénéficiaires, qui ont droit à ce que les biens de la fiducie soient administrés dans leur intérêt.

[187] La Cour a conclu dans *Schmidt* qu'une fiducie de retraite s'apparente à une fiducie classique, car elle est créée au bénéfice des employés (p. 640). Dans une fiducie classique, le fiduciaire et les bénéficiaires partagent la propriété de l'actif : les bénéficiaires ont un intérêt en equity dans l'actif de la fiducie alors que le fiduciaire en détient le titre légal. Le fiduciaire a l'obligation de détenir l'actif exclusivement dans l'intérêt des bénéficiaires (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2005), p. 38).

Indeed, the beneficiaries of a trust are given legal protection of the highest order.

[188] Despite their status as classic trusts, however, pension trusts engage somewhat different considerations due to the existing legal relationship between the settlor (usually the employer) and the trust beneficiaries (the employees). Browne-Wilkinson V.-C.'s comments in *Imperial Group Pension Trust Ltd. v. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597 (Ch. D.), are apt:

Pension scheme trusts are of quite a different nature to traditional trusts. The traditional trust is one under which the settlor, by way of bounty, transfers property to trustees to be administered for the beneficiaries as objects of his bounty. Normally, there is no legal relationship between the parties apart from the trust. The beneficiaries have given no consideration for what they receive. The settlor, as donor, can impose such limits on his bounty as he chooses, including imposing a requirement that the consent of himself or some other person shall be required to the exercise of the powers.

As the Court of Appeal has pointed out . . . a pension scheme is quite different. Pension benefits are part of the consideration which an employee receives in return for the rendering of his services. In many cases, . . . membership of the pension scheme is a requirement of employment. In contributory schemes, . . . the employee is himself bound to pay his or her contributions. Beneficiaries of the scheme, the members, far from being volunteers have given valuable consideration. The company employer is not conferring a bounty. In my judgment, the scheme is established against the background of such employment and falls to be interpreted against that background. [pp. 605-6]

[189] U.K. courts are not alone in noting the distinction between traditional and pension trusts. In *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1992), 98 D.L.R. (4th) 326 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 385-88, aff'd (1994), 110 D.L.R. (4th) 609 (Ont. C.A.), Adams J. wrote:

Trust law responds to the long gestation of pension arrangements and accommodates the welfare of former

Les bénéficiaires d'une fiducie se voient effectivement accorder le niveau de protection juridique le plus élevé.

[188] Toutefois, malgré leur statut de fiducie classique, les fiducies de retraite soulèvent des considérations en partie différentes en raison de la relation juridique particulière entre le constituant (habituellement l'employeur) et les bénéficiaires de la fiducie (les employés). Les commentaires du vice-chancelier Browne-Wilkinson dans *Imperial Group Pension Trust Ltd. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597 (Ch. D.), sont fort à propos sur ce point :

[TRADUCTION] Les fiducies de retraite sont d'une nature assez différente de celle des fiducies traditionnelles. Dans une fiducie traditionnelle, le constituant, en échange d'une prime, transfère des biens aux fiduciaires, qui les administrent pour les bénéficiaires, lesquels profiteront de la prime. Habituellement, il n'y a aucune relation juridique entre les parties à l'exception de la fiducie. Les bénéficiaires n'ont donné aucune contrepartie pour ce qu'ils reçoivent. Le constituant, à titre de donateur, peut imposer des limites à l'égard de la prime comme bon lui semble, y compris une condition assujettissant l'exercice des pouvoirs à son consentement ou à celui d'une autre personne.

Comme la Cour d'appel l'a souligné, [. . .] un régime de retraite est très différent. Les prestations de retraite représentent la contrepartie que reçoit un employé en échange de ses services. Dans bien des cas, [. . .] l'affiliation à un régime de retraite est une exigence de l'emploi. Dans les régimes financés par des cotisations [. . .] l'employé est lui-même tenu de payer ses cotisations. Les bénéficiaires du régime, les participants, loin d'être volontaires ont donné une contrepartie valable. L'employeur ne donne aucune prime. À mon avis, le régime est établi dans le contexte de l'emploi et doit être interprété selon ce contexte. [p. 605-606]

[189] Les tribunaux anglais ne sont pas les seuls à souligner la différence entre les fiducies traditionnelles et les fiducies de retraite. Dans *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 98 D.L.R. (4th) 326 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 385-388, conf. par (1994), 110 D.L.R. (4th) 609 (C.A. Ont.), le juge Adams a écrit :

[TRADUCTION] Le droit des fiducies répond à la longue gestation des régimes de retraite et veille au bien-

employees who often lack any other effective means to protect their interests. . . . Trust law, in this modern context, must accommodate and be responsive to key differences between the traditional settling of a trust and the ongoing administration of a pension plan in a changing economic environment. But employers, trade unions and trustees must also appreciate the central importance of pension arrangements to all employees and be vigilant of the dependent interests engrained in these plans. [p. 388]

The beneficiaries of a pension trust depend on the fund's assets to sustain them during retirement. In the unionized workplace, employees will have often traded other benefits for a strong pension regime for themselves and their families. Pension schemes are frequently used by employers to attract the most qualified employees and to encourage long-term commitment to the job. In this context, it is important to call upon the flexibility of trust law in assessing the legitimacy of the employer's actions carried out with respect to the trust. It is not enough simply to look to the propriety of the trustee's administration of the trust to determine whether the rights of the beneficiaries have been unjustly interfered with. The employer's actions are also implicated.

[190] Newbury J.A. recognized the special role of the employer in the pension trust context in *Buschau v. Rogers Cablesystems Inc.*, 2001 BCCA 16, 195 D.L.R. (4th) 257, at para. 1 (rev'd 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973, but not on this point):

In Canada at least, pension trusts and plans also usually contemplate that the settlor, or employer, will play a role akin to that of the trustee in a traditional trust, even though a trust company is appointed as formal trustee. Indeed, employers often retain the authority to direct the trustee as to many matters relating to the administration of the trust, and even to amend or modify the class of beneficiaries under the trust, change the benefits to which they will be entitled, and on occasion, revoke or terminate the trust unilaterally.

Lane J. came to a similar conclusion in *Aegon Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 34

être des anciens employés qui souvent n'ont pas d'autres moyens efficaces de protéger leurs intérêts. [. . .] Le droit des fiducies, dans ce contexte moderne, doit prendre en considération les principales différences entre le règlement traditionnel d'une fiducie et l'administration continue d'un régime de retraite dans une conjoncture économique changeante. Mais les employeurs, les syndicats et les fiduciaires doivent aussi reconnaître l'importance capitale des régimes de retraite pour tous les employés et être conscients des intérêts dépendants ancrés dans ces régimes. [p. 388]

Les bénéficiaires d'une fiducie de retraite dépendent de l'actif pour subvenir à leurs besoins une fois à la retraite. Dans un milieu de travail syndiqué, les employés renoncent souvent à d'autres avantages contre un régime de retraite solide pour eux-mêmes et pour leur famille. Les employeurs se servent fréquemment des régimes de retraite pour attirer les employés les plus qualifiés et les inciter à rester à long terme. Dans ce contexte, il est important de faire appel à la souplesse du droit des fiducies dans l'appréciation de la légitimité des mesures prises par l'employeur à l'égard de la fiducie. Il ne suffit pas de se contenter d'examiner la régularité de l'administration par le fiduciaire de la fiducie pour déterminer si les droits des bénéficiaires ont fait l'objet d'une atteinte injustifiée. Les actes de l'employeur entrent aussi en jeu.

[190] La juge Newbury a reconnu le rôle particulier que joue l'employeur dans le cadre d'un régime de retraite dans *Buschau c. Rogers Cablesystems Inc.*, 2001 BCCA 16, 195 D.L.R. (4th) 257, par. 1 (inf. par 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, mais non sur ce point) :

[TRADUCTION] Au Canada du moins, les fiducies et régimes de retraite prévoient habituellement que le constituant, ou l'employeur, jouera un rôle semblable à celui du fiduciaire dans une fiducie traditionnelle, même si une société de fiducie est nommée comme fiduciaire officiel. En fait, les employeurs conservent souvent le pouvoir de donner au fiduciaire des directives sur maints aspects de l'administration de la fiducie, et même de modifier la catégorie des bénéficiaires de la fiducie, d'apporter des changements aux prestations auxquelles ils auront droit et, parfois, de révoquer ou d'annuler la fiducie unilatéralement.

Le juge Lane est arrivé à une conclusion semblable dans *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.*

C.C.P.B. 1 (Ont. S.C.J.), at para. 38, aff'd (2003), 179 O.A.C. 196 (C.A.):

These cases illustrate the importance of the trust aspect of the pension scheme before me. It is not simply a payment scheme or other appurtenance to the pension, but an important legal relationship created by the employer with its employees, not subject to unilateral alteration.

[191] In this case, the law of trusts provides the appellants with an added layer of protection. The employer's attempt to use the DB surplus to fund its contribution obligations toward the DC plan not only breaches the "exclusive benefit" provisions, but also violates one of the hallmarks of trust law: the prohibition against the revocation of trust assets.

[192] In *Schmidt*, this Court ruled that an employer may not remove pension contributions held in trust unless a power of revocation was expressly included in the trust at the time of its inception. A general power of amendment does not amount to a power of revocation (pp. 643-46).

[193] The classic explanation of revocation comes from *Waters' Law of Trusts in Canada*:

A settlor cannot revoke his trust unless he has expressly reserved the power to do so. This is a cardinal rule, and it involves two important concepts. The first is that the trust is a mode of disposition, and once the instrument of creation of the trust has taken effect . . . the settlor has alienated the property as much as if he had given it to the beneficiaries by an out-and-out gift. [p. 353]

Generally speaking, revocation consists in the settlor's exercising some control over the trust assets. Once assets have been placed in the trust fund, the settlor cannot interfere with them and cannot withdraw them for his or her own use without the express power to do so in the trust agreement. In *Schmidt*, Cory J. wrote:

Generally, however, the transfer of the trust property to the trustee is absolute. Any power of control of that

(2003), 34 C.C.P.B. 1 (C.S.J. Ont.), par. 38 (conf. (2003), 179 O.A.C. 196 (C.A.)) :

[TRADUCTION] Ces cas illustrent l'importance de la fiducie dans le régime de retraite à l'étude. Il ne s'agit pas simplement d'un régime de paiement ou d'un autre élément accessoire à la retraite, mais d'une relation juridique importante entre l'employeur et ses employés, qui ne peut être modifiée unilatéralement.

[191] En l'espèce, le droit des fiducies confère aux appelants une protection supplémentaire. En tentant d'utiliser l'excédent du régime PD pour financer ses cotisations obligatoires au régime CD, l'employeur viole non seulement les dispositions relatives au « bénéficiaire exclusif », mais aussi un des principes qui caractérisent le droit des fiducies : l'interdiction de révoquer la fiducie.

[192] Dans *Schmidt*, la Cour a conclu que l'employeur ne peut retirer les cotisations de retraite détenues en fiducie à moins qu'un pouvoir de révocation ne soit expressément prévu dans la fiducie au moment de sa création. Un pouvoir de modification général n'entraîne pas un pouvoir de révocation (p. 643-646).

[193] L'explication classique de la révocation provient de l'ouvrage *Waters' Law of Trusts in Canada* :

[TRADUCTION] Le constituant ne peut révoquer sa fiducie, sauf s'il s'est expressément réservé le pouvoir de la faire. Il s'agit d'une règle cardinale qui fait appel à deux concepts importants. Premièrement, la fiducie est un mode d'aliénation. Une fois que l'acte qui crée la fiducie a pris effet [ . . . ] le constituant aliène le bien tout autant que s'il l'avait remis aux bénéficiaires au moyen d'un don véritable. [p. 353]

En général, la révocation consiste dans l'exercice d'un certain contrôle sur l'actif de la fiducie par le constituant. Une fois les éléments d'actif déposés dans la caisse en fiducie, le constituant ne peut pas les modifier ni les retirer pour son propre usage, sauf si le pouvoir de la faire est expressément prévu dans la convention de fiducie. Dans *Schmidt*, le juge Cory a écrit :

En général, toutefois, le transfert des biens en fiducie au fiduciaire est absolu. Tout pouvoir de contrôler ces biens

property will be lost unless the transfer is expressly made subject to it. [p. 643]

[194] This principle extends not only to the corpus of the trust fund but also to any surplus in the fund, unless there is specific wording in the plan documentation that would oust the surplus from the trust's ambit (*Schmidt*, at pp. 641-42). Thus, once placed in the fund, *all* assets must be administered in accordance with the principles of trust law and should therefore be safe from the interference and control of the settlor.

[195] Within a classic DB plan, a contribution holiday would not result in an encroachment on the trust because no money need actually be withdrawn from the fund to enable the holiday (*Schmidt*, at p. 654). Trust principles do not attach to pension contributions until they are actually paid into the fund. In other words, the *failure* to put money in a fund does not generally amount to a breach of trust principles unless that contribution is required by the terms of the trust.

[196] Against this background, it is necessary to determine whether Kerry's contribution holidays in the DC plan from the DB surplus amounted to a partial revocation of the trust. I believe that it did.

[197] No power of revocation is contained in the Trust Agreement in this case. And yet, the contribution holidays in the DC plan were accomplished by means of a withdrawal of assets from the DB fund and a deposit of those assets into the DC members' accounts. The actual transfer of funds is necessary because Kerry is required by the terms of the Plan to make a regular contribution to the DC plan. Thus, the "holidays" still involve the deposit of funds into the account, but the source of the employer's contribution has changed: rather than coming from the employer's own pocket, the value of each contribution is withdrawn from the DB fund and placed in the members' annuity accounts. This shifting of funds is a clear example of the employer's exercising control over trust assets. It is not comparable to the employer's legitimate use of assets from the fund to cover reasonable and *bona fide* plan expenses. The

sera perdu, sauf si le transfert est expressément assujéti à ce pouvoir. [p. 643]

[194] Ce principe s'applique non seulement au capital de la caisse en fiducie, mais aussi à l'excédent, à moins que le texte même des documents relatifs au régime ne soustraie l'excédent à l'application de la fiducie (*Schmidt*, p. 641-642). Par conséquent, une fois dans la caisse, *tous* les éléments d'actifs doivent être administrés conformément aux principes du droit des fiducies et devraient donc être hors de la portée et du contrôle du constituant.

[195] Dans un régime PD classique, une suspension de cotisations n'entraînerait pas un empiétement sur la fiducie puisqu'il n'est pas nécessaire de retirer de l'argent de la caisse pour que la société puisse s'en prévaloir (*Schmidt*, p. 654). Les principes en matière de fiducie ne s'appliquent pas aux cotisations de retraite jusqu'à ce qu'elles soient versées dans la caisse. Autrement dit, l'*omission* de verser de l'argent dans une caisse ne constitue généralement pas une violation des principes du droit des fiducies à moins que le texte de fiducie n'exige le versement de cotisation.

[196] Dans ce contexte, il faut déterminer si, en utilisant l'excédent du régime PD pour suspendre ses cotisations, Kerry a partiellement révoqué la fiducie. Je crois que c'est le cas.

[197] La convention de fiducie en l'espèce ne prévoit aucun pouvoir de révocation. Or, il n'a été possible de suspendre les cotisations au régime CD qu'en retirant des éléments d'actif de la caisse du régime PD et en les déposant dans les comptes des participants CD. Le véritable transfert des fonds est nécessaire parce que, selon les modalités du régime, Kerry est tenue de cotiser régulièrement au régime CD. Les « suspensions » impliquent toujours le dépôt de fonds dans les comptes, mais la source des cotisations de l'employeur a changé : au lieu de provenir de la poche de l'employeur, la valeur de chaque cotisation est retirée du fonds du régime PD et déposée dans les comptes de rente viagère des participants. Cette décision d'employer un autre fonds représente un exemple évident du contrôle exercé par l'employeur sur l'actif fiduciaire. Ce n'est pas comparable à l'utilisation légitime de l'actif par

transfer of trust assets to enable a contribution holiday can hardly be described as necessary to ensure the integrity and proper maintenance of the plan.

[198] Nor is it comparable to the circumstances in *Sutherland*, where the court held that there was no impediment to the employer's contribution holidays in the DC part of the plan from the DB surplus because the employees were all members of the same plan and beneficiaries of the same trust (paras. 284-89). Recall that until 2001, the DB and DC assets were held in a single fund. The contribution holidays did not require the removal of assets from the fund and, therefore, did not constitute an encroachment on the trust. Even after the arrangement changed in 2001, such that the DC funds were invested separately by the trustee's agent, the court's finding that the contributions were effectively held in a single fund led to the conclusion that contribution holidays did not entail an encroachment on the trust (paras. 290-303). No withdrawal of assets from the trust fund was required to effect a contribution holiday, and hence no encroachment occurred. The employer simply refrained from making contributions to the fund. In this case, however, the DC contribution holidays required the removal of assets from the trust fund and the deposit of those assets in the DC members' annuity accounts. This is not a case of the employer's simply failing to contribute to the fund. Thus, the reasoning in *Sutherland* does not assist the respondents.

[199] Similarly, in *Police Retirees of Ontario Inc. v. Ontario Municipal Employees' Retirement Board* (1999), 22 C.C.P.B. 49, the Ontario Superior Court of Justice dismissed the retirees' argument that the employer's contribution holidays resulted in an encroachment on the trust. The employer had taken contribution holidays after additional funds that arose through a Supplementary Benefits Agreement were added to the pension fund. The court held that the establishment of the Supplementary Benefits

l'employeur pour couvrir les frais raisonnables et justes du régime. Le transfert de l'actif fiduciaire visant à permettre la suspension des cotisations peut difficilement être qualifié de nécessaire pour préserver l'intégrité et le bon fonctionnement du régime.

[198] La situation n'est pas non plus comparable aux circonstances de *Sutherland*, où la cour a conclu que rien n'empêchait l'employeur de suspendre ses cotisations au volet CD du régime en se servant de l'excédent du volet PD parce que les employés participaient tous au même régime et étaient tous bénéficiaires de la même fiducie (par. 284-289). Il faut se rappeler que, jusqu'en 2001, l'actif du régime PD et celui du régime CD étaient détenus dans un seul fonds. Les suspensions des cotisations n'exigeaient pas le retrait d'éléments d'actif de la caisse; par conséquent, elles ne constituaient pas un empiètement sur la fiducie. Même après la modification du régime en 2001, par suite de laquelle le mandataire du fiduciaire a investi séparément les fonds du régime CD, la constatation de la cour selon laquelle les cotisations étaient effectivement détenues dans un seul fonds a mené à la conclusion que les suspensions des cotisations n'entraînaient pas un empiètement sur la fiducie (par. 290-303). Il n'était pas nécessaire de retirer des éléments d'actif fiduciaire pour suspendre les cotisations; il n'y a donc eu aucun empiètement. L'employeur s'est simplement abstenu de verser des cotisations. Toutefois, en l'espèce, les suspensions des cotisations au régime CD dépendaient du retrait d'éléments d'actif fiduciaire et de leur dépôt dans les comptes à rente viagère des participants CD. Il ne s'agit pas d'une affaire où l'employeur n'a tout simplement pas cotisé à la caisse. Ainsi, le raisonnement adopté dans *Sutherland* n'aide pas les intimés.

[199] De même, dans *Police Retirees of Ontario Inc. c. Ontario Municipal Employees' Retirement Board* (1999), 22 C.C.P.B. 49, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté l'argument des retraités selon lequel les suspensions de cotisations dont se prévalait l'employeur constituaient un empiètement sur la fiducie. L'employeur avait eu recours à la suspension des cotisations après que d'autres fonds provenant d'une entente prévoyant des prestations supplémentaires avaient été ajoutés à la caisse

Agreement did not create a separate pension plan and that, as a result, the supplementary funds were part of the regular fund (paras. 61-70). Therefore, no money was actually paid out of the fund in order for the employer to take contribution holidays (para. 76). Again, this conclusion was premised on the finding that there was a single plan in existence, which meant that the Police Board could take contribution holidays by merely ceasing its contributions to the fund. The failure to pay into the fund did not amount to an encroachment on the trust assets. In the current appeal, every DC contribution holiday leaves the DB trust fund smaller than before, without any justification in law. This clearly constitutes an encroachment on and a revocation of the trust.

[200] It should be noted that I would reach the same conclusion *even if* the DC members could legitimately be designated as beneficiaries of the trust fund. The rationale in *Schmidt* for upholding an employer's right to take contribution holidays is limited to those situations in which no assets are withdrawn from the trust fund. In an ordinary DB plan, the employer is simply required to ensure that the assets in the fund are sufficient to meet its expected liabilities. If the plan documentation and legislation permit them, then contribution holidays can be taken for as long as the plan is in a state of actuarial surplus. Nothing in *Schmidt* suggests that an employer should be permitted to remove trust assets in the manner contemplated by Kerry, even if the ultimate recipients of those assets are among the trust beneficiaries. This would not only constitute an unlawful interference with the trust assets (revocation) but also would pit one group of beneficiaries against the other, with the ultimate reward falling to the employer.

[201] The principles of trust law are as relevant in the context of an ongoing pension trust as they are in the context of a terminated or wound-up plan impressed with a trust. In this case, the trust beneficiaries are protected by the specific language in the Plan documentation that prohibits the use of trust

de retraite. Selon la cour, cette entente n'avait pas créé un régime de retraite distinct et les fonds supplémentaires faisaient donc partie du fonds régulier (par. 61-70). Ainsi, aucune somme n'avait été prélevée sur la caisse pour permettre à l'employeur de suspendre ses cotisations (par. 76). Là encore, cette conclusion reposait sur la constatation qu'il n'y avait qu'un seul régime en vigueur, ce qui signifiait que la commission de police pouvait suspendre ses cotisations simplement en cessant de verser des cotisations à la caisse. Ne pas cotiser à la caisse n'équivaut pas à un empiétement sur l'actif fiduciaire. En l'espèce, chaque suspension des cotisations au régime CD entraîne une diminution de la caisse en fiducie PD, sans que ce soit justifié en droit. Cela constitue clairement un empiétement sur la fiducie ainsi qu'une révocation.

[200] J'ajouterais que ma conclusion ne changerait pas *même si* les participants CD pouvaient en toute légitimité être désignés comme bénéficiaires de la fiducie. Le raisonnement adopté dans *Schmidt* pour reconnaître le droit de l'employeur de suspendre ses cotisations se limite aux situations où l'on ne retire pas d'éléments d'actif de la caisse. Dans les régimes PD ordinaires, l'employeur doit simplement s'assurer que l'actif de la caisse est suffisant pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations prévues. Si les documents relatifs au régime et la loi le permettent, l'employeur peut suspendre ses cotisations tant que le régime présente un excédent actuariel. Rien dans *Schmidt* ne permet d'affirmer que l'employeur devrait être autorisé à retirer des éléments d'actif fiduciaire de la façon proposée par Kerry, même si ceux à qui ils sont destinés en fin de compte font partie des bénéficiaires de la fiducie. Non seulement se trouverait-on là devant un cas d'utilisation illégale de l'actif fiduciaire (révocation), mais deux groupes de bénéficiaires s'opposeraient l'un à l'autre et l'ultime avantage qui en découle reviendrait à l'employeur.

[201] Les principes du droit des fiducies restent aussi pertinents dans le contexte d'une fiducie de retraite en vigueur que dans celui d'un régime assujéti à une fiducie qui a pris fin ou qui a été liquidé. En l'espèce, les bénéficiaires de la fiducie sont protégés par le texte même des documents relatifs au

funds for other than their own benefit. Moreover, the law of trusts forbids the employer's attempts to control or withdraw irrevocable assets within the fund in order to take contribution holidays with respect to its obligations toward a different group of plan members.

#### F. *Conclusion*

[202] For the reasons above, I must disagree with my colleague's conclusion that the respondent Kerry was entitled to withdraw assets from the DB surplus and deposit them in the DC members' accounts. I believe that the amendments to the Plan purporting to authorize these payments are not permitted by the legislation and are in breach of the "exclusive benefit" provisions of the Plan documentation and the relevant principles of trust law. The Tribunal's conclusion that these defects could be cured by a retroactive designation of DC members as fund beneficiaries was unreasonable, and the Court of Appeal erred in upholding the Tribunal's conclusion on this point.

[203] I would thus allow the appeal in part, quash the Tribunal's decision on contribution holidays, and direct the Superintendent to refuse registration of the amendments that purport to permit the employer's use of fund surplus under Part 1 of the Plan to offset or eliminate its contribution obligations under Part 2 of the Plan.

[204] On the matter of costs, I do not need to take issue with my colleague's determination that costs could not be awarded from the fund in this case. Since I would allow the appeal in part, the appellants would be entitled to full costs throughout from the respondent Kerry.

*Appeal dismissed with costs, LEBEL and FISH JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellants: Koskie Minsky, Toronto.*

régime qui interdit l'utilisation des caisses à d'autres fins que leur bénéfice exclusif. De plus, le droit des fiducies interdit à l'employeur de tenter de contrôler ou de retirer des éléments d'actif irrévocables de la caisse pour suspendre ses cotisations obligatoires à l'égard d'un autre groupe de participants au régime.

#### F. *Conclusion*

[202] Pour les motifs qui précèdent, je me dois d'exprimer mon désaccord avec la conclusion de mon collègue que l'intimée Kerry avait le droit de prélever sur l'excédent du régime PD des éléments d'actif pour les déposer dans les comptes des participants CD. J'estime que les modifications apportées au régime visant à autoriser ces paiements ne sont pas autorisées par la loi et contreviennent aux dispositions relatives au « bénéfice exclusif » qui figurent dans les documents du régime et aux principes pertinents du droit des fiducies. La conclusion du Tribunal qu'une désignation rétroactive des participants CD à titre de bénéficiaires de la fiducie permettrait de corriger les déficiences est déraisonnable, et la Cour d'appel a commis une erreur en confirmant la conclusion du Tribunal sur ce point.

[203] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, d'annuler la décision du Tribunal sur les suspensions des cotisations et d'ordonner au surintendant de refuser l'enregistrement des modifications visant à permettre à l'employeur d'utiliser l'excédent de la caisse de la partie 1 du régime pour s'acquitter de son obligation de verser des cotisations à la partie 2 du régime ou pour les éliminer.

[204] Sur la question des dépens, je ne vois pas l'utilité de m'opposer à la conclusion de mon collègue selon laquelle les dépens ne pourraient pas être payés à même la caisse en l'espèce. Comme je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, les appelants ont droit à tous les dépens contre l'intimée Kerry devant toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LEBEL et FISH sont dissidents en partie.*

*Procureurs des appelants : Koskie Minsky, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Kerry (Canada) Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Solicitor for the respondent the Superintendent of Financial Services: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Association of Canadian Pension Management: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Kerry (Canada) Inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureur de l'intimé le surintendant des services financiers : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*