

3.1.3.1. Considérations générales sur le conflit mobile au plan de l'administration du régime et de l'administration de la fiducie

On peut se demander quand les conflits mobiles peuvent se poser au sujet de l'administration des régimes et des fiducies de retraite. Il faudra ensuite envisager les méthodes et les règles de résolution de ces conflits mobiles.

3.1.3.1.1. Les situations de conflits mobiles relatifs à l'administration du régime et de la fiducie

On est en présence d'un conflit mobile en matière d'administration du régime proprement dit, à l'exclusion des questions relatives à l'administration de la fiducie, lorsque le facteur de rattachement de la loi applicable se déplace dans le temps.

Lorsque la règle de conflit en cause est l'article 3118 C.c.Q. ou l'article 1 de la loi québécoise, puisqu'il n'y a pas de différence entre les droits des parties au régime et son administration au plan de la loi applicable, un conflit mobile peut se produire si le travailleur fixe (ce qui inclut le travailleur frontalier) change de lieu de travail habituel et reste en ce nouveau lieu pour y travailler. Le schéma 2 se trouvant à l'annexe V illustre ces propos. S'il s'agit d'un travailleur mobile ou à domicile, qui ne se présente à aucun établissement de l'employeur pour travailler, le conflit provient du changement du lieu de l'établissement dont il reçoit sa rémunération (article 1 de la loi québécoise) ou du changement de domicile ou d'établissement de son employeur (selon l'article 3118). Dans le cas du travailleur détaché temporairement, étant donné que l'article 1(2°) prévoit que la loi québécoise sur les régimes complémentaires de retraite s'applique au cas du

travailleur domicilié au Québec, qui exécute sa prestation en dehors de cette province pour un employeur dont l'établissement principal est au Québec, il peut y avoir conflit mobile soit si le travailleur change de domicile, soit si l'employeur cesse d'avoir son établissement principal au Québec, alors que le travailleur reste domicilié dans la province.

En matière d'administration de la fiducie, le conflit mobile peut se présenter puisque tous les facteurs de rattachement énumérés dans l'article 3107 alinéa 2 C.c.Q. sont variables, comme le lieu de résidence du fiduciaire, des biens en cause ou celui de l'administration. En effet, l'article 3107 ne détermine pas à quel moment dans le temps concrétiser les facteurs de rattachement dont on doit notamment tenir compte. Ainsi, si le fiduciaire change de résidence ou s'il gère la fiducie dans un autre lieu, on peut penser que le changement de lieu pourrait entraîner un changement de loi applicable puisqu'un bon nombre d'actes d'administration importants se déroulera au nouveau lieu.

Cette possibilité est loin d'être irréaliste étant donné qu'une entreprise interprovinciale peut être restructurée, qu'il peut y avoir fusion, absorption, etc. Les faits de l'affaire *Leco* en sont un bon exemple.

Passons aux méthodes et aux règles de résolution des conflits mobiles en matière de fiducie, au sujet desquelles une question préliminaire se pose s'agissant de la loi applicable à cette méthode. Nous envisagerons ensuite les règles que nous devons utiliser en droit québécois.

3.1.3.1.2. La résolution de conflit mobile en cas d'administration
de la fiducie et la portée de l'article 3108 C.c.Q.

L'article 3108 soumet à la loi applicable à la validité de la fiducie – de manière ambiguë, mais on peut lire l'article 10 de la Convention de La Haye pour en déduire le sens exact – la possibilité et les conditions d'un « remplacement » de la loi applicable à un élément de la fiducie créée par acte juridique, comme son administration. *A priori*, cette règle semble plutôt traiter de la « possibilité », c'est-à-dire du pouvoir du *trustee* de changer la loi applicable au trust pendant son existence. En common law, ce pouvoir n'existe que s'il est indiqué dans l'acte constitutif du trust. Mais les commentaires de l'article 10 de la Convention de La Haye, à l'origine de cet article 3108, disent très clairement que cet article va plus loin²⁷² :

« Il ne se rapporte pas aux changements éventuels que le législateur ou la jurisprudence peuvent apporter au contenu de la loi primitivement applicable [c'est le conflit transitoire de droit étranger]. [...] L'article 10 se rapporte aussi au changement de loi applicable qui peut résulter d'une modification des facteurs à prendre en considération pour le rattachement objectif selon l'article 7 (conflit mobile). »

Les provinces de common law ayant mis en vigueur la Convention de La Haye dans les litiges interprovinciaux (c'est le cas de la majorité des provinces) ont aussi intégré cette règle dans leur droit.

On doit en déduire qu'en droit québécois et dans celui de la majorité des provinces de common law, la possibilité et les

²⁷² A.E. VON OVERBECK, *loc. cit.*, note 246, n° 97 et 98, 392.

conditions d'un conflit mobile résultant d'un facteur de rattachement sélectionné pour déterminer la loi applicable à la fiducie ou à son administration dépendent de la loi applicable à la fiducie. Le schéma 3 se trouvant à l'annexe V illustre ces propos. Ainsi, il ne suffit pas que le facteur de rattachement change, par exemple le lieu d'administration ou le lieu de situation des fonds. Encore faut-il que la loi désignée avant la modification accepte que ce changement matériel ait pour effet de désigner une nouvelle loi. Or, ceci n'est pas évident à accepter puisque le trust, comme le testament, est censé respecter la volonté du constituant. On peut donc expliquer cette solution par le fait qu'en principe, la loi gouvernant la validité et la création du trust correspond à la volonté du *settlor*, comme de nombreux autres éléments du trust, et qu'il est donc logique de soumettre la possibilité de changement de la loi relative au trust et à son administration à cette loi originelle.

Mais cette dernière règle tirée de l'article 3108 alinéa 2 C.c.Q., *a priori* respectueuse des principes du trust et parfaitement compréhensible en cas de choix de la loi applicable à la fiducie, ne nous paraît absolument pas logique en définitive en cas de conflit mobile « objectif ». Comment, par exemple, la loi ontarienne compétente *en vertu des critères québécois* tirés de l'article 3107 alinéa 2 pourrait-elle considérer qu'il y a conflit mobile dans un cas où elle détermine le droit applicable à l'aide d'un autre critère que celui du droit québécois? Cette curieuse règle risque d'entraîner l'utilisation de la clause échappatoire pour appliquer finalement la loi que les conceptions québécoises du conflit mobile désignent.

Dans le domaine des fonds de retraite, si la loi désignée en vertu de l'article 3107 est celle d'une autre province, par exemple la loi ontarienne, il faudra lui demander si une modification des facteurs de rattachement ayant mené au Québec à la désigner entraîne effectivement la compétence de la loi du nouveau lieu, par

exemple la Saskatchewan ou le Québec, où se matérialisent maintenant ces facteurs. Les conceptions de common law, axées sur l'aspect volontaire des trusts, y compris dans le domaine des fonds de pension, et fondées sur le respect intégral de la volonté des constituants, laissent croire que cet effet ne sera accepté par la loi applicable que si le trust le permet expressément, *dans les circonstances jugées pertinentes au Québec pour désigner la loi*, ou s'il est modifié à cet effet, et sous réserve de l'observation de dispositions protectrices, comme celles relatives à l'enregistrement des modifications du régime qui pourraient en découler. En ce sens, les lois des provinces de common law permettent de s'adresser au tribunal pour accepter une modification conventionnelle du trust qui pourrait augmenter les pouvoirs de gestion ou d'administration des *trustees*²⁷³.

En droit québécois, cette règle de l'article 3108 C.c.Q. ne va jouer que lorsqu'il s'agira de déterminer la loi applicable aux trusts volontaires, et non légaux, puisque c'est le domaine de l'article 3107. Ainsi, elle ne jouera que lorsque les lois des provinces de common law seront désignées étant donné que, dans ces provinces, comme nous le verrons plus bas, les trusts créés en application des régimes de retraite sont volontaires, contractuels, « créés par acte juridique », et non légaux, sauf exception.

Par conséquent, du point de vue du droit international privé québécois, nous n'avons pas, dans cette partie, à examiner les conflits mobiles qui porteraient sur une loi étrangère, en matière d'administration de la fiducie : la loi désignée par l'article 3107 dira elle-même quand elle admet un tel conflit et comment le résoudre. Nous examinerons dans la partie relative aux provinces

²⁷³ Voir ainsi l'art. 1(1) de la *Loi sur la modification des fiducies*, L.R.O. 1990, c. V-1, cité dans J. BEAULNE, *op. cit.*, note 243, n° 434.

de common law comment, à titre d'exemple, la loi ontarienne règle les conflits mobiles selon ses conceptions.

De son côté, quand le droit québécois est désigné, c'est-à-dire en principe si l'article 1 de la loi québécoise lui donne compétence, admet-il que la modification du facteur de rattachement pertinent dans le temps entraîne aussi un changement de loi applicable aux fiducies légales et désigne désormais, selon l'article 3107, celui d'une autre province? S'il ne l'admet pas, il n'y aura pas d'effet au changement de circonstances ayant eu lieu après la constitution de la fiducie, car, règle générale, c'est dès ce moment que l'on doit déterminer la loi applicable à son administration.

En principe, une telle modification implique un conflit mobile au plan de l'administration de la fiducie, sauf disposition à l'effet contraire soit en droit civil en général, soit dans la loi québécoise sur les régimes complémentaires de retraite. Il pourrait s'agir soit d'une disposition écartant *de manière générale* les conflits mobiles, soit de règles spécifiques précisant à quel moment tenir compte de la désignation de la loi pour certaines questions particulières.

Pour répondre à la question, on peut se demander si, en situation interne, le Code civil permet au constituant de modifier en général les règles applicables à la fiducie, si l'acte constitutif le permet expressément voire en l'absence d'une telle clause. En effet, si toute modification est interdite afin de protéger les droits des bénéficiaires ou pour une autre raison, on peut en déduire que le conflit mobile ne doit pas modifier la loi applicable à la fiducie, qui devrait rester pétrifiée sous l'empire de la loi qui la régissait lors de sa constitution.

L'article 1280 C.c.Q. dispose en principe que le bénéficiaire ne peut recevoir que s'il remplit les conditions requises par l'acte constitutif et l'article 1284 précise que, pendant la fiducie, il a le

droit d'exiger la prestation prévue selon cet acte constitutif. Les articles 1293 et 1294 prévoient quelques règles touchant les modifications à la fiducie et au patrimoine. Ainsi, le premier énonce que toute personne augmentant le patrimoine fiduciaire en lui transférant des biens peut le faire « en suivant, pour ces augmentations, les règles propres à la constitution d'une fiducie », mais « [e]lle n'acquiert pas, de ce fait, les droits d'un constituant ». Ceci montre que, malgré certaines modifications importantes relatives au constituant et aux fonds fiduciaires, survenues après sa constitution, la fiducie n'est pas soumise à des règles différentes pour autant. Elle reste soumise aux règles de l'acte constitutif original²⁷⁴.

Toutefois, l'article 1294 alinéa 2 prévoit que :

« Si la fiducie répond toujours à la volonté du constituant, mais que de nouvelles mesures permettraient de mieux respecter sa volonté ou favoriseraient l'accomplissement de la fiducie, le tribunal peut modifier les dispositions de l'acte constitutif. »

De plus, selon les articles 1295 C.c.Q. et 762 et suivants C.p.c., un avis de la requête en modification doit être signifié aux intéressés : constituant, comité de retraite et autorité de surveillance.

Le tribunal a donc le pouvoir de modifier exceptionnellement les dispositions de l'acte constitutif de la fiducie si une partie le lui demande, soit s'il s'agit de mieux respecter la volonté des constituants, soit si cela favoriserait l'accomplissement du but de la fiducie, c'est-à-dire le financement des prestations de retraite. En application de cet article 1294, le tribunal pourrait donc dire

²⁷⁴ Voir aussi J. BEAULNE, *op. cit.*, note 243, n° 396, p. 251.

que la loi relative à l'administration d'une fiducie de retraite soumise à l'origine au droit québécois a été modifiée en raison du changement de circonstances quant au lieu de cette administration, à condition que cela favorise son accomplissement, sans transformer son but et sans substituer une nouvelle volonté à celle à l'origine de l'acte constitutif et *sous réserve des règles d'ordre public que l'on trouve dans la Loi sur les régimes complémentaires de retraite*²⁷⁵. Sous réserve de l'ordre public, on peut ainsi penser à un déplacement du lieu d'administration de la fiducie vers un pays « *offshore* » dont la loi permettrait des placements plus risqués mais plus productifs que la loi québécoise.

Implicitement, l'article 1294 reconnaît que la volonté des constituants doit être respectée par le biais de modifications. Ceci laisserait entendre, bien qu'il s'agisse d'une extrapolation par rapport aux textes du Code civil, que les parties constituantes de la fiducie de régime de retraite pourraient elles-mêmes légalement prévoir de manière expresse et précise, ou encore de manière générale, des modifications en cas de changement de loi dû à un conflit mobile. Cette interprétation pourrait correspondre à la fonction de la fiducie, puisque, comme le rappelle judicieusement le professeur Beaulne, il est essentiel de lui faire conserver de la flexibilité pour l'adapter aux circonstances nouvelles²⁷⁶. La question ne concerne que l'administration de la fiducie, non le contenu des droits des bénéficiaires. Le changement du lieu de l'administration pourrait donc s'avérer pertinent à ce niveau administratif, afin de s'adapter aux circonstances, s'il ne s'accompagne d'aucun effet néfaste sur les droits des parties²⁷⁷. Mais en

²⁷⁵ Voir en ce sens J. BEAULNE, *op. cit.*, note 243, n° 405.

²⁷⁶ *Id.*, n° 388.

²⁷⁷ En ce sens, l'article 1294 C.c.Q. énonce qu'il s'agit de favoriser l'accomplissement de la fiducie, en modifiant ses moyens, et non d'en

droit interne, il paraît présomptueux d'affirmer que les constituants peuvent modifier le droit applicable à la fiducie par une clause spécifique en ce sens²⁷⁸.

Il est donc possible en droit interne de tenir compte de la modification des circonstances pour que *le juge* décide que la loi relative à la fiducie a été modifiée par rapport aux circonstances qui existaient lors de sa constitution, en raison d'un conflit mobile.

En tout cas, dans tous les droits, une modification de la loi applicable au régime doit être enregistrée dans la mesure où elle entraîne une modification importante du régime²⁷⁹.

changer l'affectation (J. BEAULNE, *op. cit.*, note 243, n° 401, p. 254), qui reste le financement de prestations de retraite.

²⁷⁸ Plus restrictivement, un auteur (J. BOULANGER, « Le Code civil et la fiducie : impacts en planification fiscale et financière », (1992) 14 *R.P.F.S.* 645, 664; voir aussi, dans un sens un peu différent, D. BRUNEAU, « La fiducie et le droit civil », (1996) 18 *R.P.F.S.* 755, 792) affirme que la fiducie peut comprendre une clause permettant au constituant de prévoir les circonstances dans lesquelles une modification *peut être demandée* au tribunal. Le professeur BEAULNE (*op. cit.*, note 243, n° 410) estime cependant qu'étant donné la rédaction des articles du Code civil et les pouvoirs limités de modification du trust selon le droit de common law, une clause permettant au fiduciaire de le modifier ne serait pas acceptable en droit québécois. Plus radicalement, il nie aussi la possibilité de constituer selon le Code civil une fiducie par acte principal et acte accessoire, ce dernier étant un contrat liant constituant et fiduciaire, dans lequel se trouveraient consignées les règles relatives à l'administration de la fiducie, ce qui permettrait de la modifier sans avoir recours au tribunal (*id.*, n° 416).

²⁷⁹ Ceci correspond d'ailleurs en droit québécois à l'exigence de l'article 1293 C.c.Q., relative au respect des « règles propres à la constitution d'une fiducie ».

3.1.3.1.3. Les règles de résolution des conflits mobiles en matière
d'administration du régime et de la fiducie

En ce qui concerne les règles de résolution des conflits mobiles, si l'on veut s'inspirer des règles du droit transitoire interne, au moins pour en tirer une indication quant à la conception québécoise, ce qui est la méthode que nous avons utilisée dans la partie portant sur les droits des participants et des bénéficiaires, on peut citer l'article 73 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*²⁸⁰, qui se lit ainsi :

« L'administration du bien d'autrui conférée par contrat au gérant de biens indivis ou au fiduciaire avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle est régie par cette loi, de la même manière que l'administration du bien d'autrui confiée par un autre mode. »

Cet article applique donc la loi nouvelle à l'administration du bien d'autrui confiée au fiduciaire. Si l'on transpose cette solution au plan du conflit mobile, on en conclue que la loi du nouveau lieu va régir l'administration de la fiducie et même celle du régime puisque les membres des comités de retraite sont des fiduciaires qui administrent le bien d'autrui dans toutes leurs fonctions, sans distinction étant donné que la loi québécoise ne fait pas de différence entre ces deux aspects des régimes complémentaires de retraite. On peut s'étonner de cette règle et se demander s'il y a vraiment lieu de l'appliquer en cas de conflit mobile relatif à une fiducie, puisque l'application de la loi nouvelle remet en cause les règles de la fiducie et porte atteinte à la volonté du constituant. On comprend que l'on ait voulu accélérer le passage en droit interne vers de nouvelles dispositions spécifiques alors que dans l'ancien droit les règles du mandat s'appliquaient en tant que droit commun

²⁸⁰ Précité, page 22.

et que ces nouvelles règles avaient justement pour but de remédier à cette situation. Mais en droit international privé, on ne voit pas ce qui justifierait cette transposition, même s'il ne s'agit pas de remettre en cause les droits des parties, mais seulement de rendre plus efficace l'affectation des biens. Toutefois, dans la mesure où il s'agit de dispositions impératives, il est normal que la loi nouvelle s'applique soit aux situations qui se créent après qu'elle soit devenue compétente, soit immédiatement aux situations en cours d'effet, donc de manière rétrospective, mais pas de manière rétroactive. Les schémas 2 et 3 se trouvant à l'annexe V illustrent ces propos. Rappelons les trois principales règles que nous avons développées plus haut à partir des conceptions du droit transitoire interne :

1. La loi de la nouvelle localisation n'a pas d'effet rétroactif; elle ne dispose que pour l'avenir. Ainsi, elle ne modifie pas les conditions de création d'une situation juridique antérieurement créée ni les conditions d'extinction d'une situation juridique antérieurement éteinte en vertu d'une autre loi. Elle n'altère pas non plus les effets juridiques déjà produits par une situation juridique sous l'empire d'une autre loi, mais elle régit les effets à venir des situations juridiques en cours. [articles 2 et 3]
2. Dans les situations juridiques contractuelles en cours d'effet lorsque la loi de la seconde localisation devient compétente, la loi ancienne survit lorsqu'il s'agit de recourir à des règles supplétives pour déterminer la portée et l'étendue des droits et des obligations des parties, de même que les effets du contrat, l'exercice des droits, l'exécution des obligations, leur preuve, leur transmission, leur mutation ou leur extinction. [article 4]

3. Les dispositions d'un acte juridique antérieures à la loi nouvelle et qui sont contraires à ses dispositions impératives sont privées d'effet pour l'avenir.

Ces règles générales devraient cependant céder le pas, le cas échéant, à des règles relatives aux conflits mobiles transposées des dispositions transitoires spécifiques contenues dans la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* touchant l'administration du régime et de la fiducie.

Après ces considérations générales sur le conflit mobile au plan de l'administration du régime et de l'administration de la fiducie, appliquons-les plus concrètement dans le cadre de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*.

3.1.3.2. Les conflits mobiles en matière d'administration du régime et de la fiducie dans le cadre de la loi québécoise

Examinons quelques questions particulières en appliquant les principes que nous venons d'énoncer.

3.1.3.2.1. Enregistrement et modification d'un régime de retraite

Nous renvoyons le lecteur au point 2.1.4.2.2.5 relatif aux droits des participants où nous avons déjà traité de certaines règles relatives à la modification du régime.

L'article 26 de la loi québécoise dispose que le comité de retraite doit informer les participants de l'enregistrement d'une modification du régime. Il s'agit d'une règle impérative que l'on peut qualifier comme relative à l'administration du régime ou aux droits des participants. Dans les deux hypothèses de qualification, le conflit mobile pourrait donc se matérialiser si un travailleur fixe changeait de lieu de travail habituel. Ainsi, s'il travaille

habituellement au Québec lors d'une modification du régime, puis qu'il va travailler en Ontario lorsqu'une autre modification a lieu, la loi québécoise s'applique au régime de ce Québécois lors de la première modification et doit être respectée, mais la loi ontarienne s'appliquera pour la seconde. Il en est ainsi parce que la loi québécoise ne voudra plus s'appliquer dès qu'il ne travaillera plus habituellement au Québec, selon l'article 1 de la loi, mais qu'ensuite, par le biais de l'article 3118 C.c.Q., la loi du nouveau lieu de travail habituel deviendra compétente et le restera lors de la seconde modification.

De manière générale, les informations relatives au fond de retraite seront soumises à la loi de la localisation lors de la modification en vertu de notre Règle 3 : il s'agit de dispositions impératives touchant non pas des droits acquis sous l'ancienne loi, mais une situation durable et, à ce sujet, la nouvelle loi s'applique immédiatement, de manière non rétroactive, pour le futur (c'est-à-dire à partir du moment où cette loi devient compétente en vertu du changement de lieu où le travailleur se présente).

La question de savoir si la fin du régime, en cas de radiation, etc., entraîne automatiquement la fin du trust dépend de la loi gouvernant sa validité. En cas de conflit mobile, c'est-à-dire si l'on peut dire que les facteurs pertinents pour déterminer la loi du trust devraient entraîner en théorie un changement de loi applicable, il faudra demander à la loi gouvernant ce trust lors de sa création si elle admet effectivement un tel changement de loi.

Si le trust est créé au Québec, mais que les éléments désignent la loi d'une autre province, par exemple l'Ontario, lorsque le régime prend fin, le droit québécois admettra peut-être le conflit mobile – ce n'est pas certain car, en changeant la loi, on remet profondément en cause la volonté des constituants et peut-être les droits des bénéficiaires – mais pourrait bien considérer qu'on

devrait le résoudre en pétrifiant la loi gouvernant cette question lors de la création du trust. Donc, selon le droit québécois, en vertu des dispositions de la loi, la fin du régime entraînera la fin de la fiducie légale. On pourrait invoquer l'article 1296 C.c.Q., dans le sens où il devient impossible d'atteindre le but de la fiducie dans le futur, puisqu'il n'y aura plus de processus de financement des prestations, plus de cotisations, plus de comité, etc. On appliquera alors, si la loi québécoise est également compétente à l'égard des conséquences de la fin de la fiducie, les articles 204 et suivants, ainsi que ceux relatifs à l'établissement et à la collocation des droits des participants. Il est possible, au contraire, que l'on admette le conflit mobile menant à l'application de la loi de la nouvelle localisation, en se fondant sur l'article 73 L.A.R.C.C., et en considération du caractère impératif des dispositions concernées. Il reviendra donc à la loi ontarienne de déterminer si la fin du régime entraîne aussi celle du trust.

3.1.3.2.2. Financement et solvabilité d'un régime de retraite

Rappelons que l'article 53 du *Règlement général sur les régimes supplémentaires de retraite*²⁸¹ énonce qu'un régime enregistré en vertu d'une législation équivalente à celle du Québec peut se conformer aux normes de solvabilité de cette législation, à condition que « le déficit actuariel initial tienne compte des services des participants au régime employés » au Québec. Même si l'on qualifie ces normes – telles les règles définissant la solvabilité (article 137 L.R.C.R.) et son degré (article 141 L.R.C.R.), ses composantes, actif et passif (article 138 L.R.C.R.), celles relative à l'exigence même de solvabilité (article 137 L.R.C.R.), à la date exigée de solvabilité (article 137 alinéa 1 L.R.C.R.), à ses exceptions (article 139 L.R.C.R.) – de relatives à

²⁸¹ Précité, note 256.

l'administration de la fiducie plutôt qu'à l'administration du régime (ce qui ne nous semble pas justifié), si un conflit mobile se produisait et que l'administration de la fiducie se déplaçait par exemple du Québec en Ontario, ceci n'aurait pas de grand impact sur ces questions puisque le droit québécois, compétent à l'origine, admettrait que l'on respecte plutôt la loi du lieu d'enregistrement (par hypothèse, l'Ontario)²⁸². Toutefois, si le lieu d'enregistrement changeait, l'article 53 du *Règlement général sur les régimes supplémentaires de retraite* permettrait alors que le régime, par hypothèse soumis au droit québécois en vertu de l'article 1 de la loi, se conforme plutôt à la loi du nouveau lieu d'enregistrement lorsque se pose la question relative à la solvabilité (lors de l'insolvabilité, par exemple).

L'obligation de l'employeur de verser les sommes suffisantes pour que le régime soit considéré comme solvable, comme celle énoncée dans l'article 140, et les règles relatives aux « conditions d'acquittement des droits », que l'on trouve aux articles 142 à 146 de la loi québécoise, pourraient aussi être fonctionnellement qualifiées de la même manière, puisqu'elles entraînent des obligations

²⁸² Le seul effet concernerait la condition énoncée plus haut, qui pourrait ne pas exister dans la loi de la nouvelle localisation. Si le Québec avait admis auparavant l'application de la loi ontarienne, celle du lieu d'enregistrement, par hypothèse la condition de l'article 53 R.G.R.S.R. était réalisée, même si elle n'était pas inscrite formellement dans le droit ontarien. Par contre, pour le futur, si l'administration se déplaçait à nouveau dans une troisième province, on devrait alors envisager la résolution du conflit mobile. Dans la mesure où il s'agit de dispositions impératives, et en considération de l'article 73 L.A.R.C.C., la loi de la nouvelle localisation devrait s'appliquer, à condition que cela ne remette pas en cause les droits des participants et des bénéficiaires (puisque le droit québécois n'est pas favorable à la modification de la fiducie qui irait à l'encontre de la volonté des constituants et que ceci risque bien de ne pas favoriser « l'accomplissement de la fiducie »).

de ne pas acquitter les droits, selon les articles 143 et 144 afin de laisser intact un certain degré de solvabilité, bien que l'on puisse y voir des droits et obligations des parties au régime. Dans le cadre d'une qualification « administration du régime », on devrait appliquer la loi du lieu de travail habituel des employés lors de l'événement en cause : obligation de verser les sommes impayées en raison du défaut de solvabilité, acquittement des droits, etc.

Ces deux hypothèses de qualification – administration du régime ou droits des parties – entraîneraient de multiples problèmes si l'on devait appliquer strictement les règles de conflit des lois en cause. D'abord, si l'on peut appliquer la loi du lieu de travail habituel, ancien ou nouveau, à l'obligation de chaque employé de ne pas être payé intégralement en cas d'insolvabilité, il est plus difficile d'interroger plusieurs lois en cas de régime multiprovincial, pour régir celle de l'employeur de verser les cotisations dues. Cependant, pour un comité de retraite, si des Québécois sont en cause selon l'une des hypothèses envisagées dans l'article 1 de la loi québécoise, cela suffit, sans avoir besoin d'appliquer l'article 3118, pour déterminer la ou les lois applicables. Pour l'autorité de surveillance, c'est une autre histoire. Mais il est possible de cumuler ces lois : en pratique, elles exigeront toutes la même chose et, à défaut, il suffira probablement d'appliquer la plus stricte pour respecter les plus souples.

Par ailleurs, si certains employés changent de lieu de travail, mais pas d'autres, doit-on raisonner en terme de conflit mobile pour déterminer la loi relative à l'obligation de l'employeur?

Si l'on y voit des obligations légales sous condition suspensive de verser des sommes (pour l'employeur) ou de ne pas bénéficier intégralement des prestations dues (pour les employés), en cas de conflit mobile, ces règles étant impératives, la loi du nouveau lieu devrait s'appliquer de manière non rétroactive. Mais

précisément, peut-on dire que, par l'effet rétroactif de la condition (l'insuffisance de solvabilité du régime), son arrivée fait naître les obligations dès la constitution du régime, et qu'en conséquence, la loi nouvelle ne pourrait pas les régir puisqu'elle n'était pas compétente à ce moment-là? En ce cas, seule la loi du premier lieu de travail habituel devrait les régir : il y aurait pétrification. Cette solution est certainement plus favorable à la prévisibilité des parties au régime. Elle règle aussi le délicat problème de savoir si l'on doit raisonner en terme de conflit mobile pour l'obligation de l'employeur quand seulement certains employés changent de lieu de travail : il disparaît de toute manière, si la loi régissant ces obligations est pétrifiée lors de la constitution du régime.

Des raisons pratiques mènent à la qualification de ces questions comme relatives à l'administration du régime et à appliquer en conséquence la loi nouvelle (celle du lieu de travail lors du problème d'insolvabilité). Il reste que l'acquittement des droits en cas de solvabilité ou de capitalisation insuffisante du régime peut mener à une perte de droits pour les participants. Il peut donc sembler nécessaire de traiter ces questions comme relatives aux droits des parties et, puisque l'insuffisance d'actif ou de capitalisation est un événement incertain, une condition, le droit applicable devrait être celui du lieu de travail lors de la création du régime.

En tout cas, le fait que le droit québécois permette le respect de la loi du lieu d'enregistrement devrait diminuer l'importance pratique de ces éventuels conflits mobiles, puisqu'il s'agit de la solvabilité du régime.

L'article 118 de la loi québécoise prévoit une règle impérative selon laquelle le régime doit faire l'objet d'une évaluation actuarielle. Comme nous l'avons dit, le conflit peut surgir de divergences, notamment au plan des dates à laquelle l'évaluation doit

avoir lieu. Il s'agit d'administration du régime, donc on appliquera la loi du régime, mais quand y a-t-il conflit mobile et, dans l'hypothèse où il en existe un, à quel moment doit-on fixer la loi qui détermine cette exigence? D'abord, puisqu'il ne s'agit pas d'administration de la fiducie, la loi applicable est celle du régime, donc, mis à part un choix de la loi, il s'agit de celle désignée par l'article 1, pour le comité de retraite quand des Québécois sont en cause, c'est-à-dire en principe quand des travailleurs fixes se présentent à un établissement de leur employeur au Québec ou, s'il s'agit de travailleurs mobiles, quand ils reçoivent leur rémunération de cet établissement. Le changement de lieu de travail ou de rémunération devrait donc entraîner une modification de la loi gouvernant les règles relatives à l'exigence d'évaluation actuarielle. Comme il s'agit de règles impératives, la loi du nouveau lieu devrait s'appliquer pour les exigences actuarielles à partir du changement de lieu, mais la loi de l'ancien lieu devrait s'appliquer aux exigences antérieures.

Mais si seuls quelques employés changent de lieu de travail alors que d'autres demeurent à leurs postes? On envisage assez mal d'obliger le comité de retraite à faire préparer plusieurs évaluations actuarielles selon des normes et des dates différentes, mais ceci est matériellement possible. Cette divergence éventuelle de lois pourrait constituer un motif pour ne pas appliquer la loi de la nouvelle localisation partielle. Dans le cadre de l'article 3118, on peut utiliser l'article 3082 (la clause échappatoire) pour aboutir à ce résultat, selon le nombre d'employés se trouvant encore à l'ancien lieu de travail.

De manière générale, l'article 3082 C.c.Q. pourrait permettre de justifier ponctuellement l'application de la loi du lieu de travail de la majorité des employés ou du lieu d'enregistrement lorsqu'il s'agit des questions d'administration du régime, qui ne s'accommodent pas bien d'une multiplicité de lois compétentes selon les

critères de l'article 3118. Par contre, dès que le comité applique l'article 1 de la loi québécoise, la clause échappatoire du Code civil n'est plus disponible pour justifier le choix du moment pertinent pour concrétiser les rattachements.

La même loi du nouveau lieu régira les mesures déterminant l'organe (comité, administrateur, etc.) qui doit faire préparer le rapport actuariel (comme le prévoit l'article 119 L.R.C.R.).

Les règles relatives au financement des régimes (comme les articles 123, 128, 129 et 130 L.R.C.R. touchant le but et la présentation de l'évaluation actuarielle, l'article 124 déterminant le montant légal de cotisations d'exercice, les articles 126 et 127 définissant le déficit actuariel, l'article 129 relatif à la méthode d'amortissement de ce déficit) font aussi partie des règles d'administration du régime, et suivront par conséquent le même traitement, c'est-à-dire l'application de la loi du nouveau lieu de travail habituel lors de l'évaluation, dans la mesure où il s'agit de règles impératives.

Il en sera de même des règles concernant l'excédent de cotisations versées par l'employeur (article 133 L.R.C.R.) et de celles relatives au versement des montants d'amortissement (articles 134 et 135 L.R.C.R.). Puisqu'il s'agit de règles impératives relatives à l'administration du régime, on appliquera la loi du lieu de travail habituel lorsque l'employeur verse une cotisation supérieure à celle requise, ou, selon le cas, lorsque le montant effectivement versé pour amortir un déficit actuariel est inférieur aux exigences légales. Là encore, si des travailleurs travaillent habituellement au Québec quand l'événement causal se produit, un comité de retraite va appliquer le droit québécois en vertu de l'article 1 de la loi, même si un certain nombre de travailleurs, ayant travaillé au Québec, travaille maintenant en Ontario. Pour ce comité, il est inutile de chercher si une autre loi s'applique puisque

la règle de conflit spécifique de l'article 1 désigne le droit québécois. Pour l'autorité de surveillance, la question est plus délicate, car, au même moment pertinent, il faudrait appliquer de manière cumulative les règles ontariennes dans la mesure où le droit ontarien, ayant résolu en ce sens le conflit mobile, s'applique à cette même question, en raison du fait que des travailleurs se présentent dorénavant habituellement à l'établissement de l'employeur en Ontario. Il reste à espérer que les règles québécoises et ontariennes sont identiques ou compatibles, c'est-à-dire que la plus douce s'estimera respectée par l'observation des mesures de la plus sévère. Mais ce n'est pas certain : l'employeur peut respecter la plus douce et soutenir qu'il n'a rien de plus à faire, notamment parce qu'un nombre plus important de travailleurs se trouve au lieu d'origine de cette législation moins exigeante et que le régime y est enregistré.

Toutefois, rappelons que l'article 95(2) de la loi ontarienne²⁸³ énonce que l'autorité de surveillance de cette province a le pouvoir d'ordonner que, dans le cas d'un régime de retraite qui doit être enregistré en Ontario pour pouvoir y être administré, mais qui serait déjà enregistré dans une province désignée comme ayant une législation équivalente, la législation ontarienne ne s'y applique que de manière limitée et elle peut « autoriser l'application de la loi [de la province] désignée à l'égard du régime de retraite ».

3.1.3.2.3. Administration d'un régime de retraite et de la fiducie ou du trust

Les questions d'administration du régime dépendront soit de la loi québécoise, en application de l'article 1 de la loi, soit de la

²⁸³ Précitée, note 35. Voir à ce sujet H. FRANCIS et C. FRANCIS, « Pensions and Retirement Benefits », *loc. cit.*, note 35.

loi désignée par l'article 3118 C.c.Q. Rappelons que ces règles posent systématiquement des problèmes de détermination de la loi non seulement dans les hypothèses où il n'existe pas de conflit mobile, quand des travailleurs sont employés dans plusieurs provinces à un même moment, mais encore, en cas de conflit mobile, lorsque certains d'entre eux changent de lieu d'emploi

Nous avons vu que, du point de vue du comité de retraite, dès lors que des Québécois sont concernés et donnent compétence à la loi québécoise, selon les circonstances prévues à l'article 1 de la loi, celle-ci doit en principe s'appliquer exclusivement, même si des travailleurs d'autres provinces font partie du même régime, sans utilisation de l'article 3118 C.c.Q. et sans désignation d'une autre loi par la règle de conflit normale. Seules les règles de résolution des conflits mobiles du droit québécois devraient s'appliquer (nous allons les rappeler plus bas). Par contre, si aucun travailleur québécois n'est impliqué, selon l'article 1 de la loi, le comité doit utiliser l'article 3118 C.c.Q. pour déterminer le droit applicable. Voir à ce sujet le schéma 3 à l'annexe V. C'est là une situation très improbable, sinon impossible car on ne voit pas bien pourquoi le comité d'un tel régime serait établi au Québec ou y resterait si plus aucun Québécois n'en est participant. Du point de vue de l'autorité de surveillance, la situation est nettement plus compliquée puisqu'en principe il faut pouvoir concilier l'application de plusieurs lois en même temps et imposer ensuite le respect de cette solution aux comités qui, eux, sont pas liés par l'Accord de réciprocité. En pratique, on sait que la tendance est au respect des seules dispositions de la loi du lieu d'enregistrement, ce qui n'est pas la solution envisagée par l'Accord actuel.

Quant au problème encouru lorsque seuls quelques travailleurs vont travailler en dehors du Québec, mais que d'autres y restent, dans la mesure où ces derniers sont concernés, le droit québécois continuera à s'appliquer et le comité ne tiendra pas compte du

déplacement des autres. Le comité ignorera le conflit mobile. Par contre, pour l'autorité de surveillance, le problème se posera de savoir si elle va continuer d'appliquer les mêmes règles d'administration pour tous les travailleurs ou si elle va devoir changer la loi qu'elle est chargée de faire respecter, selon la volonté et les règles des diverses lois qui seront applicables à ceux qui ont changé de lieu de travail. La pratique de faire respecter uniquement la loi lieu d'enregistrement évite évidemment ce problème délicat, mais ne semble pas fondée sur des règles précises.

Vont également s'appliquer les règles québécoises des conflits mobiles inspirées du droit transitoire, que nous allons rappeler. La loi impérative ou supplétive du nouveau lieu de travail habituel ne pourra revenir sur l'effet juridique rétroactif produit au temps où la loi ancienne était compétente, mais la loi impérative de ce nouveau lieu pourra intervenir immédiatement sur un effet juridique actuel et futur des situations en cause, c'est-à-dire sur un effet juridique à terme (mais non conditionnel, car il serait rétroactivement produit à une période antérieure à la compétence de la loi du nouveau lieu).

Il faut donc savoir si une situation est en cours de formation, est créée, ou si l'effet en cause est un effet passé ou futur d'une situation créée. Rappelons que l'effet d'un acte juridique ne se produit pas nécessairement dès la formation de l'acte, mais lors de l'actualisation des droits conférés par un acte juridique qui peut être un moment ultérieur. Ainsi, les effets instantanés (naissance d'une obligation) de l'acte juridique peuvent se produire au moment de la formation de l'acte ou être reportés jusqu'à la réalisation d'un ou plusieurs événements postérieurs. Un effet pourra donc être créé : 1^o immédiatement, s'il s'agit d'un droit pur et simple; 2^o dans le futur, s'il s'agit d'un droit (ou plutôt, d'une obligation) à terme, ou d'un droit éventuel; 3^o rétroactivement, s'il

s'agit d'un droit conditionnel (d'une obligation sous condition suspensive). Voir à titre d'illustration le schéma 3 à l'annexe V.

Ainsi, seront soumises à ces règles de conflit mobile les questions comme celles relatives à l'article 161 L.R.C.R., imposant au comité de retraite de transmettre à la Régie une déclaration annuelle de renseignements et celles de l'article 165.1 L.R.C.R., imposant au comité de retraite d'aviser la Régie de toute scission ou fusion du régime, ou encore celles de l'article 165 L.R.C.R., impliquant de lui communiquer le nom d'un bénéficiaire introuvable. Il s'agit de règles impératives, donc la loi applicable au régime sera celle du lieu de travail habituel des employés ou celle du lieu de rémunération, selon le cas, lors de la fin de chaque exercice financier (article 161), lors du retrait d'un employeur d'un régime interentreprises ou de la terminaison d'un régime (article 165.1), lors de l'information du comité de la fusion ou de la scission effective ou projetée (article 165.1). En réalité, pour le comité, il suffit que des employés se présentent habituellement au Québec pour que cette loi s'applique, même si d'autres travailleurs se présentent en même temps dans d'autres provinces. Cette remarque concerne aussi toutes les autres dispositions.

Il devrait en être de même des règles relatives au droit du comité d'opérer compensation d'une dette encourue par un participant envers la caisse de retraite, prévues à l'article 163.1 L.R.C.R. si l'on considère, comme nous, qu'il s'agit de l'administration du régime. On appliquera alors la loi du régime, c'est-à-dire celle du lieu de travail habituel des employés ou, le cas échéant, du lieu de rémunération, au moment où la prestation est payable.

Les règles relatives à la convocation par le comité de retraite d'une assemblée des bénéficiaires et participants pour les informer des modifications du régime et de sa situation financière, pour élire

un membre actif et pour rendre ses comptes, que l'on trouve à l'article 166 L.R.C.R., concernent en bonne partie l'administration du régime, même si la reddition de compte est l'un des buts essentiels de cette assemblée annuelle, et devraient par conséquent subir le même régime. Ceci concerne l'obligation de convoquer l'assemblée afin de respecter le droit à l'information, ainsi que ses modalités (droit de vote, etc., article 167 L.R.C.R.). Plus précisément, la loi compétente est celle du lieu de travail habituel (ou de rémunération) des employés du régime lors de la fin de chaque exercice financier, si l'on considère, comme nous le pensons, qu'il s'agit de règles impératives (en ce sens, l'article 166 L.R.C.R. énonce bien que le comité « doit » convoquer l'assemblée). L'article 167 L.R.C.R. s'applique plus spécifiquement si le Québec est le lieu de travail habituel (ou de rémunération) des (ou de certains) employés lors de la tenue de l'assemblée.

Il en est de même des règles comme celles de l'article 193 L.R.C.R., énonçant que la caisse de retraite supporte les frais d'administration provisoire ainsi que celles que l'on trouve à l'article 189 L.R.C.R., disposant que toute modification au régime effectuée par la Régie ou l'administrateur provisoire prend effet à la date de son enregistrement. La loi applicable est alors celle du lieu de travail ou de rémunération habituel des employés au moment où débute l'administration provisoire dans le cadre de l'article 193 L.R.C.R. et celle de la modification (et non celle de l'enregistrement, puisque la question touche aussi l'effet de la modification avant cet enregistrement) dans le cadre de l'article 189 L.R.C.R..

Les règles similaires à l'article 192 L.R.C.R., prévoyant que l'administrateur provisoire doit faire l'inventaire si la Régie le demande et souscrire à une assurance de responsabilité ou fournir une sûreté garantissant son administration, pourraient être classées

dans cette même catégorie, donc suivre le même traitement, bien qu'on puisse aussi y voir une question d'administration de la fiducie, qui suivrait les règles que nous allons énoncer maintenant. Si l'on admet la qualification « administration du régime », comme il s'agit de dispositions impératives, la loi applicable est celle du lieu de travail habituel ou de rémunération des employés dès l'entrée en fonction de l'administrateur provisoire désigné.

Les questions d'*administration de la fiducie* dépendront soit de la loi québécoise, telle que désignée par l'article 1 de la loi, ou d'une loi d'une autre province, désignée selon les articles 3107 et 3108 C.c.Q. Il faudra demander à la loi applicable à la fiducie si elle considère que la modification du ou des éléments de rattachement entraîne un conflit mobile. Pour résoudre ce conflit, on appliquera aussi la loi de la fiducie. Nous n'examinerons donc ici que quelques cas où la loi québécoise s'applique et dans quelle mesure elle résout alors les conflits mobiles dans le cadre des fiducies légales qu'elle prévoit. En considération de la nature impérative des règles en question, et étant donné l'article 73 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, la loi nouvelle (québécoise) s'appliquera immédiatement aux situations en cours, donc de façon rétrospective, mais non de manière rétroactive. Les remords que l'on pourrait éprouver en modifiant la loi applicable à l'administration de la fiducie en raison du respect que l'on devrait porter à la volonté des constituants seront oubliés puisqu'il ne s'agit pas, en principe, de changer les droits des bénéficiaires. Toutefois, on peut se demander dans quelle mesure les règles du droit interne relatives aux modifications de la fiducie par le tribunal devraient intervenir dans le domaine des fiducies légales. Faut-il nécessairement que la modification en raison du conflit mobile favorise l'accomplissement de la fiducie, c'est-à-dire le financement des prestations de retraite? Dans le contexte d'une fiducie créée par la loi, le caractère impératif des règles justifie le

changement puisqu'on suppose que le législateur a nécessairement ce but en tête.

On peut se poser des questions, cependant, lorsqu'il s'agit d'un régime de retraite et d'une fiducie créée dans une autre province, en un lieu où elle est considérée comme volontaire, qui font irruption dans le système juridique québécois parce qu'un jour des travailleurs viennent habituellement travailler au Québec ou parce que l'établissement à partir duquel ils reçoivent leur rémunération s'y installe. Le droit québécois devient compétent pour gouverner le régime et, du même coup, on doit se demander si, aux yeux du droit québécois, l'article 6 L.R.C.R. transforme la nature du trust de manière à en faire une fiducie légale. La réponse est probablement positive selon l'article 1, qui ne distingue pas à ce niveau entre le régime et la fiducie. Dans ce cas, si l'on admet l'application de la loi du nouveau lieu et la modification des règles relatives à l'administration de l'ancien trust²⁸⁴ qui en découle, on peut se demander si la condition de droit interne est remplie (à supposer qu'elle s'applique encore dans ce contexte légal, ce que le Code civil n'écarte pas). Ce sera effectivement le cas dans la mesure où l'application du droit du nouveau lieu favorise son accomplissement. Mais est-ce le cas? On peut sérieusement en douter puisque le conflit mobile se produit simplement du fait du changement de lieu de travail habituel de certains employés, *même si le lieu d'administration du régime ne change absolument pas...* En effet, les facteurs de rattachement de la loi québécoise sont énumérés dans son article 1 et pas dans l'article 3107 ou 3108 C.c.Q. Le conflit mobile en matière de fiducie légale sera donc appréhendé dans ce cadre légal, à la différence de ce qui se passe

²⁸⁴ Maintenant devenu fiducie dans l'ordre juridique québécois, bien qu'il poursuive son existence parallèle en tant que trust dans ceux des autres provinces concernées.

dans les autres provinces canadiennes, où le trust est considéré en principe comme ayant une nature « volontaire ».

En tout cas, les obligations du *trustee* (prudence, accomplissement personnel des devoirs liés à la fonction et pouvoir de délégation, action dans le seul intérêt des bénéficiaires et interdiction de se placer en conflit d'intérêt, etc., que l'on trouve en droit québécois aux articles 151, 152, 158 et 159 de la loi), la responsabilité pour les actions des délégués (article 154 de la loi), la responsabilité solidaire des *trustees* (article 156 de la loi), le droit à une rémunération du *trustee* et le paiement des charges de l'administration (article 162) seront soumis à la loi québécoise dès que l'article 1 de la loi lui donnera compétence, c'est-à-dire quand des travailleurs viendront se présenter habituellement au travail au Québec ou quand un établissement québécois de l'employeur commencera à rémunérer des travailleurs mobiles ou à domicile. Pour les obligations du *trustee*, cela ne devrait pas poser trop de problèmes particuliers. À partir du moment déclencheur (mais qui n'est pas nécessairement pertinent) d'application du droit du Québec, lieu habituel de travail ou de la rémunération, le *trustee* devra respecter les articles de la loi québécoise pour le futur et pour les affaires en cours qui ne sont pas terminées avant ce moment. Pour les affaires déjà réglées avant ce moment, la loi québécoise, même impérative, ne peut jouer de manière rétroactive. Du point de vue du comité de retraite, il devra oublier les règles de la loi du lieu antérieur. En pratique, heureusement, les lois des provinces de common law ne sont pas vraiment différentes à ce sujet. La responsabilité pour les actions du délégué pourrait poser problème si le litige se produit à un moment où les travailleurs sont au Québec, mais pour un acte ayant eu lieu avant le changement. Il en serait de même de la responsabilité solidaire des *trustees* pour un acte ayant eu lieu avant le changement ou pour un problème relatif à la rémunération ou aux dépenses d'administration avant ce changement. Il est évident que la justice

exige qu'une personne ne soit tenue responsable que par rapport à la loi qui existait lors de l'acte en cause. C'est donc la loi de l'ancien lieu qui doit jouer pour les questions de responsabilité. Ces obligations légales dépendent de la loi ancienne si l'acte créateur d'obligation s'est déroulé avant qu'elle ne devienne incompétente. Pour la rémunération du *trustee* et le remboursement des dépenses d'administration, la loi du nouveau lieu de travail habituel ou de rémunération s'appliquera aux actes et dépenses qui se produisent depuis qu'elle est devenue compétente.

On ne voit pas bien en quoi le facteur de rattachement de la loi québécoise serait pertinent : la modification du lieu d'administration serait certainement plus logique. Ce dernier rattachement découlera de l'application de l'article 3107 C.c.Q.

La loi québécoise du nouveau lieu de travail habituel ou de rémunération (l'article 163 L.R.C.R. énonçant que le remboursement ou le paiement de prestation effectué par le comité est libératoire lorsqu'il se fonde sur les renseignements transmis et qu'il agi conformément au régime, ou l'article 164 L.R.C.R. permettant au comité de se libérer de ses devoirs en déposant devant un tiers une somme revendiquée par plusieurs personnes pour un même droit acquis au titre du régime) s'appliquera aux remboursements et aux dépôts devant un tiers des sommes en litige, effectués après le changement de lieu.

De même, les questions relatives aux personnes capables de placer les sommes en cause et selon quelles normes (articles 168, 171, 171.1, 172 à 179 L.R.C.R.) seront soumises au droit québécois lorsqu'il s'agira de placements effectués après le changement de lieu de travail habituel ou de rémunération. L'obligation de se doter d'une politique de placement (article 169 L.R.C.R.) et son contenu (article 170) dépendront du droit québécois à partir du

moment où le lieu habituel du travail ou de rémunération des employés sera le Québec.

Les sanctions d'un placement illégal (annulation en justice par l'autorité de surveillance ou une personne intéressée) et la responsabilité de celui qui effectue un placement non conforme à la loi dépendront, pour les placements effectués avant le changement de lieu habituel de travail ou de rémunération, de la loi du lieu d'origine, et de la loi québécoise (articles 181 et 180) pour les placements effectués après ce changement de lieu.

Le droit aux honoraires ou à une commission par les administrateurs du régime sera soumis au droit québécois (article 182 L.R.C.R.) pour les actes accomplis depuis le changement de lieu habituel de travail ou de rémunération, alors que les actes accomplis avant ce changement de lieu dépendront de la loi du lieu de l'administration de la fiducie, déterminée selon l'article 3107 C.c.Q.

3.1.3.2.4. Scission et fusion d'un régime de retraite

Si l'on accepte l'idée que les règles impératives relatives à la scission et à la fusion d'un régime ainsi qu'à leurs conditions, comme celles de l'article 194 L.R.C.R., subordonnant la scission et la fusion à une décision de l'autorité de surveillance, appartiennent à l'administration du régime, en cas de conflit mobile, la loi du nouveau lieu (le Québec) va s'appliquer à toute scission ou fusion qui doit se produire après le changement de lieu habituel de travail ou de rémunération. De la même manière, le droit québécois cessera de s'appliquer à toute scission ou fusion devant avoir lieu après que le lieu habituel de travail ou de rémunération aura été modifié pour se situer en dehors du Québec.

La règle de l'article 197 L.R.C.R., relative aux conditions d'adhésion en cas de scission ou de fusion, porte sur les droits des participants. Il s'agit aussi d'une règle impérative. Elle s'appliquera après le changement de lieu habituel de travail ou de rémunération au Québec, à toute scission ou fusion postérieure à ce moment, mais jouera de manière à tenir compte rétrospectivement de la rémunération reçue ou des heures de travail effectuées avant la scission ou la fusion, même si cette rémunération ou ces heures se sont accomplies avant le changement de lieu de travail ou de rémunération.

Les règles de droit administratif qui déterminent à quelles conditions et selon quels critères l'autorité de surveillance peut accorder son autorisation, comme celles prévues aux articles 195 et 196 L.R.C.R., appartiennent à la même catégorie de règles relatives à l'administration du régime et joueront dès le moment où cette autorité devra rendre une décision, c'est-à-dire dans les conditions décrites plus haut au sujet de l'article 194 L.R.C.R..

3.1.3.2.5. Liquidation des droits des participants et affectation de l'excédent d'actif

3.1.3.2.5.1 Liquidation des droits des participants

Les conditions exigées par la loi pour qu'un employeur se retire d'un régime interentreprises, comme la modification du régime, l'approbation de cette modification, la date, prévues en droit québécois à l'article 198 de la loi, le rôle du comité à cette occasion (article 199 L.R.C.R.), ses obligations de publicité auprès de l'autorité de surveillance (articles 201 et 202 L.R.C.R.) et son obligation d'exiger de l'employeur le versement des cotisations impayées appartiennent à l'administration du régime. Toutes ces

règles impératives s'appliquent si le retrait visé a lieu une fois le lieu de travail habituel ou de rémunération situé au Québec.

Les obligations impératives du comité d'informer les participants et les bénéficiaires (article 200 L.R.C.R.) du retrait d'un employeur d'un régime interentreprises appartiennent à la catégorie des droits des parties au régime et les règles québécoises jouent pour tout retrait projeté à partir du moment où le lieu de travail habituel ou de rémunération est situé au Québec.

Les règles prévues à l'article 203 L.R.C.R., énonçant quand la Régie ne peut autoriser la modification du régime – respect des conditions de la loi au plan des documents d'information, versement des cotisations dues par l'employeur, etc. – sont du droit administratif et s'appliquent dès que la Régie doit rendre une décision en vertu du droit québécois, c'est-à-dire pour toute décision visant le retrait d'un employeur d'un régime interentreprises projeté pour une date postérieure au changement du lieu de travail habituel ou de rémunération pour le Québec.

Les règles déterminant les pouvoirs de la Régie de mettre fin à un régime de retraite, appartenant à la catégorie de normes relatives à l'administration du régime, telles celles de l'article 205 L.R.C.R., sont du droit administratif et s'appliquent aussi lorsque les circonstances prévues (omission du comité de retraite de se conformer à une ordonnance, défaut de l'employeur de percevoir les cotisations salariales ou de les verser, etc.) se produisent une fois le lieu de travail habituel ou de rémunération situé au Québec.

Les règles relatives au droit de l'employeur de mettre fin au régime, comme celles de l'article 204 de la loi québécoise le soumettant aux dispositions du régime et à l'obligation de transmettre un avis de terminaison aux participants et bénéficiaires, dépendent de la loi gouvernant les droits des parties au régime et

s'appliquent si cet employeur veut mettre fin au régime une fois le lieu de travail habituel ou de rémunération situé au Québec.

Les règles impératives relatives aux obligations du comité de retraite en matière d'information de l'employeur, des participants et des syndicats, telles celles de l'article 207.1 à 207.4 de la loi québécoise, appartiennent aussi à la catégorie des droits des parties au régime et s'appliquent si le comité de retraite reçoit un avis de terminaison de la part de l'employeur une fois le lieu de travail habituel ou de rémunération situé au Québec.

De même, les règles impératives de l'article 207.6 de la loi, touchant l'interdiction de modifier le régime après la date de terminaison, sauf pour augmenter les prestations, sont relatives aux droits des parties et s'appliquent si la terminaison du régime a lieu une fois le lieu de travail habituel ou de rémunération situé au Québec.

Les règles impératives qui se trouvent énoncées aux articles 211, 212, 216 et 217 L.R.C.R. appartiennent aux droits des parties et s'appliquent lorsque l'événement déclencheur de la règle se produit une fois le lieu de travail habituel ou de rémunération situé au Québec. Cet événement est la terminaison du régime pour l'article 211, la terminaison ou le retrait d'un régime interentreprises pour l'article 212, probablement la date d'acquittement des droits pour l'article 216 et la terminaison ou le retrait d'un régime interentreprises pour l'article 217. On notera que ces règles assez techniques vont jouer rétrospectivement puisque, pour déterminer certains effets juridiques à partir de l'événement déclencheur, elles font référence à des faits (par exemple la prise d'effet d'une modification pour l'article 217) qui se sont produits à des périodes ou à des dates antérieures à celle où la règle s'applique. Mais, dans tous ces cas, il s'agit de situations juridiques en cours de formation ou d'effet, qui n'ont pas déroulé tous

leurs effets sous l'empire d'une loi antérieure. Il n'y a donc pas de rétroactivité.

Les règles impératives d'acquittement et de collocation des droits en cas de retrait d'un employeur d'un régime interentreprises ou de terminaison d'un régime, que l'on trouve à l'article 218 de la loi, ne semblent concerner que l'ordre de paiement, donc l'administration du régime. Mais le dernier alinéa de cet article énonce qu'en cas d'insuffisance d'actif, l'acquittement se fait au prorata de la valeur des droits de chacun des participants ou bénéficiaires colloqués au même rang. Ceci touche clairement les droits des parties au régime, de même, en réalité, que les autres règles de collocation du même article. En conséquence, on applique les règles québécoises en cause si le retrait ou la terminaison du régime a lieu après que le lieu de travail habituel ou de rémunération se soit déplacé vers le Québec.

L'article 228 L.R.C.R. définit la dette de l'employeur en cas de manque d'actif lors du retrait d'un employeur d'un régime interentreprises ou de la terminaison d'un régime. L'article 229 L.R.C.R. affirme le principe de l'obligation de l'employeur de payer sa dette lors de la détermination, c'est-à-dire lors de la terminaison du régime. Enfin, l'article 230 L.R.C.R. énonce que les sommes ainsi versées par l'employeur sont utilisées pour acquitter les droits des participants selon l'ordre de collocation établi par la loi. Toutes ces règles impératives appartiennent à la catégorie des obligations des parties au régime. Elles s'appliquent donc si le retrait ou la terminaison du régime a lieu après que le lieu de travail habituel ou de rémunération se soit déplacé vers le Québec.

La règle impérative de l'article 236 L.R.C.R., énonçant que les droits d'un participant visé par la terminaison d'un régime de retraite doivent être acquittés par transfert, ne touche pas l'étendue

même de la prestation, mais son mode d'acquisition. On peut y voir une question de droits des parties plutôt que d'administration du régime. Elle s'applique donc si le retrait ou la terminaison du régime a lieu après que le lieu de travail habituel ou de rémunération se soit déplacé vers le Québec.

L'obligation impérative de garantir une rente acquise au titre du régime de retraite, en cas de terminaison de celui-ci, et dont le service est en cours lors de cette terminaison, prévue en droit québécois à l'article 237 de la loi, doit être également qualifiée comme une question d'obligation des parties au régime le droit québécois s'applique si la terminaison du régime a lieu après que le lieu de travail habituel ou de rémunération se soit déplacé vers le Québec.

Les règles impératives relatives au défaut de faire valoir ses droits de la part d'un bénéficiaire du régime, telles celles des articles 238 et 238.1 de la loi, appartiennent aussi aux droits des parties au régime. Elles jouent si la terminaison du régime a lieu alors que le Québec est devenu le lieu de travail habituel ou de rémunération d'employés participant au régime.

Les règles impératives régissant la méthode d'évaluation de l'actif du régime, telles que celles de l'article 212.1 de la loi, appartiennent à l'administration du régime. On applique le droit québécois si la terminaison du régime a lieu après que le Québec soit devenu le lieu de travail habituel ou de rémunération d'employés participant au régime.

Les règles impératives relatives au processus d'acquittement des droits, telles celles des articles 209.1, 210 et 210.1 de la loi québécoise sont en principe des règles relatives à l'administration du régime ou du trust. Dans l'hypothèse de la première qualification, elles jouent, selon la règle en cause, si l'autorisation de la Régie (pour l'article 209.1), la réception du rapport de

terminaison (pour l'article 210 alinéa 1 à 3) ou la terminaison elle-même (pour l'article 210 alinéa 4), ou l'expiration du délai prévu à l'article 207.5 (pour l'article 210.1) a lieu après que le Québec soit devenu le lieu de travail habituel ou de rémunération de participants au régime. Toutefois, s'il s'agissait de règles relatives à l'administration de la fiducie, toujours en vertu de l'article 1 de la loi, étant donné qu'il s'agit de règles impératives et que l'article 73 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* favorise la loi nouvelle, elles devraient s'appliquer de la même manière rétrospective ou immédiatement, mais pas dans le cas d'effets qui se seraient totalement passés avant que le Québec ne devienne le lieu de travail habituel ou de rémunération de participants au régime. Toutefois, il faudrait excepter de cette application rétrospective les cas où les droits des bénéficiaires en seraient touchés. De plus, dans cette seconde hypothèse de qualification, on pourrait certainement critiquer le changement de loi en matière d'administration de la fiducie, alors que le lieu de cette administration n'a pas changé, du seul fait de la modification du lieu de travail habituel ou de rémunération des bénéficiaires en cause, car ces facteurs ne sont absolument pas pertinents. On peut alors douter du respect du principe selon lequel la modification de la fiducie par l'application du droit du nouveau lieu favorise son accomplissement. Toutefois, il n'est pas certain que cette règle du Code civil (article 1294) s'applique aussi aux fiducies légales ou aux conflits mobiles ni, de toute manière, que cette qualification soit la meilleure.

Les règles impératives des articles 220 à 227 L.R.C.R., touchant la répartition de l'actif d'un régime en cas de terminaison partielle d'un seul régime ou de terminaison totale d'un régime interentreprises, devraient être traitées comme des questions d'administration du régime, et non de la fiducie. Elles s'appliquent en conséquence si la terminaison en cause se produit alors que le

Québec est devenu le lieu de travail habituel ou de rémunération d'employés participant au régime.

3.1.3.2.5.2. Affectation de l'excédent d'actif

Les questions qui se posent à ce sujet sont relatives aux droits des parties au régime. Mais les droits relatifs aux surplus peuvent être analysés soit au plan contractuel, par le biais du régime (pour déterminer l'existence de l'obligation de verser effectivement les cotisations dans le cadre d'un litige relatif aux congés de cotisations, celle d'utiliser les sommes en cause au bénéfice des employés, dans le cadre d'une stipulation pour autrui, etc.), soit au plan de la fiducie (pour savoir quels sont les droits réels ou les pouvoirs des parties sur ces sommes). Comme le disait la juge Deschamps en Cour d'appel dans *TSCO of Canada Ltd. c. Châteauneuf*, le droit de propriété des surplus est « assujéti à certaines restrictions qui découlent tant du contrat que de la loi »²⁸⁵.

Les questions directement relatives à la propriété des surplus relèvent normalement de la loi gouvernant, selon les cas, le trust ou la fiducie. Les dispositions applicables viennent de la loi désignée soit par l'article 3107 C.c.Q., s'il s'agit d'une autre loi que la loi québécoise, soit de la loi québécoise par l'article 1 de la loi. Au plan du conflit mobile, s'il s'agit de règles impératives québécoises, elles vont s'appliquer de manière rétrospective ou immédiatement pour les situations en cours d'effet ou de création dès que le Québec sera devenu le lieu de travail habituel ou de rémunération d'employés du régime. Si la loi québécoise n'est pas compétente, celle désignée selon les articles 3107 et 3108 C.c.Q., à l'origine de la situation, devrait disposer, selon l'article 3108 alinéa 2, si elle

²⁸⁵ Précitée, note 13, 636, 708.

admet que la modification des éléments sélectionnés *par le droit québécois* pour désigner cette loi applicable à l'administration entraîne un conflit mobile, selon ses conditions.

Mais si la prétention touche la question de savoir si le régime entraîne des restrictions au droit de propriété ou au droit découlant de l'existence du trust, par exemple s'il oblige l'employeur à décaisser les contributions, permet directement que les surplus aillent à l'employeur ou un amendement dans ce sens, on doit la régler, en principe, selon la loi contractuelle désignée en vertu de la règle de conflit applicable aux droits des parties au régime. Au plan du conflit mobile, s'il s'agit de règles impératives québécoises, elles vont s'appliquer de la même façon immédiatement, de manière éventuellement rétrospective, mais non rétroactive. S'il s'agit de la loi d'une autre province, le conflit mobile pourra être résolu selon les règles que nous avons proposées dans la partie consacrée à ces conflits touchant les droits des participants et des bénéficiaires (on distingue selon qu'il s'agit de dispositions impératives ou non, etc.).

Mais la loi entraîne de très larges restrictions impératives au droit de propriété, à celui découlant de l'existence du trust ou aux droits contractuels énoncés dans le régime. Toutes ces mesures légales sont relatives aux droits des parties au régime, sauf exception (lorsqu'il s'agit par exemple d'imposer au comité de retraite l'obligation d'informer la Régie des rentes : on est alors dans l'administration du régime). Ces règles, généralement de nature impérative, de la loi du régime vont s'appliquer immédiatement, ou de manière rétrospective. Ainsi, celles du droit québécois deviennent applicables dès que des employés travaillent habituellement au Québec ou y reçoivent leur rémunération à partir d'un établissement de l'employeur qui y est situé, pour toutes les questions relatives à la création immédiate des droits et aux effets futurs des situations en cours, mais non à leurs effets passés ni à

des droits créés et déjà acquis sous l'empire de la loi du premier lieu de travail, avant que le déplacement au Québec n'entraîne la compétence du droit québécois selon l'article 1 de la loi.

On doit donc se demander si l'application du droit québécois à partir du changement de facteur de rattachement ne serait pas contraire à la règle interdisant la rétroactivité de la loi impérative, si certains droits étaient créés lors de la constitution du régime ou lors de l'adhésion à celui-ci. Distinguons, à ce sujet, le cas de l'affectation des surplus au congé de cotisation de l'employeur de celui du retrait pendant et en fin de régime, puisque le droit québécois interne prévoit des règles différentes dans ces deux cas.

3.1.3.2.5.2.1. Affectation de l'excédent au congé de cotisation de l'employeur

En droit québécois, depuis le 1^{er} janvier 2001, les articles 146.1 à 146.3 L.R.C.R. énoncent certaines conditions légales pour que l'employeur ait le droit d'affecter l'excédent d'actif à des congés de cotisation : il faut un excédent à la date de la dernière évaluation actuarielle (article 146.1), tel que défini en fonction des méthodes d'évaluation légales (article 146.2). Cette affectation doit cesser dès que l'excédent disparaît (article 146.3). Ces règles, de même que celles relatives à la définition de l'excédent d'actif, à sa méthode d'évaluation, à la durée de l'affectation, au droit lui-même d'affecter cet excédent aux congés de cotisation, à ses conditions, telles que celles de l'article 146.5 (nécessitant expressément une modification du régime, faisant suite à une proposition de l'employeur acceptée par les syndicats), celles de l'article 146.7, 146.8 et 146.10, relatives aux dates de prise d'effet et aux mesures de présentation formelle dans le régime de cette modification, appartiennent aux droits des parties et non à l'administration du régime ou de la fiducie. Il en est également de

celles de l'article 146.6, exigeant que le comité de retraite fournisse des informations aux personnes concernées.

Selon le droit québécois, il faut soit, implicitement, une clause dans le régime permettant un congé de cotisation, soit un accord postérieur pour « confirmer » ce droit, suivi d'une modification du régime. Ces règles supposent que la propriété des surplus ait déjà été déterminée entre les parties au régime, car la loi n'en traite pas directement. Celle-ci ne se préoccupe pas de cet aspect de la situation et se concentre sur l'énonciation de conditions contractuelles et légales (au plan de l'information, de la présentation formelle – les règles doivent se trouver dans une section spéciale du régime, « facilement identifiable », article 146.10 – etc.) minimales que le régime doit contenir, à défaut de quoi on peut supposer que l'affectation de l'excédent d'actif aux congés de cotisation serait illégale²⁸⁶.

S'il s'agit de règles impératives – ce qui n'est pas certain pour toutes, étant donné que l'article 146.4 ne dit pas qu'il faut confirmer le droit en question pour l'exercer, s'il existe déjà une clause claire en ce sens dans le régime le 1^{er} janvier 2001 – elles doivent s'appliquer si un employeur veut « confirmer » son droit à acquitter ses cotisations en affectant l'excédent d'actif d'un régime en vigueur le 31 décembre 2000 lorsque à cette date le Québec était le lieu de travail habituel ou de rémunération d'employés participant à ce régime.

²⁸⁶ Mais ce n'est pas certain car au sujet du sort des excédents d'actif pendant que le régime se poursuit, on ne trouve pas de disposition, similaire à l'article 230.3 L.R.C.R. en cas de terminaison du régime, disposant qu'à défaut de proposer une entente, l'employeur serait réputé avoir renoncé à ces surplus.

Toutefois, s'il s'agit d'un cas où le régime comprend une clause claire, ou jugée claire, avant que le Québec ne devienne ce lieu, et que l'employeur ne confirme pas son droit, sera-t-il néanmoins sujet au droit québécois – selon lequel il a ce droit puisque rien ne l'interdit – depuis l'arrivée des travailleurs au Québec? On pourrait soutenir qu'il était déjà acquis avant et donc que la loi du lieu de travail habituel lors de la création de ce droit devrait le régir. Rappelons en ce sens que, dans l'affaire *TSCO of Canada Ltd. c. Châteauneuf*²⁸⁷, au sujet de congés de cotisation de l'employeur, le juge LeBel, considérant que les droits relatifs à l'excédent d'actif étaient déjà prévus en faveur des employés dans le régime à l'origine, même s'ils étaient conditionnels à l'existence d'un excédent lors de la terminaison du régime ou lors du retrait, a affirmé :

« [...] cette utilisation ne respecte pas la nature du régime et viole les droits acquis par les employés aux surplus. Il faut bien comprendre la nature de ces droits dans le droit des obligations québécois. Leur quotité n'était pas établie. Nul employé, pendant la durée du plan, ne pouvait réclamer une portion précise de la caisse. [...] Cependant, bien qu'ils aient été suspendus dans la réalisation à la survenance de certains événements, à l'accomplissement de diverses hypothèses, le régime créait des droits conditionnels au sens donné à ce terme en droit civil québécois. [...] Toute conditionnelle qu'elle soit, cette obligation constitue un droit, qui fait partie du patrimoine du créancier, bien qu'il ne soit pas susceptible d'exécution avant l'arrivée de la condition ».

La réalisation de cette condition fait rétroactivement naître des droits au partage lors de la création du régime (ou lors de la

²⁸⁷ Précitée, note 13, 637.

dernière modification légale) et le droit applicable à ce moment régit la validité de la modification du régime et de l'affectation des surplus.

On l'a dit, on pourrait avancer au contraire que, malgré cette fiction de rétroactivité, le droit à l'attribution d'actif s'actualise lors de l'existence des surplus, donc que la loi du lieu de travail au moment de l'actualisation du droit (au terme) doit régir cette question. Voir à ce sujet le schéma 4 à l'annexe V. Dans cette affaire, les seules règles en cause en définitive étaient des règles conventionnelles du régime, touchant les droits des parties, incluant, selon les juges, une stipulation pour autrui en faveur des employés, sans que la loi ne soit intervenue pour les modifier. En conséquence, dans cette situation purement contractuelle, du point de vue du droit transitoire, dont on peut transposer en principe les solutions au plan du conflit mobile, la seule loi applicable est bien celle à l'époque de la création du régime²⁸⁸, ou lors de la conclusion de l'acte valant stipulation pour autrui entre l'employeur et la personne chargée de gérer la caisse.

Ainsi, même si les dispositions légales des articles 146.1 à 146.10 L.R.C.R. n'existaient pas lorsque la Cour d'appel a émis une décision dans l'affaire *TSCO*, même si rien n'était prévu dans la loi sur ce sujet, le fait que ces règles nouvelles ne touchent que le pouvoir de confirmer ce droit, sans rendre cette confirmation obligatoire, et qu'il soit donc possible d'analyser la question en se fondant sur les dispositions contractuelles du régime – en invoquant éventuellement l'existence d'une stipulation pour autrui devenue irrévocable, donc empêchant toute modification du régime en faveur de l'employeur, analyse probablement dépassée et faisant double emploi, à notre avis, avec l'existence d'une

²⁸⁸ En faveur de cette date, en droit interne, voir J. LAURENT, *loc. cit.*, note 16, 997.

fiducie et d'un patrimoine fiduciaire, excluant le droit de révocation de cette fiducie, et faisant sortir définitivement les cotisations du patrimoine de l'employeur²⁸⁹ – font que ce raisonnement pourrait encore maintenant écarter l'application du droit québécois à la question des congés de cotisation relatifs à un régime auquel des employés, actuellement au Québec, participaient avant dans une autre province. De même, cependant, si des Québécois se présentent maintenant au travail en Ontario alors que le droit de l'employeur aux congés de cotisation avait été créé, accordé ou refusé avant le changement du facteur de rattachement, la loi ontarienne devrait céder la place au droit québécois, du moins en ce qui concerne ces travailleurs.

Si la loi ontarienne voulait s'appliquer quand même, parce que, par exemple, d'autres travailleurs participant au même régime se présentaient en Ontario lors de la création du droit aux congés de cotisation, il faudrait éventuellement cumuler les règles des deux lois, du point de vue de l'autorité de surveillance. Cela pourrait se faire si l'on pouvait calculer la part de l'excédent d'actif dû aux Québécois (comme les employés l'ont fait dans l'affaire *Leco*) et si l'on applique le droit québécois pour déterminer le sort de cette partie du surplus, le reste étant sujet au droit ontarien.

Par ailleurs, si l'on analysait les clauses que l'on trouve dans les régimes complémentaires de retraite créés dans les provinces de common law transférant des fonds de manière révocable ou non en faveur des employés comme des dispositions relatives à des trusts volontaires (ce qu'elles sont effectivement), on peut avancer qu'il

²⁸⁹ Voir de même J. LAURENT, *loc. cit.*, note 16, 985 (au sujet de la stipulation pour autrui) : « La doctrine nous présente ce mécanisme pour expliquer les droits et les obligations des parties à un “trust” de common law. »

faudrait appliquer la loi désignée par l'article 3107 C.c.Q., celle du lieu d'administration, de résidence des *trustees*, etc. (selon les critères sélectionnés dans cet article) et appliquer cette loi gouvernant le trust au moment de l'affectation projetée de l'excédent aux congés. En effet, puisque, dans ce cas, il ne s'agit pas d'un contrat, mais d'une situation de fiducie, touchant plutôt le droit de propriété ou les pouvoirs sur les fonds (c'est la conception de common law, mais celle du droit québécois est plus floue puisque le patrimoine fiduciaire n'appartient à personne), la règle permettant l'application de la loi de manière rétrospective pourrait mener à la loi du nouveau lieu du trust lors de cette affectation car il s'agit de régir un effet actuel d'une situation (créée sous l'empire d'une autre loi) qui se produit alors que la loi du nouveau lieu est devenue applicable. Cette analyse écarte les préoccupations que l'on trouve exprimées à l'article 4 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* ayant mené à conserver la portée et l'étendue des obligations des parties, ainsi que les effets d'un contrat, sous l'empire de la loi ancienne, puisqu'il ne s'agit pas d'un contrat, ni d'une situation juridique contractuelle. Toutefois, étant donné l'importance de l'idée de respect de la volonté des constituants d'un trust, découlant de la rédaction d'un acte juridique (même s'il est unilatéral, ce qui n'est d'ailleurs pas le cas dans notre domaine quand le régime est contributif) et que l'on trouve exprimée dans toutes les règles de cette institution, il ne nous paraît pas souhaitable d'adopter cette solution, au moins en droit international privé, dans les cas de conflit mobile.

3.1.3.2.5.2.2. Utilisation des surplus pendant le régime et en cas de terminaison

Pendant que le régime continue d'exister, en droit québécois selon l'article 210.1, alinéa 3 L.R.C.R., l'employeur ne peut pas retirer de surplus, même s'il en démontre la propriété et même s'il

existe une clause claire à cet effet dans le régime. Puisqu'il s'agit d'une question relative aux droits des parties au régime, et que cette règle est impérative, elle s'applique pendant que le régime est soumis au droit québécois, c'est-à-dire dès que des travailleurs se présentent habituellement au Québec ou reçoivent leur rémunération à partir d'un établissement qui y est situé. Pour éviter l'application du droit québécois et donner compétence à la loi plus permissive du lieu ancien, l'employeur pourrait cependant invoquer l'argument, présenté en Cour d'appel dans l'arrêt *TSCO*, qu'il aurait un droit acquis depuis la création du régime ou depuis la modification légale de celui-ci, en raison de l'effet rétroactif de la condition d'existence de surplus. On pourrait répondre, assez narquoisement, que la loi interdit seulement le *versement* du surplus, et que cette règle joue dans le temps dès que l'on cherche à obtenir ce versement, alors que des participants au régime se présentent habituellement au Québec pour y travailler ou y reçoivent leur rémunération, et non au moment de la création du droit lui-même, parce qu'elle ne touche pas au droit mais à sa mise en œuvre. Mais il n'est pas certain que les juges admettent cet argument, qui revient au fond à soutenir que la question touche l'administration du régime plutôt que les droits des parties.

En cas de terminaison du régime, l'article 230.0.1 L.R.C.R. définit l'excédent d'actif et l'article 230.1 détermine les conditions légales d'attribution d'un tel excédent (application des dispositions soit d'une convention déjà passée, d'une entente à venir entre les parties au régime, d'une sentence arbitrale si le régime est établi en vertu d'une convention collective d'une déclaration de l'employeur acceptant d'attribuer tout l'actif aux participants et aux bénéficiaires au prorata de la valeur des droits de chacun; transmission au comité de retraite et à la Régie d'une déclaration des parties attestant que la répartition se fera en application de cette sentence ou convention). Toutes les questions relatives à ces dispositions impératives ou à des règles similaires dans d'autres législations

relèvent des droits des parties. On devrait donc appliquer la loi québécoise au sort de tout excédent d'actif qui se manifesterait après que le Québec soit devenu le lieu de travail habituel ou de rémunération d'employés du régime lors de sa terminaison. On pourrait toutefois objecter que les droits des parties sont nés lors de la création du régime, ou lors d'une modification de celui-ci, pour laisser la situation sous l'empire de la loi de l'ancienne localisation. Mais la loi considère l'existence d'une convention comme un fait pour ajouter des conditions légales supplémentaires au droit de retrait des surplus. Donc on ne peut plus dire que le droit de retrait découle seulement des obligations conditionnelles à l'existence d'un surplus, créées par la volonté des parties, comme l'affirmait le juge LeBel dans l'arrêt *TSCO*. L'application de la loi du nouveau lieu (du droit québécois dans notre hypothèse) n'est donc pas rétroactive, mais seulement rétrospective.

Il en est de même pour les règles comme celles de l'article 230.1.1 L.R.C.R., déterminant le sort d'un surplus se développant après la date de terminaison du régime (voir à titre d'illustration le schéma 4 à l'annexe V), de celles de l'article 230.2 L.R.C.R., imposant à l'employeur de présenter au comité et à la Régie un projet d'entente et énumérant les méthodes essentielles de répartition admises, de celles de l'article 230.3 L.R.C.R., énonçant qu'à défaut de présenter une telle entente, l'employeur est réputé avoir renoncé à tout droit dans l'excédent d'actif, de celles de l'article 230.6, 230.7 et 230.8 L.R.C.R., énonçant l'effet du projet d'entente en cas d'opposition des participants au régime et d'expiration des délais d'opposition de leur part, disposant que les parties peuvent aller devant un arbitre et les modalités du recours à l'arbitrage. Les règles de l'article 230.7 L.R.C.R., précisant que le comité doit informer les intéressés de la réalisation des conditions autorisant le recours à l'arbitrage, appartiennent aussi aux droits des parties. Les règles de l'article 230.4, imposant au même comité des mesures d'information des personnes concernées et précisant

les délais pour qu'elles puissent faire valoir leurs droits, dépendent de la loi du lieu actuel de travail habituel ou de rémunération, lors de la survenance d'un surplus, car elles appartiennent à la catégorie des règles relatives aux droits des parties

Par contre, les règles de l'article 230.7 L.R.C.R., permettant au comité de préparer une demande pour procéder à l'arbitrage, font partie de l'administration du régime, ainsi que celles de l'article 230.4 L.R.C.R., imposant au comité de retraite des mesures d'information au bénéfice de la Régie. Ces règles s'appliquent si l'événement déclencheur se produit alors que le Québec est le lieu de travail habituel ou de rémunération d'employés participant au régime. Ainsi, l'article 230.4 s'applique si le Québec est le lieu de travail habituel ou de rémunération d'employés participant au régime lorsque le comité de retraite reçoit un projet d'entente de la part de l'employeur dans le but de répartir l'excédent d'actif. L'article 230.7 s'applique de manière à permettre l'arbitrage si le Québec est le lieu de travail habituel ou de rémunération d'employés participant au régime lorsque l'un des cas énumérés dans cette disposition – 30 % des participants et des bénéficiaires s'opposent au projet d'entente pour répartir l'excédent d'actif, l'employeur fait défaut de transmettre au comité de retraite un projet d'entente dans les délais prescrits, etc. – autorise le recours à l'arbitrage.

À titre d'illustration, dans l'affaire *Leco*, la Cour supérieure du Québec, sous la plume de la juge Carole Julien, a affirmé, en terminant son jugement admettant que la Régie des rentes du Québec avait compétence pour annuler la décision de la Commission ontarienne (qui n'avait pas respecté le droit québécois en ce qui concerne ses dispositions donnant le pouvoir à un arbitre de déterminer qui devait récupérer les surplus), que l'employeur peut « exercer ses droits et faire valoir ses moyens et éventuellement obtenir gain de cause par l'entente ou l'arbitrage prévus à la

loi et à laquelle il est et a toujours été assujéti »²⁹⁰. La Cour a donc reconnu que l'employeur était soumis à la loi québécoise au sujet du sort des surplus à partir du moment où des employés travaillent habituellement au Québec.

Finalement, si l'on invoque au Québec l'existence d'un *resulting trust by operation of law* en vertu d'une loi d'une autre province, on applique les règles de conflit relatives au trust légal, ce qui revient à appliquer la loi à l'origine de ce trust, donc également la loi gouvernant les droits des parties au régime. Les droits à l'excédent d'actif découlant du *resulting trust* se matérialisent lorsqu'il reste un tel excédent après que les prestations dues selon le régime aient été payées par la caisse de retraite (en tant que fiduciaire). Donc on devrait appliquer la loi qui est compétente à ce moment. Étant donné que les diverses lois des provinces de common law s'appliquent en fonction du lieu où le participant se présente au travail ou, s'il s'agit d'un travailleur mobile ou à domicile, du lieu de l'établissement à partir duquel il reçoit sa rémunération (comme l'énoncent par exemple les articles 3 et 4 de la loi ontarienne), on appliquera au *resulting trust* la loi du lieu de travail habituel ou de rémunération lorsque l'excédent se matérialise, c'est-à-dire soit lorsque les calculs en prouvent l'existence, soit lorsque les sommes dues selon le régime sont effectivement acquittées. On ne peut pas invoquer en ce contexte l'existence d'un droit acquis dès la création du régime puisque, selon la doctrine du *resulting trust*, la loi le crée au moment où il reste des fonds non distribués.

²⁹⁰ *McColl-Frontenac Petroleum Inc. c. Québec (Régie des rentes)*, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 3901 (C.S.Q.) p. 26.

Ayant envisagé quelques situations relatives aux conflits mobiles en matière d'administration du régime complémentaire de retraite et de fiducie, examinons maintenant les conflits transitoires.

3.1.4. Les conflits transitoires relatifs à l'administration des régimes dans le droit civil québécois

3.1.4.1. Détermination des règles générales de résolution des conflits transitoires

Les conflits transitoires de droit interne québécois, nés notamment de la réforme de la loi québécoise ayant eu lieu le 1^{er} janvier 2001, seront résolus selon les règles du droit transitoire québécois et notamment des articles spécifiques (articles 282 et suivants) se trouvant dans la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*.

Au plan des conflits transitoires de droit international privé, la règle de l'article 1 de la loi n'a pas été modifiée en 2001, mais dans le cas de l'adoption d'une loi uniforme (voir le *Draft Uniform Pension Benefits Standards Legislation*) ou si l'Accord de réciprocité devait être modifié de manière à ne donner compétence qu'à une seule loi (voir l'article 4(3) du projet intitulé *Multilateral Agreement between Canadian Pension Supervisory Authorities*), il faudrait appliquer les règles transitoires spécifiques qui seraient alors prévues.

En ce qui concerne l'application de l'article 3118 C.c.Q., pour les questions relatives à l'administration du régime, nous renvoyons aux développements se trouvant dans la partie touchant les droits des parties au régime (point 2.1.5.2.), puisqu'il n'y a pas de différence au sein de cette règle entre les deux types de questions. Finalement, en ce qui concerne l'administration du trust,

et les articles 3107 et 3108 C.c.Q., on doit constater qu'il n'existait aucune règle à ce sujet avant 1994, ni législative, ni jurisprudentielle. On pouvait invoquer l'application des articles 6 alinéas 1 et 2, en matière de droits réels immobiliers et mobiliers, étant donné la nature réelle des droits découlant du trust selon les pays de common law, mais leur qualification selon les conceptions québécoises était pour le moins ambiguë puisqu'on ne savait pas au juste s'il s'agissait de droits réels ou personnels. En considération de ces ambiguïtés, et vu l'article 73 L.A.R.C.C., favorisant l'application de la loi nouvelle en matière d'administration du bien d'autrui, on pourrait probablement invoquer l'application immédiate des articles en question aux situations en cours. D'ailleurs, ne serait-il pas favorable à l'accomplissement de la fiducie (article 1294 C.c.Q.) de pouvoir déterminer avec une relative précision la loi applicable à son administration grâce à ces dispositions, alors que les quelques articles du *Code civil du Bas Canada* – dans ce domaine comme dans bien d'autres, cependant – ne menaient à aucune analyse évidente?

Concentrons-nous par conséquent sur les conflits transitoires *de droit étranger* : la loi ontarienne, par hypothèse désignée selon les articles 3118 ou 3107 et 3108 C.c.Q., selon la question posée, a changé entre le moment où la situation s'est créée et celle où elle se trouve en cause devant le tribunal ou l'autorité québécoise. Quelle version appliquer?

En ce qui concerne *l'administration du régime*, en l'absence de règle générale ou spécifique, on doit s'en remettre à la doctrine. Comme nous l'avons dit, la solution favorisée en doctrine et selon la jurisprudence est la théorie allemande dite de la *mutabilité législative relative*. On applique toutes les versions de la loi étrangère compétente en vertu de la règle de conflit (en principe bilatérale) jusqu'au moment où la situation perd contact avec le système juridique d'origine. Dans notre domaine, dans une optique

unilatéraliste, afin de respecter la loi étrangère qui est applicable, il faudrait appliquer le droit transitoire étranger, en vérifiant que la loi désignée a toujours un lien avec la situation lors de sa modification. En suivant la même méthode que nous avons exposée dans la partie relative aux droits des parties, les règles relatives aux conflits mobiles que nous avons proposées pourraient servir à déterminer non seulement la loi territoriale ayant vocation à s'appliquer, *mais aussi la version de la loi en cause, en cas de conflit transitoire de droit étranger*. Voir à titre d'illustration le schéma 2 à l'annexe V.

Ainsi, la loi impérative du nouveau lieu s'applique de manière non rétroactive aux situations créées alors qu'elle était déjà compétente en vertu d'un facteur de rattachement significatif effets futurs de cette situation, ainsi qu'aux effets futurs des situations créées sous l'empire de la loi du premier lieu. Dans ces cas, la loi impérative du nouveau lieu s'applique selon son droit transitoire, c'est-à-dire que l'on utilise sa version actuelle. Pour les effets futurs de cette situation qui se dérouleraient sous l'empire de cette loi, on appliquerait celle-ci telle qu'elle se modifie, y compris ses versions ultérieures, à condition que la loi d'un nouveau lieu ne devienne pas compétente dans les mêmes conditions. Pour les situations déjà créées et leurs effets déjà accomplis sous l'empire de la loi du premier lieu (A), on conserve au second lieu (B) la compétence de la loi de ce premier lieu (A), en respectant aussi son droit transitoire, c'est-à-dire que l'on utilise la dernière version de la loi A avant la modification de la situation donnant lieu au changement de compétence législative.

Lorsqu'il s'agit de règles contractuelles supplétives, la loi du premier lieu (A) devrait rester compétente même si la situation a été modifiée (changement de lieu de travail ou de rémunération) pour régir, au second lieu (B), la portée et l'étendue des droits et

des obligations de parties, les effets du contrat, l'exercice des droits, l'exécution des obligations, etc.

Toutefois, la vérification de l'existence d'un élément de rattachement pertinent lors du changement de la loi étrangère pourrait révéler un problème au plan de l'administration du régime, qu'on ne rencontre pas en ce qui concerne les droits des parties. Si la loi ontarienne désignée par l'article 3118 C.c.Q. a changé entre le moment où le problème se pose (par exemple, au sujet d'une obligation d'informer l'autorité de surveillance) et celui où il est présenté devant une cour, va-t-on considérer que le changement de lieu de travail habituel de certains employés constitue un rattachement significatif? Probablement pas. Va-t-on alors refuser l'application de la nouvelle version de la loi ontarienne compétente? On ne le devrait pas parce que si le facteur du rattachement – lieu de travail habituel ou de rémunération – lors de la modification de la loi ontarienne manque de pertinence, au plan de l'administration du régime, c'est pourtant celui qui désigne la loi applicable selon notre règle de conflit, l'article 3118 C.c.Q., ou même selon les règles de conflit unilatérales des autres provinces (dans l'hypothèse où l'on pourrait les appliquer selon l'article 3079 C.c.Q.), avant la modification. En réalité, ce problème touche les règles de conflit : que l'administration du régime dépende de la loi du lieu de travail habituel ou de rémunération, plutôt que de la loi du lieu d'enregistrement ou d'administration, comme pour l'administration de la fiducie, peut ne pas sembler être une solution très pertinente du point de vue du principe de proximité (principe de la loi ayant les liens les plus étroits). Ce manque de signification, que l'on avait déjà signalé en cas de conflit mobile, apparaît encore plus nettement en cas de conflit transitoire du droit désigné. Autrement dit, on pourrait se demander rétrospectivement si, en droit québécois, au plan de l'administration du régime, la loi d'une autre province désignée selon l'article 3118 C.c.Q. – celle du lieu de travail habituel en cas de travailleur fixe ou de l'établissement

de rattachement de l'employeur en cas de travailleur mobile – ne devrait pas céder la place en vertu de l'article 3082 C.c.Q. (la clause échappatoire) à celle du lieu d'administration ou d'enregistrement du régime. Précisons que cette possibilité de remettre en cause ce rattachement par le lieu de travail ou de rémunération ne s'exprimerait pas de la même manière si l'on qualifiait de lois de police étrangères les lois des autres provinces, selon l'article 3079 C.c.Q. Cette disposition énonce comme condition que la situation présente « un lien étroit » avec l'État dont la loi est en cause. Il n'est pas certain que l'on considère au Québec que la loi du lieu de travail habituel de certains employés matérialise ce lien étroit lorsqu'il s'agit d'une question d'administration du régime.

Nous ne devons pas développer plus longuement cette hypothèse, qui pourrait aboutir à la désignation de la loi du lieu d'administration du régime ou de son enregistrement par le biais de l'article 3079, 3118, puis 3082 C.c.Q., et ceci pour deux raisons. D'abord, elle est trop aléatoire et, d'ailleurs, aucune décision québécoise n'a jusqu'à ce jour appliqué réellement l'article 3082 C.c.Q., même si quelques-unes en ont traité incidemment et, en général, hors de propos, dans un cadre qui ne lui appartenait pas. Ensuite, la nature exceptionnelle de cette disposition fait qu'elle n'a pas pour fonction de créer elle-même de nouvelles règles de conflit, mais d'écarter ponctuellement la loi désignée par la règle de conflit normale du Code civil²⁹¹. On ne saurait donc bâtir une règle nouvelle sur des exceptions. Toutefois, une ligne jurisprudentielle suivie et concordante pourrait peut-être aboutir à ce résultat, encore qu'il ne soit pas certain que l'on puisse créer de nouvelles règles de conflit en droit civil québécois, qui ne seraient pas codifiées au Livre X du Code civil. Mais si l'on aboutissait un jour à ce stade, il faudrait reprendre la partie que

²⁹¹ Voir G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, note 118, n° 46, p. 85 et 86.

nous avons développée plus haut au sujet de la règle de conflit relative à l'administration du régime (point 3.1.2.) et surtout celle relative aux conflits mobiles (point 3.1.3.2.), en remplaçant simplement le rattachement lieu de travail habituel, etc. par celui lieu d'administration du régime ou d'enregistrement, le cas échéant.

En ce qui concerne *l'administration de la fiducie*, rappelons d'abord que l'article 3108 alinéa 2 C.c.Q., disposant que la possibilité de remplacement de la loi applicable à la fiducie ou à son administration dépend de la loi régissant la fiducie, ne couvre pas les cas de conflits transitoires, si l'on en croit les commentaires de l'article 10 de la Convention de La Haye, dont l'article 3108 C.c.Q. est inspiré. Mais l'article 73 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* énonce que :

« L'administration du bien d'autrui confiée par contrat au gérant de biens indivis ou au fiduciaire avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle est régie par cette loi, de la même manière que l'administration du bien d'autrui confiée par un autre mode. »

On peut en déduire une volonté d'appliquer le droit nouveau en droit interne. Cette règle favoriserait donc au Québec la pleine mutabilité de la loi étrangère selon ses propres conceptions. S'il s'agit de dispositions impératives, néanmoins, la seule limite devrait être l'application non rétroactive de la loi nouvelle. Voir à ce sujet le schéma 3 à l'annexe V.

Donnons quelques exemples de conflits transitoires de droit étranger en raisonnant à partir du cas d'un travailleur fixe. Nous rappelons que nous raisonnerons selon les conceptions québécoises de la résolution de ces conflits transitoires de droit étranger à partir de règles du même type que celles que l'on trouve en droit

québécois, mais que s'il s'agit directement de ce droit, s'il est désigné par le biais de l'article 1 de la loi, il suffit alors d'appliquer les règles du droit transitoire *de cette loi*, complétée par celles du droit transitoire commun (que l'on trouve dans la législation sur l'interprétation des lois).

3.1.4.2. Application aux questions spécifiques d'administration du régime et du trust

3.1.4.2.1. Enregistrement et modification d'un régime de retraite

Les exigences de validité formelle du régime, ainsi que les obligations des administrateurs en matière d'enregistrement, lors de la création du régime ou lors d'une modification, notamment au plan des informations relatives au fond de retraite, dépendent de la loi contractuelle applicable au fond du régime. Il s'agit de règles impératives. La version nouvelle de la loi compétente en vertu du lieu où le travailleur se présente habituellement, ou du lieu de l'établissement de rattachement en cas de travailleur mobile (article 3118 C.c.Q.), s'applique immédiatement, de manière non rétroactive, pour le futur. En principe, il n'existe pas de droits acquis en vertu de l'ancienne loi en ce domaine. La loi du lieu de travail lors de la modification, telle qu'elle était à cette date, régit donc en principe les formalités d'enregistrement des modifications (articles 24 à 31 de la loi québécoise). Il ne se pose pas vraiment de question relative à la validité formelle du trust créé en exécution du régime.

Nous avons déjà traité de certains conflits transitoires touchant les modifications du régime concernant les droits des parties au point 2.1.5.3.5. auquel nous renvoyons le lecteur. Les droits d'information des participants et bénéficiaires à ce sujet dépend de la loi du lieu de travail telle qu'elle était en vigueur au moment où

les faits nécessitant l'information se sont produits, donc au moment où la modification a été envisagée.

3.1.4.2.2. Financement et solvabilité d'un régime de retraite

En droit québécois, l'article 53 du *Règlement général sur les régimes supplémentaires de retraite*²⁹² énonce qu'un régime enregistré en vertu d'une législation équivalente à celle du Québec peut se conformer aux normes de solvabilité de cette législation, à condition que « le déficit actuariel initial tienne compte des services des participants au régime employés » au Québec. Si l'on qualifie ces normes – telles les règles définissant la solvabilité (article 137 L.R.C.R.) et son degré (article 141 L.R.C.R.), ses composantes, actif et passif (article 138 L.R.C.R.), celles relatives à l'exigence même de solvabilité (article 137 L.R.C.R.), à la date exigée de solvabilité (article 137 alinéa 1 L.R.C.R.), à ses exceptions (article 139 L.R.C.R.) – de relatives à l'administration du régime, on peut se conformer à la loi du lieu d'enregistrement telle qu'elle a évolué avec ses modifications jusqu'au moment où l'exigence de solvabilité se pose (lors de l'évaluation actuarielle du régime, en principe, comme il est indiqué en droit québécois à l'article 137 de la loi).

L'obligation de l'employeur de verser les sommes suffisantes pour que le régime soit considéré comme solvable (article 140 de la loi québécoise) et les règles relatives aux conditions d'acquittement des droits en cas de capitalisation insuffisante du régime (articles 142 à 146 de la loi québécoise), que l'on peut qualifier de la même manière de règles de solvabilité, seront soumises à la loi du lieu de travail habituel ou de l'établissement de rattachement (ou de rémunération) de l'employeur, telle qu'elle

²⁹² Précité, note 256.

a évolué selon ses dispositions transitoires jusqu'au moment où se réalise la situation de capitalisation insuffisante (lors de la dernière évaluation actuarielle du régime) entraînant l'obligation de verser les sommes dues en raison du défaut de solvabilité ou l'acquittement partiel ou différé de la valeur des droits des participants ou des bénéficiaires. La solution pourrait être différente si les questions se posant à propos de ces dernières règles étaient qualifiées de relatives aux droits des parties. Si l'on admet que la capitalisation insuffisante (l'« insolvabilité ») est un événement incertain, donc une condition, le droit applicable devrait alors être celui du lieu de travail lors de la création du régime, « pétrifié » tel qu'il était à ce moment, c'est-à-dire sans les versions ultérieures de ce droit.

Les règles impératives comme, en Ontario, celles de l'article 56 P.B.A. énonçant que l'administrateur doit donner un avis écrit au surintendant des cotisations dues et impayées, dépendent aussi de l'administration du régime, donc de la loi du régime avec ses modifications, selon son droit transitoire, jusqu'au moment où les cotisations, devenues exigibles, demeurent et impayées.

La loi du régime gouvernant la date à laquelle doit avoir lieu l'évaluation actuarielle s'applique telle qu'elle a été modifiée jusqu'à cette date. Ainsi, si une loi A, par hypothèse compétente sur cette question selon le droit international privé québécois (article 3118 C.c.Q.), prévoit qu'une évaluation actuarielle doit avoir lieu chaque année dans les trois mois suivant la date de création d'un régime, et qu'un régime a été créé le 1^{er} janvier 1990, pour savoir quand son évaluation actuarielle doit avoir lieu dans l'année 2002, on doit consulter la loi A dans sa version au 1^{er} janvier 2002.

De même la loi compétente, dans sa version modifiée selon son droit transitoire jusqu'à la date à laquelle doit avoir lieu l'évaluation, régira les mesures impératives déterminant l'organe (comité, administrateur, etc.) qui doit faire préparer le rapport actuariel, puisqu'il s'agit aussi de règles relatives à l'administration du régime.

Les règles relatives au financement des régimes, concernant le but et la présentation de l'évaluation actuarielle, le montant légal de cotisations d'exercice, la définition du déficit actuariel, la méthode d'amortissement de ce déficit, etc., appartiennent par conséquent à la catégorie des règles d'administration du régime suivront le même traitement, c'est-à-dire l'application de la loi du lieu de travail habituel dans sa version modifiée selon son droit transitoire au moment de l'évaluation, dans la mesure où il s'agit de règles impératives.

Il en sera de même des règles concernant l'excédent de cotisations versées par l'employeur et de celles relatives au versement des montants d'amortissement. Puisqu'il s'agit de règles impératives relatives à l'administration du régime, on appliquera la loi du lieu de travail habituel dans sa version modifiée selon son droit transitoire moment où l'employeur verse une cotisation supérieure à celle qui est requise, ou, selon le cas, au moment où le montant effectivement versé pour amortir un déficit actuariel est inférieur aux exigences légales.

Finalement, certaines règles, comme en Ontario l'article 57 P.B.A., prévoient que les cotisations dues mais non versées par l'employeur sont détenues par cet employeur en « fiducie ». Il s'agit alors d'un trust, légal, qui ne dure que jusqu'au moment où les cotisations en cause sont versées au compte du *trustee*. Il s'agit des droits des parties au régime. La loi applicable à ce trust légal est la loi qui le crée, c'est-à-dire celle du lieu de travail habituel

des employés ou celle du lieu de rémunération (il y a possibilité de multiplicité de lois), telle que modifiée selon son droit transitoire moment où des cotisations, devenues exigibles, demeurent impayées.

3.1.4.2.3. Administration d'un régime de retraite et du trust

Les questions mettant en cause des règles impératives relatives à l'obligation du comité de retraite ou d'un administrateur de transmettre à l'autorité de surveillance une déclaration annuelle de renseignements, de l'aviser de toute scission ou fusion du régime, ou de lui communiquer le nom d'un bénéficiaire introuvable seront sujettes à la loi applicable au régime, loi du lieu de travail habituel des employés ou du lieu de rémunération, telle que modifiée selon son droit transitoire, selon le cas et respectivement, lors de la fin de chaque exercice financier, lors du retrait d'un employeur d'un régime interentreprises, lors de la terminaison d'un régime ou lors de l'information du comité ou d'un administrateur de la fusion ou de la scission effective ou projetée. Voir à ce sujet le schéma 2 à l'annexe V.

Il devrait en être de même des règles relatives au droit du comité ou d'un administrateur d'opérer compensation d'une dette encourue par un participant envers la caisse de retraite si l'on considère qu'il s'agit de l'administration du régime. On appliquera alors la loi du régime dans l'état où elle se trouve selon son droit transitoire au moment où la prestation est payable.

Les règles relatives à la convocation par un comité de retraite ou un administrateur d'une assemblée des bénéficiaires et participants pour les informer des modifications du régime et de sa situation financière, pour élire un membre actif et pour rendre ses comptes concernent en bonne partie l'administration du régime, même si la reddition de compte est l'un des buts essentiels de cette

assemblée annuelle, ces règles devraient donc subir le même régime. Ceci concerne l'obligation de convoquer l'assemblée afin de respecter ce droit à l'information, ainsi que ses modalités (droit de vote, etc.). Plus précisément, la loi compétente est celle du lieu de travail habituel (ou de rémunération) des employés du régime telle que modifiée selon son droit transitoire lors de la fin de chaque exercice financier, s'il s'agit de règles impératives.

Il en est de même des règles énonçant que la caisse de retraite supporte les frais d'administration provisoire ainsi que de celles disposant que toute modification au régime effectuée par l'autorité de surveillance ou l'administrateur provisoire prend effet à la date de son enregistrement. La loi applicable est alors celle du lieu de travail habituel des employés ou de l'établissement de l'employeur auquel il sont rattachés telle que modifiée selon son droit transitoire, respectivement, au moment où débute l'administration provisoire ou à la date de la modification (et non celle de l'enregistrement, puisque la question touche aussi l'effet de la modification avant cet enregistrement).

Les règles prévoyant que l'administrateur provisoire doit faire l'inventaire si l'autorité le demande et souscrire à une assurance de responsabilité ou fournir une sûreté garantissant son administration pourraient être classées dans cette même catégorie, donc suivre le même traitement, bien qu'on puisse aussi y voir une question d'administration de la fiducie. Si l'on admet la qualification « administration du régime », comme il s'agit de dispositions impératives, la loi applicable est celle du lieu de travail habituel ou de rémunération des employés telle que modifiée selon son droit transitoire au moment de l'entrée en fonction de l'administrateur provisoire désigné.

Les questions d'*administration de la fiducie* dépendront soit de la loi québécoise, telle que désignée par l'article 1 de la loi, soit d'une loi d'une autre province, désignée selon les articles 3107 et 3108 C.c.Q. S'il s'agit de règles impératives, étant donné l'article 73 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, la nouvelle version de la loi désignée s'appliquera immédiatement aux situations en cours, donc de façon rétrospective, mais non de manière rétroactive. Voir à ce sujet le schéma 3 à l'annexe V.

S'il ne s'agit pas de règles impératives, on peut se demander s'il est justifié d'appliquer la même solution en suivant l'article 73 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, alors que cette disposition avait simplement pour but de favoriser l'utilisation des règles nouvelles du droit québécois en raison de son état jugé insatisfaisant – notamment par les promoteurs des nouvelles dispositions²⁹³ – auparavant. En quoi ce débat et cette considération totalement internes sont-ils pertinents lorsqu'il s'agit de régler un problème de droit transitoire étranger, spécialement dans un domaine où l'on essaie de respecter la volonté des constituants du trust? Toutefois, les législateurs des droits de common law que notre règle de conflit pourra désigner – qui, cette fois, à la différence de l'administration du régime, auront un lien significatif avec la fiducie (les facteurs sélectionnés sont le lieu de résidence du *trustee*, celui de l'administration du trust, celui où les objectifs du trust doivent se réaliser, etc.) – sont parfaitement conscients de cette exigence de respect de la volonté des constituants. Si les législateurs de ces provinces décident de modifier leurs lois, ils tiendront évidemment compte de ce principe de base, certainement au moins autant que le législateur québécois. De plus, puisque, dans les systèmes de common law, la loi statutaire doit apporter un remède à un problème rencontré en

²⁹³ Voir sur ce sujet Madeleine CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n^{os} 47 et suiv.

common law, c'est que la loi nouvelle améliore les choses²⁹⁴. Finalement, de toute manière, les règles en cause ici ne sont pas censées modifier les droits des parties puisqu'il s'agit d'administration du trust. Par conséquent, pour tous ces motifs, on peut accepter l'application de la loi d'une autre province dans sa nouvelle version, non pas parce que l'article 73 L.A.R.C.C. l'impose – n'oublions pas que les règles de résolution de conflits transitoires de droit étranger ne sont qu'une transposition éventuelle de celles du droit transitoire interne – mais parce que les types de situations interprovinciales en cause justifient matériellement une solution identique.

Ainsi, les obligations du *trustee* (prudence, accomplissement personnel des devoirs liés à la fonction et pouvoir de délégation, action dans le seul intérêt des bénéficiaires et interdiction de se placer en conflit d'intérêts, etc.), la responsabilité pour les actions des délégués, la responsabilité solidaire des *trustees*, le droit à une rémunération du *trustee* et le paiement des charges de l'administration seront en principe soumis à la loi du lieu régissant l'administration du trust telle que modifiée selon ses dispositions transitoires au moment de l'acte ou du fait en cause.

Quant à ses obligations, le *trustee* devra respecter les articles de la fiducie pour le futur et pour les affaires en cours qui ne sont pas terminées avant ce moment. Pour les affaires déjà réglées, la loi applicable selon l'article 3107 C.c.Q., même impérative, ne devrait pas jouer de manière rétroactive car on peut dire que les actions du *trustee* qui ont été accomplies avant la mise en vigueur de la loi nouvelle constituent des situations entièrement survenues avant cette date.

²⁹⁴ Incidemment, s'il s'agit d'une « modification jurisprudentielle », en common law, l'interprétation nouvelle est censée être la bonne depuis l'origine de la règle, sans que l'on parle de rétroactivité.

On pourrait poursuivre en responsabilité un *trustee* pour des actions du délégataire ayant eu lieu alors que la loi compétente se présentait sous sa version ancienne. Il pourrait en être de même de la responsabilité solidaire des *trustees* pour un acte ayant eu lieu avant la modification de la loi désignée ou pour un problème relatif à la rémunération ou aux dépenses d'administration avant ce changement. On peut soutenir que les obligations légales doivent dépendre de la version ancienne de la loi pour les questions de responsabilité si l'acte créateur d'obligation s'est déroulé avant que sa nouvelle version n'entre en vigueur, sinon, la loi serait rétroactive. On ne peut opposer ici que la loi ne fait que donner des conséquences actuelles à un fait effectivement survenu avant qu'elle ne devienne compétente, mais dont les conséquences (le dommage) se poursuivent sous l'empire de la loi nouvelle, car on admet en principe que le droit à réparation naît directement au moment du dommage²⁹⁵.

Pour la rémunération du *trustee* et le remboursement des dépenses d'administration, en principe, les dispositions impératives de la loi désignée selon l'article 3107 C.c.Q. s'appliquent immédiatement, dans sa version modifiée selon son droit transitoire au moment où se produisent les actes ou les dépenses. Autrement dit, le remboursement des dépenses effectuées avant que la nouvelle version de la loi désignée ne soit en vigueur resteront sous l'empire de l'ancienne version de cette loi, alors que les dépenses effectuées après sa mise en vigueur lui seront désormais soumises. On peut hésiter à admettre cette solution mais elle se justifie dans la mesure où il s'agit de dispositions impératives intervenant par rapport aux effets actuels d'une situation créée sous l'empire de l'ancienne version de la loi. S'il

²⁹⁵ P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 175, p. 205 : « Un délit ou un tort fait naître sur-le-champ le droit à réparation » (voir la jurisprudence citée à la note 299 de cette page).

s'agit de disposition supplétive, on applique la version ancienne de la loi désignée même aux remboursements des dépenses effectuées après la mise en vigueur de sa nouvelle version.

La nouvelle version de la loi relative au caractère libératoire du remboursement ou du paiement de prestation effectué par l'administrateur lorsqu'il se fonde sur les renseignements transmis et qu'il agit conformément au régime, s'appliquera aux remboursements effectués après le changement de loi, mais le caractère libératoire des remboursements ou des paiements effectués avant le changement de loi, dépendront de son ancienne version.

De même, les questions relatives aux personnes capables de placer les sommes en cause et selon quelles normes, celles touchant l'obligation de se doter d'une politique de placement et son contenu seront soumises aux dispositions impératives de la loi applicable à la fiducie telle que modifiée selon son droit transitoire au moment du placement.

Les sanctions d'un placement illégal (annulation en justice par l'autorité de surveillance ou une personne intéressée) et la responsabilité de celui qui effectue un placement non conforme à la loi dépendront, pour les placements effectués avant le changement de loi, de la version ancienne de la loi désignée, et de la nouvelle version de cette loi pour les placements effectués après ce changement de loi.

3.1.4.2.4. Scission et fusion d'un régime de retraite

Les règles impératives relatives à la scission et à la fusion d'un régime et leurs conditions, comme celles les subordonnant à une décision de l'autorité de surveillance, appartiennent à l'administration du régime. Les questions qui les concernent seront

soumises à la loi du régime telle que modifiée selon son droit transitoire jusqu'au moment de la scission ou de la fusion envisagée.

Les règles impératives relatives aux conditions d'adhésion en cas de scission ou de fusion, touchent les droits des participants. Elles seront soumises à la loi du régime dans sa version modifiée selon son droit transitoire au moment de la scission ou de la fusion envisagée, même si, rétrospectivement, elles tiennent compte de la rémunération reçue ou des heures de travail effectuées avant la scission ou la fusion, et même si cette rémunération ou ces heures se sont accomplies avant la modification de la loi.

Les règles de droit administratif, impératives, qui déterminent à quelles conditions et selon quels critères l'autorité de surveillance peut accorder son autorisation à la scission ou à la fusion, appartiennent à la même catégorie de règles relatives à l'administration du régime et seront soumises à la loi du régime telle que modifiée selon son droit transitoire au moment où cette autorité devra rendre une décision.

3.1.4.2.5. Liquidation des droits des participants

Les questions concernant les dispositions impératives qui encadrent les transferts de fonds à l'occasion de la fin du régime ou de sa fusion doivent être qualifiées de relatives à l'administration du régime, et non à l'administration du trust. On devrait donc les soumettre à la loi du régime telle que modifiée selon son droit transitoire au moment de la fin du régime ou de sa fusion.

Ainsi, les règles donnant à l'autorité de surveillance le droit de refuser un transfert d'actif ne protégeant pas les droits des participants (telles celles des articles 80(5) et 81(5) de la loi ontarienne) et celui d'ordonner que le cessionnaire remette dans la

caisse de retraite l'actif transféré sans son consentement préalable (articles 80(4), 81(4) et 81(6)) concernent l'administration du régime et devraient être également soumises à la loi du régime dans sa version modifiée selon son droit transitoire au moment du transfert projeté ou au moment du transfert effectué sans le consentement de l'autorité requise.

De même, les conditions exigées par la loi pour qu'un employeur se retire d'un régime interentreprises, comme la modification du régime, l'approbation de cette modification, la date, le rôle de l'administrateur à cette occasion, ses obligations de publicité auprès de l'autorité de surveillance et son obligation d'exiger de l'employeur le versement des cotisations impayées, appartiennent à l'administration du régime. Toutes les questions touchant ces règles impératives sont soumises à la loi du régime telle que modifiée selon son droit transitoire au moment du retrait visé.

Les règles déterminant les pouvoirs d'une autorité de surveillance de mettre fin à un régime de retraite, appartenant à la catégorie de normes relatives à l'administration du régime, sont du droit administratif et dépendent de la loi du régime dans sa version modifiée selon son droit transitoire au moment où surviennent les circonstances prévues (omission de l'administrateur de se conformer à une ordonnance, défaut de l'employeur de percevoir les cotisations salariales ou de verser ces cotisations, etc.).

Les règles impératives touchant la répartition de l'actif d'un régime en cas de terminaison partielle d'un seul régime ou de terminaison totale d'un régime interentreprises, devraient être traitées comme des questions d'administration du régime, et non de la fiducie. Elles sont donc soumises à la loi du régime telle que modifiée par son droit transitoire au moment de la terminaison du régime.

Les règles relatives à l'obligation de l'administrateur de fournir un certain nombre de documents aux participants et à l'autorité de surveillance, comme, en droit ontarien, un avis d'intention de liquider le régime (articles 68(2), 68(3), 68(4)), un rapport de liquidation (article 70 P.B.A.), une déclaration indiquant à chaque bénéficiaire son droit d'option et d'autres renseignements prescrits par la loi, dépendent de la loi relative à l'administration du régime, en ce qui concerne les informations à l'attention de l'autorité de surveillance. Comme il s'agit de dispositions impératives, la loi du régime, telle que modifiée par son droit transitoire, moment où la liquidation est projetée, s'appliquera au moins aux questions relatives à l'information de l'autorité de surveillance.

Pour les informations adressées aux participants, en cas de liquidation du régime ou de retrait d'un employeur d'un régime interentreprises, on peut toutefois hésiter quant à la loi applicable et quant à leur qualification comme relatives aux droits des parties au régime. On pourrait d'abord y voir des droits contractuels conditionnels à la liquidation ou au retrait, événement incertain, qui pourraient rétroagir à la date de la création du régime ou lors de l'adhésion. Selon cette conception, on appliquerait la version de la loi existant lors de la création du régime ou de l'adhésion.

On pourrait au contraire soutenir qu'il s'agit de l'effet actualisé, par la liquidation ou le retrait de l'employeur du régime interentreprises, de droits existant dès la création du régime ou de l'adhésion. Rappelons à ce sujet les propos des professeurs Côté et Jutras²⁹⁶ :

« [...] lorsque la clause n'entre en action qu'en présence d'événements ou de faits qui surviennent postérieurement à la formation de l'acte, elle ne produit des effets, pour les

²⁹⁶ Voir P.-A. CÔTÉ et D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 64, n° 154.

fins du droit transitoire, que lorsque tous ces éléments sont réunis ».

La version nouvelle de la loi lors de la liquidation ou du retrait devient compétente de manière immédiate, non rétroactive, en raison de l'effet actuel du droit créé lors de l'adhésion ou de la création du régime. En suivant ce raisonnement, on ne peut pas dire que l'application de la loi nouvelle est rétroactive car elle ne régit pas une liquidation qui aurait eu lieu avant qu'elle ne devienne compétente. Étant donné que ce droit à l'information est créé par la loi à l'occasion d'un contrat, il nous paraît plus exact de recourir à cette dernière analyse, car il ne s'agit pas vraiment d'un droit que les parties au régime ont voulu lors de la création du régime. De toute manière, on pourrait aussi avancer que l'employeur n'est pas vraiment le débiteur de cette obligation, mais qu'il s'agit du comité de retraite ou de l'administrateur en cette qualité (même s'il s'agit de la même personne), donc qu'en réalité, on touche à l'administration du régime.

La même hésitation a trait aux dispositions maintenant les droits aux prestations des employés d'une entreprise vendue (articles 80(1) et 81(1) et 81(2) de la loi ontarienne), ou de l'ancien régime auquel l'employeur a mis fin (article 81 de la même loi), leur ouvrant des droits à crédit dans le régime du nouvel employeur afin de déterminer leur affiliation ou le droit à des prestations dans ce nouveau régime. Ces règles ont pour but de garantir certains droits à des crédits ou à des prestations avant la prise d'effet de la vente et après, par rapport au régime du nouvel employeur. Elles énoncent par exemple que les emplois sont réputés ne pas avoir pris fin lors du transfert (article 80(3)). Il s'agit là encore des droits des participants qui peuvent être analysés comme des effets actuels de droits créés lors de l'adhésion. La loi telle que modifiée par son droit transitoire jusqu'au moment de la vente ou de la terminaison du régime

s'applique à ces questions de manière immédiate, non rétroactive parce que la vente ou la terminaison du régime a lieu alors qu'elle est déjà en vigueur.

Les règles relatives au droit de l'employeur de mettre fin au régime, le soumettant aux dispositions du régime et à la condition de transmettre un avis de terminaison aux participants et bénéficiaires, dépendent de la loi gouvernant les droits des parties au régime. Dans ce contexte aussi, l'hésitation est permise entre une analyse des droits des employés comme conditionnels à la terminaison du régime (même s'il s'agit d'une condition purement potestative, donc nulle selon le droit québécois), rétroagissant à la création du régime, menant à la version de la loi compétente telle qu'elle était à ce moment, et celle considérant que ces droits sont des effets actuels d'une situation contractuelle à l'origine, mais soumise à la version de la loi lors de la terminaison du régime en raison de la survenance de ce fait depuis sa mise en vigueur. En suivant les notions de droit transitoire interne, on en vient plutôt à considérer que la question ne touche pas la création d'un droit à un avis, mais un effet de ce droit déjà créé qui se matérialise au moment du fait déclencheur qu'est la fin du régime ou la décision de l'employeur d'y procéder. Il est certain que ce type d'analyse est susceptible de discussion, mais la seconde rend possible l'application d'une loi impérative à un contrat ou à un régime déjà en vigueur, alors que la première pétrifie le droit à la création d'un contrat et, en définitive, écarte une bonne partie de la doctrine de l'effet immédiat²⁹⁷. L'application d'une règle de droit international privé moins teintée de droit transitoire interne mènerait simplement

²⁹⁷ Toutefois, Roubier lui-même n'allait pas aussi loin que le droit civil québécois au sujet des contrats, car il voulait faire survivre l'ancienne version de la loi dans des situations où les articles 4 et 5 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* donnent compétence à la nouvelle version de la loi.

à affirmer que la loi compétente doit être appliquée avec son droit transitoire au moment où se produit le fait à l'origine de la question (la fin du régime), à condition qu'elle ait conservé un lien significatif avec la situation à ce moment. On appliquerait donc la loi du lieu de travail habituel telle que modifiée par son droit transitoire au moment de la décision de mettre fin au régime.

Le débat porte également sur les règles impératives touchant l'interdiction de modifier le régime après la date de terminaison, sauf pour augmenter les prestations, et qui, elles aussi, sont relatives aux droits des parties. On devrait probablement appliquer la version de la loi du lieu de travail habituel (pour le travailleur fixe) lors de la terminaison du régime, en suivant soit la règle de droit international dégagée des subtilités du droit transitoire interne, soit l'analyse de celui-ci considérant que la loi nouvelle peut légitimement régir l'effet actualisé, lors de la terminaison du régime, du droit créé lors de la création de ce régime.

Les règles impératives d'acquittement et de collocation des droits en cas de retrait d'un employeur d'un régime interentreprises ou de terminaison d'un régime ne semblent concerner que l'ordre de paiement, donc l'administration du régime. Mais, en cas d'insuffisance d'actif, puisque l'acquittement peut se faire au prorata de la valeur des droits de chacun des participants ou bénéficiaires colloqués au même rang, il s'agit clairement des droits des parties au régime. En conséquence, en suivant la même analyse, on applique la loi du régime désignée par la règle de conflit québécoise, telle que modifiée par son droit transitoire au moment du retrait ou de la terminaison du régime. On peut encore voir ici des effets actualisés lors du retrait ou de la terminaison du régime de droits créés antérieurement. La loi nouvelle n'est pas rétroactive puisqu'elle ne touche pas des effets qui auraient eu lieu avant qu'elle ne soit en vigueur.

Les règles impératives définissant la dette de l'employeur en cas de manque d'actif lors de son retrait d'un régime interentreprises ou de la terminaison d'un régime, celles affirmant le principe de l'obligation de l'employeur de payer sa dette lors de la terminaison du régime et celles déterminant l'usage des sommes ainsi versées par l'employeur (acquittement des droits des participants selon l'ordre de collocation établi par la loi, etc.) appartiennent à la catégorie des obligations des parties au régime et devraient aussi dépendre de la loi désignée, telle que modifiée par son droit transitoire au moment de la terminaison du régime ou du retrait.

3.1.4.2.6. Affectation de l'excédent d'actif

Comme on l'a déjà dit, les questions qui se posent à ce sujet sont relatives aux droits des parties au régime. Que les prétentions portent sur la propriété, par le biais de l'analyse de la fiducie, ou sur l'impact de la loi impérative sur les clauses contractuelles du régime, la solution sera la même, selon les règles que l'on peut tirer du droit transitoire interne (voir nos Règles 1 pour la fiducie et 3 pour les dispositions impératives en matière contractuelle au point 2.1.4.1.2.2.) ou selon la règle plus simple du droit international privé : la loi désignée par la règle de conflit québécoise (article 3118 C.c.Q. pour les questions de droits des parties ou 3107 C.c.Q. pour les questions de fiducie) va s'appliquer dans sa version modifiée selon son propre droit transitoire à la survenance du fait pertinent qui devrait être, selon le cas, l'existence d'un excédent d'actif²⁹⁸, l'affectation litigieuse aux

²⁹⁸ Il est malaisé de déterminer ce moment précis étant donné que l'existence d'un excédent se manifeste en général par un calcul comptable qui ne fait que constater un état de fait préexistant. En cas de terminaison de régime, il est possible aussi de considérer que l'excédent n'existe vraiment qu'au moment où les prestations dues ont été effectivement versées. Par contre,

congés de cotisation ou le retrait effectué ou envisagé pendant le régime ou à sa terminaison. Par contre, si la question ne porte que sur les clauses contractuelles du régime et leurs effets, la loi désignée telle qu'elle était lors de la création du régime, ou lors de sa dernière modification légale, devrait s'appliquer (selon la Règle 2 que nous avons développée plus haut au point 2.1.4.1.2.2.).

3.1.4.2.6.1. Affectation de l'excédent aux congés de cotisations

Pour les congés de cotisation, deux situations se présentent : soit l'employeur veut affecter le surplus à ces congés en se fondant sur une clause claire du régime qui lui en donne le droit, soit il veut affirmer ce droit en proposant aux employés une modification au régime, à laquelle ils doivent donner leur assentiment, selon des conditions légales dans certains cas.

Dans la première hypothèse, on peut considérer qu'il s'agit d'un droit né lors de la création du régime, qui est conditionnel à l'existence d'un surplus, et dans la mesure où aucune disposition impérative ne joue, en raison de l'effet rétroactif de la condition, on appliquera le droit du lieu de travail habituel dans sa version modifiée lors de la création de ce régime. Le raisonnement de du juge LeBel dans l'affaire *TSCO* est toujours pertinent dans cette situation. Le droit en question n'est pas sujet à un terme. Si l'on persiste à analyser la situation en terme de stipulation pour autrui (même vis-à-vis d'un régime soumis à la loi d'une province de common law, alors que la situation est normalement celle d'un trust), celle-ci, naissant dès la conclusion du contrat entre l'employeur et la personne administrant les fonds, ou lors de

pendant sa durée, l'existence de l'excédent n'est jamais qu'une anticipation actuarielle par rapport aux dépenses prévues.

l'établissement du régime²⁹⁹, dans l'hypothèse où celui-ci crée lui-même, directement, une structure de gestion interne des fonds (un comité de retraite, etc.), devrait également être soumise à la loi applicable à cette date, telle qu'elle était en vigueur à ce moment.

Cependant, un raisonnement fondé sur l'application de la loi telle qu'elle se veut applicable, sauf si le droit en cause a perdu contact avec la situation, ne parvient pas au même résultat. En effet, si l'on admet que la loi applicable est celle du lieu de travail lors de la création du régime, loi ontarienne par exemple, on devrait l'appliquer dans sa version actuelle lors du litige s'il n'y a pas de changement de lieu de travail. Dans le cas d'un tel changement, la loi ontarienne, celle de l'ancien lieu de travail, devrait s'appliquer, puisqu'il s'agit d'un conflit mobile, conformément à ce que nous avons dit à ce sujet plus haut (point 3.1.3.2.5.2.1.), mais cette loi devrait être « pétrifiée » au moment du changement de lieu.

Ces deux solutions différentes sont possibles aujourd'hui en droit québécois. En effet, d'une part, l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *TSCO* pousse plutôt à appliquer la loi ontarienne dans sa version originale, d'autre part, une solution plus axée sur le droit international privé pousserait à appliquer la loi ontarienne dans sa version actuelle, jusqu'à la perte de contact de cette loi avec la situation. D'un autre côté, la théorie de la *mutabilité relative*, fondée sur la jurisprudence antérieure au Code civil, ne traitait que des régimes matrimoniaux légaux, sans se préoccuper des régimes conventionnels. Lorsqu'il s'agit des obligations contractuelles des parties, il est possible que l'on soit plus réticent à faire évoluer la loi compétente, même objectivement applicable,

²⁹⁹ Voir en ce sens J. LAURENT, *loc. cit.*, note 16, 980, 981 et 997, citant Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, p. 246 et 247.

dans la mesure où l'absence d'un choix de la loi est aussi un choix volontaire des dispositions légales lors de la conclusion du contrat.

Finalement, à notre avis, il serait improbable que les tribunaux décident de traiter d'une manière différente le conflit mobile et le conflit transitoire : si, comme nous le croyons, la solution qui paraît s'imposer en cas de conflit mobile est l'application de la loi du lieu de travail lors de la création du régime, pour respecter la volonté des parties, alors, en cas de conflit transitoire, la loi compétente devrait rester telle qu'elle était lors de cette création.

Si les clauses insérées dans les régimes complémentaires de retraite créés dans les provinces de common law, transférant des fonds de manière révocable ou non en faveur des employés, étaient analysées comme des dispositions relatives à des trusts volontaires, il est possible que la transposition des règles du droit transitoire mène à l'application de la loi désignée pour régir la fiducie dans sa version modifiée lors de l'affectation projetée. Toutefois, comme nous l'avons déjà dit au sujet des conflits mobiles, cette solution ne nous paraît pas respecter la volonté des constituants du trust.

Par contre, dans la mesure où des dispositions impératives interviennent, alors elles peuvent s'appliquer de manière rétrospective à ces questions. Dans ce cas, en transposant les solutions du droit transitoire interne québécois, on parviendrait à dire que le droit éventuel à utiliser les surplus aux congés de cotisation s'actualise lors de l'existence du surplus, donc que la loi applicable est celle du lieu de travail à ce moment, telle que modifiée selon son droit transitoire à ce moment. Voir à ce sujet le schéma 4 à l'annexe V.

3.1.4.2.6.2. Retrait d'excédent par l'employeur

Dans cette situation, la loi ajoute l'existence d'une convention comme condition légale supplémentaire au droit de retrait des surplus (négociation d'une entente avec les participants et les bénéficiaires, etc.). Par conséquent, on ne peut plus affirmer que le droit de retrait découle seulement des obligations conditionnelles à l'existence d'un surplus, créées par la volonté des parties, comme l'affirmait le juge LeBel dans l'arrêt *TSCO*. En cas de conflit mobile, doublé d'un conflit transitoire des deux lois en cause (ce qui ne serait pas impossible étant donné que les lois changent assez rapidement sur le sujet), l'application de la loi du nouveau lieu de travail, lors du retrait projeté ou réalisé, dans sa version à ce moment, telle que modifiée par son droit transitoire, n'est donc pas rétroactive, mais seulement rétrospective. Voir à ce sujet le schéma 4 à l'annexe V.

Par exemple, si le lieu de travail habituel lors du retrait projeté, le 2 janvier 2001, est le Québec, le juge québécois appliquera la loi québécoise dans sa version actuelle, celle mise à jour depuis le 1^{er} janvier 2001, même si le changement de lieu de travail habituel s'est matérialisé en 2000, sous réserve des éventuelles règles spécifiques de droit transitoire québécois de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, qui viendrait ponctuellement faire survivre la version de la loi antérieure au 1^{er} janvier 2001. Ainsi, si l'existence d'un tel régime se poursuit, l'article 210.1 alinéa 3 L.R.C.R. interdira à l'employeur le versement de toute somme d'argent, même si une clause claire du régime l'y autorise. En cas de terminaison du même régime, l'article 230.1 détermine les conditions légales de l'attribution d'un tel excédent (application des dispositions d'une convention déjà passée, d'une entente à venir entre les parties au régime, d'une sentence arbitrale si le régime est établi en vertu d'une convention collective, ou d'une déclaration de l'employeur acceptant

d'attribuer tout l'actif aux participants et aux bénéficiaires au prorata de la valeur des droits de chacun; transmission au comité de retraite et à la Régie d'une déclaration des parties attestant que la répartition se fera en application de cette sentence ou convention).

Le même raisonnement, menant à l'application de la loi dans sa version modifiée selon son droit transitoire lors de l'existence d'un surplus, s'appliquerait pour énoncer les méthodes essentielles de répartition admises par la loi, les mesures d'information aux personnes concernées ainsi que les délais pour faire valoir leurs droits et pour déterminer le sort d'un surplus se développant après la date de terminaison du régime.

Si l'on invoque au Québec l'existence d'un *resulting trust by operation of law* en vertu d'une loi d'une autre province, on applique les règles de conflit relatives au trust légal, c'est-à-dire la loi à l'origine de ce trust, donc la loi gouvernant les droits des parties au régime. Comme les droits à l'excédent d'actif découlant du *resulting trust* se matérialisent lorsqu'il reste un tel excédent après que les prestations dues selon le régime aient été payées par le fiduciaire, on devrait appliquer la loi compétente à ce moment dans sa version modifiée selon son droit transitoire.

Examinons maintenant les conceptions des autres provinces canadiennes relatives à l'administration des régimes et des trusts.
