

3.2. Analyse selon la common law canadienne

Après avoir analysé le contenu des règles de conflit applicables à l'administration des régimes, c'est-à-dire notamment celles relatives aux trusts légaux et volontaires (3.2.1.), il faudra se pencher sur le domaine de ces règles (3.2.2.), point par point, puis sur les conflits mobiles (3.2.3.) et les conflits de droit transitoire (3.2.4.).

3.2.1. La loi applicable aux trusts légaux et volontaires dans les provinces de common law

Au plan de la loi applicable à l'administration des régimes complémentaires de retraite, comme à celui des droits des participants, on peut distinguer selon que la désignation résulte d'une méthode unilatérale ou de la méthode de la règle de conflit classique.

3.2.1.1. Désignation selon une méthode unilatérale de la loi applicable à l'administration

Trois hypothèses peuvent justifier la désignation de la loi applicable selon une méthode unilatérale : 1^o si l'autorité en cause est sujette à l'Accord de réciprocité; 2^o s'il s'agit d'une autorité non sujette à l'Accord mais que la loi en cause est celle du tribunal saisi; 3^o s'il s'agit d'une autorité non sujette à l'Accord mais que la loi en cause est celle d'une autre province et que la loi du tribunal saisi a mis en vigueur la Convention de La Haye et l'a appliquée aux autres provinces.

1^o Dans le cadre de l'Accord de réciprocité, l'autorité de surveillance considère toute loi provinciale qui est compétente et l'applique selon sa propre volonté étant donné la délégation de pouvoir qui s'y trouve affirmée. Comme chaque loi comprend une règle de conflit unilatérale, dont nous avons déjà étudié le contenu

(application de la loi du lieu où l'employé se présente au travail, ou, en l'absence d'un tel lieu, de la loi du lieu de l'établissement dont il reçoit sa rémunération), et que celle-ci ne sépare pas l'administration du régime, notamment du trust qui en est l'instrument, des droits des participants, ces règles s'appliquent à l'exclusion des règles de conflit normales touchant les trusts.

2° Si la question est soulevée devant un tribunal, on doit séparer le cas où la loi du tribunal saisi est en cause de celui où il s'agit d'une loi d'une autre province. S'il s'agit d'une loi du tribunal saisi, il l'applique puisque la règle de conflit statutaire spéciale exclut les règles de conflit normales relatives aux trusts.

3° S'il s'agit d'une loi d'une autre province, en principe, à moins d'utiliser la méthode des lois de police à son profit ou d'invoquer une vague règle en formation tirée de la jurisprudence inspirée de l'arrêt *Morguard*, permettant l'application des règles de conflit unilatérales des autres provinces – ces deux raisonnements sont sujets à caution en common law – il faut utiliser en principe les règles de conflit normales. Toutefois, dans *Dinney c. Great-West Life Assurance Co.*³⁰⁰, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a laissé entendre que la règle de conflit normale en matière de régime complémentaire de retraite devait laisser la place aux dispositions impératives (« regulatory standards ») d'une loi d'une autre province dans la mesure où elle aurait pour but de protéger des travailleurs employés dans la province d'origine des dispositions en cause. La Cour faisait implicitement référence à la méthode des règles d'application nécessaire. Ceci est d'autant plus intéressant que les lois qui nous concernent ne font pas de différence à cet égard entre les droits des participants et les questions d'administration du régime ou du trust des fonds de pension.

³⁰⁰ Précitée, note 3.

De plus, en ce qui concerne l'administration du trust proprement dit, la plupart des provinces de common law (sauf, à ce jour, l'Ontario et la Nouvelle-Écosse) ont adopté la *Convention* [de La Haye] *relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, qui remplace les règles de common law par des règles de nature conventionnelle. Exceptionnellement, dans deux provinces ayant adopté la Convention, l'Alberta et le Nouveau-Brunswick, ces règles ne s'appliquent qu'en situation internationale, mais non en situation interprovinciale (où s'appliquent les règles de common law, ou une loi statutaire spécifique comme au Nouveau-Brunswick³⁰¹). Or, l'article 16 de la Convention dispose :

« La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois. »

Il s'agit de l'admission des règles de police du for, ce qui laisse la priorité aux dispositions du for rendues applicables par la règle de conflit unilatérale intégrée dans la loi sur le régime de retraite du tribunal saisi. De plus, et ceci est beaucoup plus intéressant, ce même article poursuit :

« À titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre État qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit. »

On reconnaît la disposition admettant l'effet devant le tribunal saisi des lois de police étrangères, qu'on retrouve notamment dans l'article 7 de la *Convention* [de Rome] *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* et dans l'article 3079 C.c.Q. Dans notre domaine, et par rapport aux questions visées (administration du trust, etc.) il nous semble que *cet article d'origine conventionnelle*

³⁰¹ J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 125, n° 410, p. 538.

pourrait parfaitement être utilisé pour justifier l'application des lois relatives aux régimes complémentaires de retraite des autres provinces compétentes.

À ce propos, rappelons que nous avons déjà rencontré, en examinant les droits des bénéficiaires et des participants, une règle jurisprudentielle des pays de common law selon laquelle un tribunal n'acceptera pas d'ordonner à quelqu'un de faire quelque chose d'illégal selon la loi du lieu d'exécution de l'acte. Cette règle imposerait donc le respect de la loi d'une autre province qui rendrait illégale telle clause d'un régime de retraite selon la loi du lieu d'exécution, indépendamment de la loi applicable en vertu de la règle normale de conflit de lois. Nous avons souligné qu'invoquer cette règle était un moyen détourné de faire appliquer devant un tribunal les règles de conflit unilatérales des autres provinces en matière de régime complémentaire de retraite. On retrouve donc cette même possibilité en ce qui concerne le lieu de l'administration du trust. D'ailleurs, les négociateurs anglais à la Convention de La Haye n'étaient pas favorables à l'article 16, parce qu'ils estimaient que cette règle jurisprudentielle, également admise au Canada, lui écartait toute utilité³⁰².

Mais à supposer qu'on n'admette pas une telle utilisation en jurisprudence, ou qu'on ait fait une réserve spécifique pour écarter cette disposition conventionnelle en général³⁰³, comme l'a fait l'Alberta, ou encore, qu'on réserve les dispositions conventionnelles aux lois des autres États, comme l'ont fait deux provinces (ce qui est tout à fait inopportun étant donné la structure fédérale

³⁰² D. HAYTON, « The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition », (1987) 36 *I.C.L.Q.* 260, 279. L'Angleterre émettra donc une réserve, autorisée par la Convention, concernant l'article 16.

³⁰³ Voir la loi de l'Alberta, *International Convention Implementation Act*, S.A. 1990, c. I-6.8, Part. I, art. 1(4) qui écarte spécifiquement cette règle.

du Canada et la jurisprudence *Morguard*), il faudrait utiliser les règles de conflit conventionnelles normales.

3.2.1.2. Désignation selon la méthode conflictuelle de la loi applicable à l'administration

Il faut ici distinguer entre le droit des provinces qui appliquent en situation interprovinciale les règles de conflit traditionnelles de common law et celles qui ont mis en vigueur la Convention de La Haye qu'elles appliquent aux situations interprovinciales ou qui ont adopté une règle de conflit statutaire spécifique pour les rapports interprovinciaux, reprenant les règles de ladite Convention. Nous appliquerons ensuite ces règles aux divers types de trusts que l'on trouve dans le domaine des régimes complémentaires de retraite puisque ces deux systèmes distinguent au plan de la loi applicable entre trust « légal » et trust « volontaire ».

3.2.1.2.1. Les règles de conflit traditionnelles de common law

En ce qui concerne l'administration du régime lui-même, et ce qui n'appartient pas strictement à l'administration du trust – la frontière n'est pas facile à tracer – on applique la loi contractuelle gouvernant le régime, c'est-à-dire soit la loi choisie, soit la *proper law* du régime, qui, étant donné les circonstances, devrait être en principe la loi du lieu d'exécution de l'emploi, plutôt que la loi du lieu où s'effectue l'administration. En effet, le dépeçage contractuel n'est pas favorisé en common law. Selon le professeur Castel³⁰⁴ :

« There is no authority to prevent the court from deciding that the objectively ascertained proper law varies according

³⁰⁴ J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 125, n° 458, citant *Montréal Trust Co. c. Stanrock Uranium Mines Ltd.*, précitée, note 162.

to the contractual issue involved. However, the court will not do this readily or without good reason. »

En ce sens, la Cour du Banc de la Reine dans l'affaire *Dinney c. Great-West Life Assurance Co.*³⁰⁵ a réaffirmé l'opposition de principe du droit international privé canadien de common law au dépeçage contractuel. La Cour manitobaine a en effet refusé d'appliquer distributivement, en fonction du lieu d'emploi, les diverses lois canadiennes relatives au régime complémentaire de retraite de Great-West Life Assurance, puisqu'elle a appliqué exclusivement la loi du Manitoba, expressément choisie dans le régime, à tous ses participants, indépendamment de la province où ils étaient employés.

En principe, on devrait donc appliquer à l'administration du régime la même loi que celle créant les droits des participants et bénéficiaires. Toutefois, on ne peut écarter la possibilité que la jurisprudence considère la *proper law* de l'administration du régime, soit celle du lieu de l'administration, en examinant toutes les circonstances. Dans ce cas, il n'y aura aucune différence entre la loi applicable à l'administration du régime et celle gouvernant l'administration du trust. La « bonne raison » de procéder au dépeçage serait l'avantage de ne pas avoir à effectuer de délicates opérations de qualification pour déterminer la loi applicable. Sous cette importante réserve, nous allons raisonner comme si les tribunaux ne dépeçaient pas le régime entre les questions de droit des participants et celles relatives à l'administration du régime. Notons quand même, à ce propos, que les parties elles-mêmes pourraient choisir une loi spécifique et différente, unique, pour l'administration du régime afin de simplifier ses aspects légaux. Dans la même décision rendue dans l'affaire *Dinney*, la Cour du

³⁰⁵ Précitée, note 3; voir aussi *Gerling Global General Insurance Co.*, précitée, note 177.

Banc de la Reine du Manitoba a implicitement admis qu'il faudrait donner effet à des clauses contractuelles matérialisant un dépeçage, puisqu'elle a distingué le cas d'espèce de la situation du régime en cause dans l'affaire *Leco*, qui comprenait une clause envisageant l'application distributive des lois ontarienne et québécoise.

Lorsqu'on peut qualifier les rapports en cause de trust entre vifs, la règle de conflit de common law relative au trust sur des biens meubles est différente pour le trust légal ou contractuel (ou « volontaire »)³⁰⁶.

Pour le trust légal, statutaire, on devrait appliquer la *loi qui est à l'origine de sa création* pour déterminer son domaine d'application international³⁰⁷. En d'autres termes, on respecte la volonté de la loi, fut-elle étrangère, qui l'a créé. En fait, sous cette formulation d'apparence traditionnelle, cette règle constitue une admission implicite de la méthode des lois de police, étrangères ou

³⁰⁶ Sur le sujet, voir D. WATERS, *op. cit.*, note 232, c. 29, p. 1119-1140; J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 125, n^{os} 401 à 421; W.S. SWABENLAND, « Conflict of Laws in Administration of Express Trusts of Personal Property », (1936) 45 *Yale L.J.* 438; D. CAVERS, « Trusts *Inter vivos* and the Conflict of Laws », (1930) 44 *Harv. L.Rev.* 161; J. BEALE, « Living Trusts of Movables in the Conflict of Laws », (1932) 45 *Harv. L.Rev.* 969; Walter William LAND, *Trusts in the conflict of laws*, New York, Baker, 1940; P.E.N. CROUCHER, « Trusts of Moveables in Private International Law », (1940) 4 *Mod. L.R.* 111; Perlie P. FALLON, « The Controlling Law in respect to Trusts », (1946-1947) 32 *Cornell L.Q.* 557; L. HOAR, « Some Aspects of Trusts in the Conflict of Laws », (1948) 26 *Can. Bar Rev.* 1415; G.W. KEETON, « Trusts in the Conflict of Laws », (1951) 4 *Current Legal Problems* 107; V. LATHAM, « The Creation and Administration of a Trust in the Conflict of Laws », (1953) 6 *Current Legal Problems* 176; V.T.H. DELANY, « Charitable Trusts and Conflict of Laws », (1961) 10 *I.C.L.Q.* 385. Voir aussi A. DYER et H. VAN LOON, *loc. cit.*, note 234, 65-102.

³⁰⁷ P.M. HORTH et J.J. FAWCETT, *op. cit.*, note 206, p. 888.

non, dans ce domaine particulier, fondée sur les méthodes d'interprétation statutaire propres aux pays de common law.

Pour le trust volontaire, on a progressivement distingué la validité du trust de son administration³⁰⁸. En ce qui concerne sa *validité*, la règle de conflit de common law, identique à l'article 3107 alinéa 1 C.c.Q., donne compétence en principe à la loi choisie par le *settlor* et, en l'absence de choix, à la loi ayant les liens les plus étroits avec le trust³⁰⁹.

La volonté du constituant, fut-il un particulier, un législateur ou encore un ensemble d'employés et d'employeurs, comme pour les régimes de retraite, est ainsi considérée comme l'élément central au plan de la loi applicable³¹⁰. On peut en voir une illustration spécialement marquante dans les trusts successoraux où il est primordial d'accomplir la volonté du défunt. Le choix de la loi permet évidemment une prévisibilité qui est de l'essence même du trust. En donnant une toute première place à la volonté du constituant, on favorise ainsi la création des trusts *inter vivos*. Ce

³⁰⁸ Cette distinction au plan de la loi applicable reflète l'évolution en ce qui a trait à l'analyse du trust comme une question purement réelle – soumise soit, pour les immeubles, à la loi du lieu de situation des biens, soit, au moins pour les trusts testamentaires relatifs aux meubles, à la loi du domicile du propriétaire (constituant) – vers la reconnaissance que la question comportait un aspect limitatif au droit de propriété, l'administration nécessitant un rattachement différent : voir D. WATERS, *op. cit.*, note 232, p. 1123 et 1124.

³⁰⁹ Voir J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 125, n° 403. Il semblerait aussi, selon le professeur Castel, que si la loi choisie avait pour but d'écarter les dispositions impératives de la loi ayant objectivement les liens les plus étroits, on ne donnera pas effet à cette désignation, p. 540 citant *United Services Fund (Trustee of) v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, (1987) 40 D.L.R. (4th) 94 (B.C.S.C.), (1987) 16 B.C.L.R. (2d) 187 (S.C.). Toutefois, cet arrêt ne nous semble pas toucher ce problème.

³¹⁰ Voir L. HOAR, *loc. cit.*, note 306, 1415.

motif, défavorable à l'application de la loi du lieu de situation des biens, puisqu'ils peuvent se déplacer, devrait avoir une résonance particulière en matière de régime de retraite. Plus la législation sera jugée contraignante – mais il faut bien protéger les employés bénéficiaires, qui ont négocié les régimes de retraite en acceptant des salaires moins élevés, d'autant plus qu'ils sont aussi constituants – moins les employeurs se tourneront vers ce moyen. Ainsi, en l'absence de volonté expresse, les tribunaux ont cherché à dégager une intention implicite du constituant, en examinant l'ensemble des circonstances. On devrait aussi retrouver des conséquences de cette conception volontariste dans le traitement des conflits mobiles et des conflits transitoires en matière de trust.

En ce qui concerne l'*administration du trust*, pour les mêmes motifs, elle devrait dépendre aussi d'abord de la loi choisie, puis, en l'absence de choix, de la loi du lieu où elle se produit. Ce dernier facteur, bien qu'il soit relativement prévisible pour le constituant, peut présenter des difficultés de détermination³¹¹. La loi du lieu de l'administration peut être en principe celle du lieu de résidence du *trustee* ou du lieu des actes matériels d'administration³¹². Ainsi, le facteur du domicile ou de la résidence des bénéficiaires n'est pas un facteur pertinent au plan de l'administration du trust parce qu'ils pourraient être dispersés³¹³ et qu'ils n'y participent pas³¹⁴. On pourrait aussi penser à localiser artificiellement le trust comme un ensemble de biens par le lieu du domicile ou de la résidence du propriétaire, qui, en common law, est le *trustee*. En fait, le raisonnement traditionnellement tenu par les juges est de considérer l'intention du *settlor* comme découlant

³¹¹ D. CAVERS, *loc. cit.*, note 306, 190 et 191.

³¹² J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 125, n° 405, p. 541.

³¹³ Voir L. HOAR, *loc. cit.*, note 306, 1425.

³¹⁴ W.S. SWABENLAND, *loc. cit.*, note 306, 447.

implicitement du choix d'un *trustee* résidant dans un pays donné, où se trouvent aussi les biens en cause³¹⁵. Cette logique est d'autant plus marquée quand le *trustee* est aussi exécuteur testamentaire : il va de soi que l'administration du trust doit se matérialiser au lieu où se trouve la succession. Mais l'administration d'un trust créé en matière de régime de retraite peut se manifester ailleurs de manière plus significative qu'au lieu de la résidence du *trustee*.

Le professeur Castel estime que la règle générale serait plutôt la loi ayant les liens les plus étroits avec l'administration du trust, parce que certaines décisions canadiennes relativement anciennes n'ont pas considéré que le lieu de résidence du *trustee* était nécessairement applicable³¹⁶. Il est exact que dans *Jewish National Fund c. Royal Trust Co.*³¹⁷, la Cour suprême du Canada a considéré en 1965 qu'un exécuteur testamentaire, qui semblait être aussi le *trustee*, n'avait pas le pouvoir de transférer des fonds à un *trustee* new-yorkais, parce que la loi de la Colombie-Britannique, compétente en tant que loi du domicile du testateur, invalidait le supposé trust parce qu'il était contraire à la règle de cette province allant à l'encontre des trusts perpétuels (*perpetuities*). Ce faisant, la Cour écartait donc la loi du domicile du *trustee* new-yorkais³¹⁸.

³¹⁵ L. HOAR, *loc. cit.*, note 306, 1424 et 1425.

³¹⁶ J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 125, n^{os} 405, 541 et 542, citant *Harris Investments Ltd. c. Smith*, [1934] 1 D.L.R. 748 (C.A.), (1934) 48 B.C.R. 274 (C.A.); *Jewish National Fund Inc. c. Royal Trust Co.*, [1965] R.C.S. 784, 791 (trust testamentaire).

³¹⁷ Précité, note 316, 784.

³¹⁸ Mais une forte minorité, en faveur de la loi new-yorkaise, a considéré qu'en fait, il y avait très peu d'administration à faire en Colombie-Britannique, puisque la seule mission de Royal Trust était de verser les fonds au *trustee* new-yorkais, qui devait l'utiliser pour acheter des terres, conformément à la loi new-yorkaise qui validait le trust. En définitive, à

Au contraire, dans *In Re Nanton Estate*³¹⁹, la cour de King's Bench du Manitoba en 1948, a appliqué la loi manitobaine à l'administration d'un trust sur une somme d'argent au bénéfice de deux enfants domiciliés en Angleterre, au motif que « the trustees are here, and the estate and trusts are being administered here »³²⁰. La Cour a également tenu compte du fait que les sommes d'argent en cause étaient entre les mains des *trustees* au Manitoba et donc que la loi manitobaine était la loi du lieu de situation des biens. De même, dans la récente affaire *Branco c. Veira*³²¹, la Cour ontarienne, alors que les fonds étaient en banque en Ontario, a appliqué à l'administration d'un trust successoral la loi du lieu où les *trustees* résidaient, la loi de St-Vincent et des îles Grenadines, qui était aussi celle du lieu où elles expédiaient leurs instructions, celle du lieu où les banquiers expédiaient leurs rapports, donc celle du lieu réel d'administration du trust.

La différence entre la formulation du professeur Castel et la formulation traditionnelle consiste en ce qu'il faut examiner

notre avis – à supposer même qu'il s'agissait vraiment d'un trust et non simplement de donner effet au testament, ce qui est douteux (voir sur ce point D. WATERS, *op. cit.*, note 232, p. 1126 et 1127), – si la loi du domicile du testateur a été appliquée par la Cour canadienne, et non la loi du lieu où le futur *trustee* devait administrer les fonds, ceci s'explique parce qu'on peut dire qu'en fait la question touchait directement la validité du trust et non l'administration. En effet, puisque la Cour a décidé que le pseudo-trust était invalide, elle a donné raison au plaideur qui voulait que les fonds soient considérés comme partie de l'héritage : il n'y avait plus de question d'administration à se poser.

³¹⁹ [1948] 2 W.W.R. 113 (K.B.), (1948) 56 Man. R. 71 (K.B.).

³²⁰ *Id.*, 117 (W.W.R.).

³²¹ (1995) 8 E.T.R. (2d) 49 (Ont. Gen. Div.). La Cour cite aussi *Re Nanton Estate*, précité, note 319; *Thibodeau Family Trust c. The Queen*, (1978) 78 D.T.C. 6376, 6385-86 (F.T.D.), (1978) 3 E.T.R. 168 (F.T.D.); *Vermont Loan & Trust Co. c. Ennis*, [1933] 2 W.W.R. 397 (Sask. C.A.).

l'ensemble des circonstances pour désigner la loi du lieu où l'administration se matérialise et non simplement le lieu de résidence du *trustee*. Les facteurs de rattachement les plus pertinents sont le domicile ou la résidence du *trustee*, le lieu d'exécution matérielle du trust, comme le lieu d'où sont prises les décisions les plus importantes, éventuellement le lieu de son enregistrement et le lieu de situation des biens sur lesquels il porte, le lieu de situation de la banque où est situé le compte bancaire utilisé par les *trustees*, etc.

Favoriser une approche réaliste, comme le propose le professeur Castel, en examinant où se produisent vraiment les actes d'administration les plus significatifs, correspond probablement à l'attitude pragmatique des tribunaux de common law. À l'heure actuelle, les *trustees* peuvent correspondre facilement par vidéo-conférence ou courrier électronique, une décision peut être prise par les *trustees* alors qu'ils se trouvent physiquement et résident dans des pays différents, etc.³²². Déterminer matériellement le lieu de l'administration ne devient d'ailleurs pas plus facile.

Pour les régimes de retraite, l'administration comprend un certain nombre de devoirs d'enregistrement (en cas de modification du régime, etc.) et il semble plus pratique que le comité de retraite accomplisse en principe ses fonctions au lieu d'enregistrement de ce régime. La loi du lieu de l'administration peut donc correspondre en pratique à celle du lieu d'enregistrement, quelle que soit la formulation de la règle. Il est possible que ce dernier lieu ne soit pas celui de la résidence du *trustee*. Mais cette dernière localisation reflète l'analyse ancienne, certainement dépassée, du trust en terme de question purement réelle. D'un autre côté, le lieu

³²² D. WATERS, *op. cit.*, note 232, p. 1124; voir par exemple *Thibodeau Family Trust c. The Queen*, précité, note 321 (D.T.C.) (un *trustee* résidait au Canada, les deux autres aux Bermudes).

d'enregistrement seul ne devrait pas suffire car on aboutirait alors à localiser l'administration du trust comme on le ferait pour l'existence d'une personne morale, au lieu de son enregistrement. Or, le trust n'a pas la personnalité morale et sa validité n'épuise pas toutes les questions qui peuvent se poser à son sujet. Malgré tout, il est indéniable que le lieu d'enregistrement continue d'être un endroit où se produit un certain nombre d'actes d'administration importants du point de vue juridique : il devrait rester, parmi d'autres, l'un des facteurs de rattachement de l'administration des plus pertinents.

Cependant, comme nous l'avons dit, la plupart des provinces canadiennes de common law (sauf la Nouvelle-Écosse et l'Ontario) ont adopté les dispositions de la Convention de 1985 de La Haye sur la loi applicable au trust, qui remplace les règles de common law par des règles conventionnelles assez semblables (à moins qu'elles n'aient été remplacées par des règles statutaires reprenant la substance de la Convention de La Haye, comme c'est le cas au Nouveau-Brunswick et en Colombie-Britannique³²³).

3.2.1.2.2. Les règles de conflit de la Convention de La Haye

La Convention dispose que le trust est régi par la loi choisie par le constituant (article 6). En l'absence de choix, ce qui est normalement le cas pour les régimes complémentaires de retraite, on applique la loi ayant les liens les plus étroits (article 7), mais on peut appliquer une loi particulière pour un élément susceptible d'être isolé, notamment l'administration du trust (article 9).

Ainsi, la possibilité de choisir une loi pourrait impliquer, selon l'article 9 de la Convention, le droit de choisir une loi différente pour « un élément du trust susceptible d'être isolé ». Mais pourrait-

³²³ Voir note précédente.

on soutenir que l'on peut choisir une loi différente pour régir l'administration des cotisations versées et situées dans chaque province, ou par des *settlers* travaillant dans chaque province? Le rapport explicatif de la Convention de La Haye l'admet en principe³²⁴. Il faudrait pouvoir affirmer qu'il s'agit d'un élément susceptible d'être isolé, ce qui n'est pas évident, notamment si les cotisations transférées par exemple à partir d'un établissement de l'entreprise au Québec, dans une succursale bancaire au Québec, aboutissent dans un compte unique ouvert et géré dans une succursale en Ontario. Sous cette réserve, la notion de trust est probablement suffisamment souple pour s'accommoder d'un tel choix multiple de la loi applicable, même si, en pratique, on voit plutôt rarement des clauses de choix de la loi dans les régimes complémentaires de retraite.

Au plan de la détermination matérielle de la loi applicable, la Convention précise les éléments dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer cette *proper law of the trust*. Il s'agit des éléments que l'on retrouve dans l'article 3107 C.c.Q. : le lieu où le trust est administré, la situation des biens, la résidence ou l'établissement du *trustee*, la finalité du trust et les lieux où celle-ci doit s'accomplir. Il faut donc noter que la loi applicable objectivement au trust selon l'article 7 pourrait bien être celle du lieu d'administration, non seulement au plan de l'administration, mais aussi à celui de la validité, ce qui éviterait tout dépeçage. Il en est d'autant plus ainsi que les facteurs énumérés dans cet article le sont par ordre d'importance décroissante : le lieu d'administration est précisément classé en premier.

À supposer qu'en l'espèce, la loi applicable à la validité du trust ne soit pas celle du lieu d'administration, on peut alors se demander quelle loi devrait s'appliquer à son administration, dans

³²⁴ A.E. VON OVERBECK, *loc. cit.*, note 246, n° 91, 390.

le cadre de l'article 9. Il est très probable, bien que rien ne l'impose en théorie, que les tribunaux des provinces de common law appliquant la Convention reprendront à ce sujet la règle de la common law, désignant, comme nous l'avons vu, la loi du lieu d'administration ou celle ayant les liens les plus étroits avec cette administration.

Quant au domaine de la Convention, elle ne s'applique qu'aux trusts « volontaires » et non, en principe aux trusts judiciaires (article 3 de la Convention). Ces trusts judiciaires (*constructive trust, resulting trust*, etc.) sont régis en common law par les règles relatives à l'enrichissement sans cause³²⁵.

Nous avons vu plus haut qu'il existe cependant une ambiguïté au sujet des trusts *légaux*. L'article 3 énonce que la Convention ne s'applique qu'aux trusts « créés volontairement » dans le but d'écartier la possibilité de donner directement effet aux trusts judiciaires, c'est-à-dire à des décisions relatives à des trusts, sans utiliser les conditions normales relatives à l'effet des décisions étrangères. Mais les trusts légaux, statutaires, qui ne résultent pas de décision judiciaire ne sont pas concernés par ce motif. Comme ils sont semblables aux trusts volontaires et qu'ils posent des problèmes identiques, l'idée était³²⁶ d'élargir le plus possible le domaine de la Convention³²⁷. Toutefois, le rapport explicatif final

³²⁵ J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 125, n° 420. Toutefois, les provinces canadiennes ont étendu le domaine de la Convention aux trusts judiciaires, notamment les *constructive trusts* (p. 551).

³²⁶ Au moins dans un certain nombre de pays, dont le Canada et l'Angleterre (l'Australie n'était pas de cet avis et les États-Unis hésitaient un peu plus).

³²⁷ Ceci explique d'ailleurs pourquoi les provinces canadiennes ont étendu son domaine aux trusts judiciaires.

du professeur Von Overbeck³²⁸ affirme que les trusts légaux sont aussi exclus par l'article 3, alors qu'aucun motif ni aucune discussion ne semble permettre une telle interprétation. Le professeur Castel est également de cet avis³²⁹.

Que l'on se trouve dans une province utilisant les règles de conflit non conventionnelles ou conventionnelles, il faut donc qualifier les trusts relatifs à l'administration des régimes puisque ces deux systèmes n'appliquent pas les mêmes règles selon la nature du trust en cause. Le problème est important car il nous semble que certains trusts dont il est question dans les régimes complémentaires de retraite pourraient appartenir à la catégorie des trusts légaux (*trust by operation of law*).

3.2.1.2.3. Qualification des trusts de régime de retraite en common law

Pour le type de trust créé par exemple par l'article 57 de la loi ontarienne (semblable à celui créé par l'article 49 de la loi québécoise) au sujet des contributions détenues par l'employeur et non encore versées au fonds, il s'agit d'un trust statutaire, à notre avis, ce qui nous semble confirmé par le fait que la jurisprudence utilise l'expression « deemed trust » pour le nommer³³⁰. Dans ce cas, aucune des règles conventionnelles dont nous venons de parler ne le régit, mais on devrait appliquer la *loi qui est à l'origine de sa création* pour déterminer son domaine d'application

³²⁸ A.E. VON OVERBECK, *loc. cit.*, note 246, n° 49, 380 : « celle-ci n'est pas applicable aux trusts créés directement par la loi [created by operation of law] ou par décision de justice ».

³²⁹ J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 125, n° 412, p. 545.

³³⁰ *Toronto Dominion Bank c. Usarco Ltd.*, (1991) 42 E.T.R. 235 (Ont. Gen. Div.).

international³³¹. Ainsi, selon la common law, la règle de conflit applicable à ces relations de trust serait la règle de conflit unilatérale propre à chaque loi relative aux régimes complémentaires de retraite. Nous sommes d'ailleurs déjà parvenus à cette même conclusion en analysant le droit québécois. Sous réserve de l'Accord de réciprocité, qui heureusement aboutit ici au même résultat, ce traitement des trusts légaux créés par les lois sur le régime de retraite touche toutes les provinces de common law, puisque, soit, elles n'ont pas mis en vigueur dans leur droit la Convention de La Haye ou n'ont pas voulu l'appliquer aux autres provinces, soit, ayant adopté la Convention, celle-ci ne semble pas applicable aux trusts légaux.

Par ailleurs, le trust éventuellement créé par le versement normal des contributions salariales et patronales dans le fond de pension (*trusteed pension plan*) semble être analysé dans les provinces canadiennes de common law comme un trust volontaire. La nature des régimes est clairement contractuelle et il semble aussi que les trusts créés par les régimes au sujet de toutes les contributions soient de nature volontaire³³².

L'administrateur des fonds de pension des provinces de common law correspond à une sorte d'administrateur du bien d'autrui³³³, au sens du droit civil, qui n'est pas nécessairement un

³³¹ P.M. NORTH et J.J. FAWCETT, *op. cit.*, note 206, p. 888.

³³² Dans *Schmidt*, précité, note 268, le juge McLachlin a notamment dit : « Pensions plan [...] are private arrangements bestowed by an employer on employees as a benefit of employment [...] Whatever form they take, as private contractual or as trust arrangements, the law of contract or trust determines how the funds are distributed. » (p. 695).

³³³ L'article 22(1) de la loi ontarienne dispose que : « L'administrateur d'un régime de retraite apporte à l'administration et au placement des fonds de la caisse de retraite le soin, la diligence et la compétence qu'une personne d'une prudence normale exercerait relativement à la gestion des biens d'autrui. »

trustee ou un fiduciaire. Un fiduciaire peut bien être gouverné par les règles relatives à l'administration du bien d'autrui, mais ce n'est pas pour autant que tout administrateur du bien d'autrui ou d'un régime de retraite devient automatiquement un fiduciaire ou un *trustee* en raison de la loi. De même, les lois des provinces de common law prévoient que l'administrateur du fonds a certaines obligations légales qui se rapprochent et qui sont souvent même copiées sur la common law des trusts³³⁴. Même si ces lois spécifiques ajoutent à la charge des *trustees* des fonds de pension, *lorsqu'ils sont administrateurs* de ces fonds, par rapport à la common law des trusts, ou par rapport aux lois statutaires sur les *trustees*, cela ne change pas la nature volontaire de ces trusts, soumis partiellement à des règles légales en général impératives. Le trust reste créé volontairement, par « trust agreement », acte volontaire qui peut donner effet au contrat d'un genre particulier que constitue le régime.

Ainsi, une Cour ontarienne, dont la décision a été confirmée en 1994 par la Cour d'appel de l'Ontario, a estimé dans *Crownx Inc. c. Edwards*³³⁵ que les fonds de pension ne sont pas nécessairement des trusts et qu'en l'espèce le fonds de pension n'en était pas un parce que la certitude relative à l'intention du *settlor* d'en constituer un faisait défaut. C'était dire que ce genre de trust appartient à la catégorie des trusts « volontaires », et non à celle des trusts imposés par la loi³³⁶.

³³⁴ P.J. MYHAL, « Doing One's Duty: Pension Plan Administrators, Agents and Trustees », (1991) 11 *Est. & Tr. J.* 10, 11.

³³⁵ (1991) 45 E.T.R. 57 (Ont. Gen. Div.), conf. par (1994) 20 O.R. (3d) 710 (C.A.) cités dans note 2, p. 114.

³³⁶ Voir aussi *Re Reeve et al. and Montréal Trust Co. of Canada*, (1986) 25 D.L.R. (4th) 312 (C.A. Ont.). En l'absence de clause contractuelle autorisant l'employeur à modifier le régime et le trust, ce dernier ne pouvait le modifier en retirant aux employés le bénéfice exclusif des fonds

En conséquence, ce type de trusts est soumis, devant une autorité non partie à l'Accord de réciprocité, à la loi désignée par la règle de conflit conventionnelle, dans les provinces ayant adopté la Convention et qui ont décidé de l'appliquer aux rapports interprovinciaux, ou dans les provinces ayant adopté une règle de conflit statutaire qui en reprend la substance³³⁷. Ainsi, en vertu de l'article 6 de la Convention, il serait possible de choisir une loi applicable à ce trust³³⁸. En l'absence de choix, selon l'article 7, on applique la loi ayant les liens les plus étroits avec ce trust ou son administration, selon la question posée, en tenant compte du lieu d'administration, de la situation des biens, de la résidence du *trustee* et des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis. Ces objectifs sont essentiellement de fournir des pensions de retraite aux participants et aux bénéficiaires et doivent être accomplis aux lieux où ces personnes résident après la cessation de participation active du participant.

accumulés à partir des contributions déposées et en s'en appropriant le surplus.

³³⁷ Il s'agit du Nouveau-Brunswick (*Conflict of Laws Rules for Trusts Act*, S.N.B. 1988, c. C-16.2), qui a décidé de ne pas appliquer la Convention entre les provinces canadiennes (la règle statutaire aboutit alors à la même solution), et de la Colombie-Britannique (*Conflict of Laws Rules for Trusts Act*, R.S.B.C. 1996, c. 65), qui a accepté toutefois d'appliquer la Convention même entre provinces canadiennes. Voir à ce sujet J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 125, n° 419.

³³⁸ Rappelons qu'il est possible de soutenir, pour ces provinces « conventionnelles », que l'article 16 de la Convention permet d'appliquer les lois impératives des autres provinces qui sont compétentes selon leur propre volonté, ce qui pourrait bien inclure les dispositions des lois sur le régime complémentaire de retraite relatives aux questions d'administration du fonds de pension du régime constitué en trust volontaire.

Devant la même autorité, pour les provinces n'ayant pas adopté le système de La Haye ou qui ne l'appliquent pas aux rapports interprovinciaux, ce trust général est soumis à la loi du tribunal saisi, si celui-ci est aussi celui du lieu où l'employé en cause se présente au travail, ou, sinon, celui du lieu de l'établissement dont il reçoit sa rémunération. Si la loi du tribunal saisi n'est pas en cause, il est régi par la loi désignée par la règle de conflit de la common law, distinguant, comme nous l'avons vu, entre validité et administration du trust, cette dernière étant soumise à la loi du lieu de l'administration. Dans cette hypothèse aussi, le choix de la loi applicable au trust constitué par un fonds de pension serait légal.

En définitive, on constate qu'il n'y a que très peu de différence entre les droits des provinces ayant adopté les règles conventionnelles et ceux des provinces qui ne l'ont pas fait ou qui ne les ont pas étendues aux relations interprovinciales. La loi applicable à l'administration du trust est soit la loi choisie par le constituant, soit la loi ayant les liens les plus étroits avec le trust ou avec l'administration (à condition que celle-ci soit différente de la loi applicable à la validité du trust). Les facteurs de rattachement objectif de l'article 7 ne sont certainement pas étrangers aux droits des provinces de common law. Peut-être, tout au plus, la hiérarchie qui s'y trouve consacrée est-elle plus contraignante qu'en droit interne³³⁹. Quant aux questions relatives au domaine de la loi applicable au trust, énumérées à l'article 8, sujet sur lequel nous allons nous pencher maintenant, elles ne devraient pas non plus poser de sérieux problème de conscience aux tribunaux de ces provinces. Exceptionnellement, l'article 16 de la Convention pourrait sembler faire une différence importante et c'est peut-être

³³⁹ D'un autre côté, l'article 14 de la Convention dispose qu'elle « ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance du trust ».

la raison pour laquelle l'Alberta a spécifiquement renoncé à l'appliquer.

Finalement, on peut se demander comment qualifier la situation dans laquelle, alors que les bénéficiaires prévus ont été payés aux employés, il reste un surplus dans l'actif du régime. S'ils sont inclus dans le trust, ce qui est souvent le cas, dans la mesure où l'employeur ne fait pas de réserve quant à la propriété des sommes versées au nom du *trustee*, ils suivent le régime du trust volontaire. En cas de silence du trust, mais de disposition spécifique du régime, il est probable que l'on applique la loi du régime et que l'on considère que ces sommes excédentaires ne sont pas concernées par le trust volontaire. Mais certaines lois, comme la loi ontarienne, dans son article 79(4), disposent maintenant qu'à moins de clause valide du régime permettant à l'employeur de le retirer, ce surplus doit être distribué aux employés. On a pu y voir un *resulting trust*, créé par la loi³⁴⁰. À condition que cette situation soit effectivement qualifiée de *resulting trust*, ce qui n'est pas certain dans tous les cas, il faudrait appliquer alors aux prétentions qui s'y rapportent la loi désignée par la règle de conflit relative aux *resulting trust* (la Convention de La Haye pour les provinces l'ayant adoptée et mise en vigueur entre les provinces, car elles ont expressément étendu son domaine à ces trusts) et la règle de conflit selon laquelle on applique la loi à l'origine de sa création, c'est-à-dire la loi désignée selon les règles de conflit unilatérales des lois en cause, pour les autres.

Après avoir envisagé les règles de conflit applicables à l'administration du régime et du trust, examinons le domaine d'application de la loi désignée par ces règles, c'est-à-dire les

³⁴⁰ *La Have Equipment Ltd. c. Nova Scotia (Superintendent of Pensions)*, précité, note 271.

questions relatives à l'administration du régime, ou du trust créé par le régime complémentaire de retraite, qui lui sont soumises.

3.2.2. Le domaine de la loi applicable à l'administration des régimes dans le droit des provinces de common law

L'administration du régime, on l'a dit, comprend un certain nombre de tâches matérielles, comme la fourniture d'informations aux employés, l'élaboration d'un manuel d'administration, le calcul et le paiement des prestations aux bénéficiaires, la vérification des conditions d'éligibilité, l'inscription des nouveaux membres, la conservation des dossiers des employés, l'enregistrement de documents auprès des autorités de surveillance, etc.

Rappelons, en ce qui concerne les questions relatives à l'administration du trust, que le professeur Waters les définit ainsi³⁴¹ :

« Administration covers such issues as who may appoint, who may be appointed as, a new trustee, the powers and duties of trustees, trustees' investments, the distinction between income and capital, the liability of trustees for breach of trust and their rights of indemnity and contribution. It will also include the administrative powers of the court, the power to give advice, and to confer powers or authority upon trustees. »

De même, encore plus précisément, rappelons le texte de l'article 8 de la Convention de La Haye, qui prévoit quelques lignes directrices relatives au domaine d'application de la loi qu'elle désigne. Il dispose :

³⁴¹ D. WATERS, *op. cit.*, note 232, p. 1125.

« La loi déterminée par les articles 6 [choix de la loi] ou 7 [absence de choix] régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.

Cette loi régit notamment : a) la désignation, la démission et la révocation du *trustee*, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un *trustee* ainsi que la transmission des fonctions de *trustee*; b) les droits et obligations des *trustees* entre eux; c) le droit du *trustee* de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs; d) les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux; e) les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements; f) les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust; g) les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires; h) la modification ou la cessation du trust; l) l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion. »

Comme on le voit, cette énumération sur laquelle les États de droit civil et de common law se sont entendus nous sera utile dans notre domaine. Certaines questions que nous allons aborder maintenant touchent la *validité* du trust, comme les questions d'enregistrement, d'autres concernent son *administration* au sens strict (comme les règles relatives au financement du fonds de pension).

En abordant la question du domaine de la loi applicable, il faut se souvenir de l'avertissement très justement donné par l'un des négociateurs anglais de la Convention de La Haye : dans de nombreux cas, la loi applicable à ces questions n'est pas censée en couvrir tous les aspects, mais a pour objet de dire quels sont les

pouvoirs des *trustees* du simple point de vue du droit des trusts³⁴². L'auteur donne ainsi comme exemple le fait que la loi ainsi désignée n'a pas compétence pour dire quel type de sûreté peut être créé lorsqu'en vertu de la loi applicable le *trustee* a le pouvoir d'en créer une. De la même manière, rappelons qu'il est possible que certaines questions touchent l'administration *du régime*, sans directement appartenir à celles relatives à l'administration du trust lui-même. Le rapport explicatif du professeur Von Overbeck précise d'ailleurs que « la loi désignée par la Convention ne s'applique qu'à la constitution du trust lui-même, et non pas à la validité de l'acte par lequel le transfert des biens s'effectue »³⁴³.

Enfin, il y a lieu de présumer, à la lueur de la jurisprudence et en suivant le sens pratique, favorable à l'unité de la loi applicable à l'administration du trust, que si la règle de conflit est bien une formule générale à cristalliser selon les circonstances, comme le pense le professeur Castel, néanmoins, une fois déterminée, elle couvre de la même manière *toutes* les questions relatives à l'administration du même trust. Autrement dit, la formule de « la loi ayant les liens les plus étroits avec l'administration » ne doit pas être analysée différemment pour les diverses questions touchant l'administration du même trust³⁴⁴.

Comme nous l'avons fait pour les droits des participants, nous examinerons la loi ontarienne à titre d'illustration (*Loi sur les régimes de retraite/Pension Benefit Act*, citée P.B.A., et la même

³⁴² D. HAYTON, *loc. cit.*, note 302, 273.

³⁴³ A.E. VON OVERBECK, *loc. cit.*, note 246, n° 54, au sujet de l'article 4 de la Convention qui dispose : « La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des [...] actes juridiques par lesquels les biens sont transférés au *trustee*. »

³⁴⁴ W.S. SWABENLAND, *loc. cit.*, note 306, 447.

analyse devrait être étendue aux dispositions similaires des lois des autres provinces de common law.

3.2.2.1. Enregistrement du régime (articles 6 à 10 et 15 à 18 P.B.A.) et de modifications (articles 12 à 14 P.B.A.)

On peut qualifier certaines questions gouvernées par les règles d'enregistrement comme relatives à la validité formelle du trust. En common law, on applique alors soit la loi applicable au fond du trust, soit celle du lieu où l'acte a été dressé³⁴⁵. Pour le trust légal touchant les cotisations à verser au fonds de pension, il s'agit de la loi à l'origine du trust, donc de la loi qui applicable selon sa règle de conflit unilatérale.

Pour le trust général touchant toutes les cotisations, on appliquera donc la loi choisie par les *settlers*, mais, en l'absence de choix, la loi ayant les liens les plus étroits avec le trust ou la loi du lieu où a été rédigé l'acte à l'origine du trust, donc le document dans lequel se trouve consigné le régime. L'article 8 de la Convention de 1985 donne compétence à la loi gouvernant le fond du trust, c'est-à-dire à la loi choisie selon l'article 6 ou, en l'absence de choix, à la loi ayant les liens les plus étroits, déterminée selon l'article 7.

Toutefois, les délégués des pays de common law à la Convention de La Haye ont expliqué que s'il est difficile de distinguer entre validité formelle de l'acte constitutif préliminaire – ici, le régime – et celle du trust lui-même, la question de la validité formelle du trust est juste théorique³⁴⁶. On peut en tirer qu'en principe la plupart des questions traitées dans les articles sous cette rubrique ne concernent que la validité du régime de

³⁴⁵ Voir A. DYER et H. VAN LOON, *loc. cit.*, note 234, n° 134.

³⁴⁶ A.E. VON OVERBECK, *loc. cit.*, note 246, n° 55.

retraite, donc seront soumises à la loi désignée dans la première partie, sans devoir distinguer de loi applicable à la validité formelle, c'est-à-dire essentiellement à l'enregistrement, du trust. Examinons ceci plus en détail.

L'article 6 de la loi ontarienne (P.B.A.) interdit à l'administrateur d'un régime de retraite de l'administrer si le surintendant n'a pas délivré de certificat d'enregistrement ou si l'enregistrement a été refusé. De même, l'article 9 P.B.A. établit l'obligation pour l'administrateur d'enregistrer le régime et énumère les exigences d'enregistrement. L'article 12 en fait de même pour les modifications du régime. Le refus d'enregistrement met fin au régime ou à la modification et l'administrateur doit le liquider conformément à la loi (article 18). Il s'agit donc bien ici de questions relatives à la validité formelle du régime lui-même, et non à celle du trust, dont la fin en est toutefois une conséquence. Mais la loi crée aussi des obligations à l'égard de l'administrateur du régime, qui est aussi administrateur du trust.

Toutes les *exigences* de validité formelle du régime, ainsi que les obligations des administrateurs en matière d'enregistrement, doivent donc dépendre de la loi contractuelle applicable au fond du régime. Il s'agit, rappelons-le, de la *proper law*, c'est-à-dire soit la loi choisie, soit celle ayant les liens les plus étroits. Celle-ci devrait être, dans notre domaine, celle du *lieu d'exécution du travail* (pour le travailleur fixe qui se présente à un établissement de l'employeur) ou celle du *lieu de l'établissement à partir duquel le travailleur reçoit sa rémunération* (en cas de travailleur mobile ou travaillant chez lui, à domicile). Rappelons qu'il est possible que, par dépeçage, les tribunaux de common law considèrent que la loi applicable à l'administration du régime est la même que celle régissant l'administration du trust, déterminée selon l'ensemble des circonstances relatives à cette administration.

Les dispositions en cause se présentent comme des règles impératives auxquelles il n'est pas possible de déroger. S'il s'agit du droit ontarien, le tribunal ontarien l'appliquera en respectant les règles de conflit unilatérales des articles 3 et 4 : application aux régimes de retraite offerts aux personnes employées en Ontario, c'est-à-dire à celui offert aux personnes tenues de se présenter au travail en Ontario, ou, si elles ne sont pas tenues de se présenter au travail à un établissement de l'employeur, offert aux personnes qui reçoivent leur rémunération d'un établissement situé en Ontario.

Si le droit ontarien n'est pas en cause, le tribunal ontarien devrait normalement, mais ceci n'est pas certain, faire respecter la loi du lieu d'exécution des actes en cause, en vertu de la règle jurisprudentielle dont nous avons parlé, soit en s'inspirant de la jurisprudence *Morguard*. L'acte en cause ici est soit l'absence de présentation de demande conforme au lieu d'enregistrement, soit l'acte d'administration du régime non enregistré. Le tribunal ontarien devrait donc faire respecter l'illégalité résultant d'une violation de la loi de la province du lieu d'enregistrement ou du lieu de l'acte d'administration du régime non conformément enregistré. La loi de ces lieux devrait en principe être la même et elle sera normalement aussi celle du lieu de l'administration du trust.

Quant à la fin du trust qui était créé en application du régime, en principe, c'est la loi relative à la validité du trust qui devrait déterminer si la fin du régime entraîne automatiquement la fin du trust. En l'absence de loi choisie, c'est celle ayant les liens les plus étroits avec ce trust créé volontairement qui s'applique, sous réserve éventuellement, là aussi, de la règle jurisprudentielle relative à l'illégalité.

Pour les provinces, autres que l'Ontario, ayant adopté la Convention de La Haye, l'article 8 précise que la loi applicable au trust détermine ses modifications et sa « cessation ». L'article 7 impose alors de tenir compte dans cette détermination de la loi du lieu d'administration, de celle du lieu de situation des fonds concernés, du lieu de résidence des *trustees* et des objectifs du trust ainsi que des lieux où ces objectifs doivent être accomplis. Tous ces éléments seront aussi pris en compte selon la règle de common law applicable en Ontario, mais sans ordre préétabli. Par ailleurs, l'article 16 de la Convention de La Haye permettrait à un tribunal de l'une de ces provinces d'appliquer les lois des autres provinces relatives à la question de fin du trust telles qu'elles sont éventuellement applicables, à condition d'y voir des lois de police. Mais nous ne pensons pas que les règles de common law déterminant quand un trust doit prendre fin soient de cette nature.

3.2.2.2. Financement (articles 55, 57, 62 P.B.A.) et solvabilité (article 56 P.B.A.)

L'article 55 P.B.A. dispose qu'un régime n'est pas admissible à l'enregistrement s'il ne prévoit pas de financement suffisant pour assurer les prestations de retraite, conformément à la loi. Il s'agit d'une règle relative à la validité quant au fond du régime, et l'on peut y voir un vague équivalent fonctionnel à l'article 6 de la loi québécoise, imposant l'existence d'une caisse de retraite constituant un patrimoine fiduciaire. Ceci ne touche pas vraiment l'administration du régime ni celle du trust, mais représente l'exigence légale à l'origine de la création d'un trust. La loi applicable à ce type de disposition devrait être la *proper law of the regime*, mais son caractère impératif va de pair avec l'utilisation des règles de conflit unilatérales spéciales de la loi ontarienne (article 3 et 4 P.B.A.). Si d'autres lois que la loi du tribunal saisi sont en cause, le tribunal appliquera éventuellement la règle relative à l'illégalité selon le raisonnement que nous avons développé dans le

paragraphe précédent afin de faire respecter celle du lieu d'exécution de l'acte illégal, qui devrait être ici le lieu d'enregistrement du régime, correspondant normalement à la loi du lieu d'exécution de l'emploi ou du lieu d'établissement où s'effectue le paiement du salaire, selon le cas.

L'article 56 P.B.A. énonce que l'administrateur doit donner un avis écrit au surintendant des cotisations dues et impayées. Il s'agit cette fois d'un acte d'*administration du régime* imposé par la loi, et non d'un acte d'administration du trust. En vertu de la règle de common law selon laquelle le trust n'est pas créé avant que les biens ne soient transférés au nom du *trustee* ou en sa possession, nous pensons en effet que l'administration du trust par le *trustee* ne concerne que les cotisations déjà versées dans le fonds de pension. D'ailleurs, l'article 8 de la Convention de La Haye n'inclut pas cette question dans le domaine de la loi applicable au trust. On appliquera donc la loi du régime, donc en principe celle déterminée selon la règle de conflit unilatérale de la province du tribunal saisi. Si la loi du tribunal saisi n'est pas en cause, ce tribunal devrait alors appliquer la *proper law of the regime*, qui devrait en principe correspondre à la loi du lieu d'exécution du travail ou du lieu de rémunération, sous réserve éventuelle d'un dépeçage menant à la loi du lieu de l'administration.

De plus, mais ceci est une autre question, l'article 57 P.B.A. prévoit que les cotisations dues mais non versées par l'employeur sont détenues par cet employeur en « fiducie ». Il s'agit alors d'un autre trust, légal, qui ne dure que jusqu'au moment où les cotisations en cause sont versées au compte du *trustee*. La loi applicable à ce trust légal a déjà été analysée plus haut.

L'article 62 P.B.A. impose à toute personne participant au choix d'un placement fait avec l'actif d'une caisse de retraite, donc, en principe, aux administrateurs du régime, de veiller à ce que le choix soit conforme aux critères énoncés dans la loi et les

règlements. Dans la mesure où le régime a entraîné la création d'un trust, cette règle relative aux investissements touche vraiment l'administration du trust, selon le professeur Waters que nous avons cité plus haut. De même, l'article 8 de la Convention de La Haye inclut dans le domaine de la loi applicable au trust : « e) les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements ». Nous l'analyserons donc dans le paragraphe suivant.

3.2.2.3. Administration d'un régime de retraite
(articles 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 42, 43, 45, 57, 59, 61,
62 P.B.A.)

L'article 62 P.B.A., dont nous venons d'énoncer le contenu, appartient à la catégorie des questions relatives à l'administration du trust. Pour conséquent, s'il s'agit de la loi du tribunal saisi, celui-ci appliquera l'article 62 selon sa règle de conflit unilatérale spéciale (articles 3 et 4) aux trusts créés dans le cadre d'un régime offert aux travailleurs fixes se présentant en Ontario ou aux travailleurs mobiles ou à domicile recevant leur salaire à partir d'un établissement ontarien de l'employeur. S'il ne s'agit pas de la loi du tribunal saisi, celui-ci appliquera l'article 62 en respectant son domaine d'application déterminé par la règle de conflit unilatérale des mêmes articles 3 et 4 en se fondant sur la règle jurisprudentielle relative à l'illégalité ou sur le raisonnement fondé sur l'affaire *Morguard*, ou encore, s'il s'agit d'une province ayant adopté la Convention de La Haye, sur l'article 16. Alternativement à l'un de ces raisonnements non conflictuels, le tribunal pourra appliquer la règle de conflit de common law ou conventionnelle relative à l'administration du trust, désignant soit la loi choisie pour gouverner l'administration du trust soit, plus vraisemblablement, la loi ayant les liens les plus étroits avec cette administration. Celle-ci sera déterminée soit selon l'ensemble des circonstances, en suivant les critères énumérés dans l'article 7 de la Convention de la Haye ou par le professeur Castel, soit selon une

approche plus traditionnelle, en examinant le lieu de la résidence des *trustees*. Notons que le lieu d'enregistrement du régime n'a pas de pertinence particulière ici.

L'article 19 P.B.A. crée une obligation pour l'administrateur du régime de veiller à ce que le régime et la caisse de retraite, donc le trust, soient administrés conformément à la législation ontarienne. L'article 22(1) P.B.A. crée aussi une obligation légale pour l'administrateur d'apporter « à l'administration et au placement des fonds de la caisse de retraite le soin, la diligence et la compétence qu'une personne d'une prudence normale exercerait relativement à la gestion des biens d'autrui ». L'article 22(2) y ajoute l'obligation d'y apporter « toutes les connaissances et compétences pertinentes que l'administrateur possède ou qu'il devrait posséder en raison de sa profession, de ses affaires ou de sa vocation ».

L'article 22(4) interdit à l'administrateur de se placer en conflit d'intérêts. L'article 22(5) lui permet d'utiliser un ou plusieurs mandataires ou « agents ». Il a un devoir de surveillance prudente et raisonnable sur ce ou ces mandataires ou agents (article 22(7)). Enfin, l'article 22(9) dispose que l'administrateur a droit aux prestations, aux remboursements de dépenses d'administration et aux honoraires que prévoient le régime et la common law.

La doctrine explique que ces devoirs sont copiés sur ceux imposés aux *trustees* par la common law, mais qu'ils sont plus exigeants, donc un peu différents³⁴⁷. En effet, la common law prévoit trois obligations essentielles : celle de diligence, celle d'agir personnellement (sauf pouvoir de délégation spécialement

³⁴⁷ P.J. MYHAL, *loc. cit.*, note 334.

prévu au trust) celle d'éviter les conflits d'intérêts, c'est-à-dire d'agir dans le seul intérêt du bénéficiaire³⁴⁸.

On trouve ici le cœur même des obligations et des droits du *trustee* (« fiduciary duties ») agissant comme administrateur d'un fonds de pension. C'est normalement le domaine par excellence de la loi gouvernant l'administration du trust. En effet, à titre d'indication, rappelons que l'article 8 de la Convention de La Haye y inclut :

« [...] la transmission des fonctions de *trustee*; b) les droits et obligations des *trustees* entre eux; c) le droit du *trustee* de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs; d) les pouvoirs du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust [...] e) les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements; [...] g) les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires; [...] ».

Selon cette qualification, la loi gouvernant l'administration du trust sera déterminée comme pour l'article 62 P.B.A. Devant un tribunal ontarien, ces articles s'appliqueront selon les articles 3 et 4 de la loi ontarienne. S'ils sont en cause devant un autre tribunal, ou s'il s'agit de dispositions similaires des lois des autres provinces, le tribunal saisi les appliquera soit selon une méthode unilatérale (en vertu de la règle relative à l'illégalité, selon une règle tirée de l'affaire *Morguard*, ou plutôt en application de l'article 16 de la Convention de La Haye, le cas échéant), soit selon la méthode de la règle de conflit relative à l'administration du trust. En l'absence de choix, il s'agit de la loi du lieu de cette administration, selon la *common law*, en regard à toutes les circonstances, notamment la

³⁴⁸ D.L. CAMPBELL, « Investment Responsibility of Benefit Fund Trustees », (1993) 12 *Est. & Tr. J.* 309.

résidence des *trustees*, soit, selon l'article 7 de la Convention de La Haye, de la loi ayant les liens les plus étroits avec le trust ou l'administration en tenant compte du lieu de l'administration, du lieu de résidence des *trustees*, du lieu de situation des fonds en cause et, enfin, des objectifs du trust et du lieu où ils doivent se manifester (lieu d'exécution du travail ou de résidence des bénéficiaires).

Toutefois, si l'on y voit des obligations statutaires³⁴⁹, créées par un trust légal ou par le régime de retraite, il faudrait appliquer ici soit la loi à l'origine du trust légal (telle que désignée par les règles de conflit unilatérales des lois en cause), soit la loi gouvernant l'administration du régime (loi choisie ou, en principe, loi du lieu d'exécution).

Comme nous l'avons dit, les tribunaux de common law considèrent les trusts créés dans le cadre des régimes de retraite comme des trusts volontaires, plutôt que comme des trusts légaux. On devrait donc d'abord écarter la compétence de la loi à l'origine d'un trust légal. Ainsi, ce n'est pas parce que le trust, par exemple, prévoit une limite de responsabilité en faveur du *trustee* qui serait rendue sans effet par des dispositions statutaires impératives plus strictes³⁵⁰ qu'il s'agirait pour autant d'un trust de nature légale.

Par contre, on peut certainement hésiter entre la qualification « administration du régime » et « administration du trust ». Dans la mesure où ces obligations sont copiées sur celles imposées aux *trustees* en common law, même si elles sont plus exigeantes, on peut en déduire qu'elles se rattachent plus à l'administration du trust qu'à celle du régime. En conséquence, les obligations des

³⁴⁹ P.J. MYHAL, *loc. cit.*, note 334; D.L. CAMPBELL, *loc. cit.*, note 348, 320, 323 et 327.

³⁵⁰ D.L. CAMPBELL, *loc. cit.*, note 348, 323.

administrateurs des régimes *qui ne sont pas copiées* sur celles du *trustee* en common law devraient relever de l'administration du régime proprement dit. Rappelons qu'il est possible que les tribunaux décident de procéder à un dépeçage et qu'ils appliquent aux questions d'administration du régime, à titre de *proper law of the regime*, la même loi que celle gouvernant l'administration du trust, notamment afin d'unifier le droit applicable à ces questions très connexes et afin de ne pas avoir à qualifier ce qui appartient à l'un (régime) et à l'autre (trust).

Mentionnons que si la loi en cause fait référence à un agent ou un mandataire, par exemple en cas de délégation de pouvoirs, sans le définir elle-même, comme la loi ontarienne, on peut se demander selon quelle loi déterminer l'existence d'une relation d'« agency » ou de mandat. Cette question importante puisqu'elle détermine la responsabilité des personnes en cause se pose notamment pour les directeurs de compagnie et les *trustees*³⁵¹. On peut penser à la loi gouvernant l'administration du régime ou du trust ou à la loi désignée par les règles de conflit en matière d'*agency*. Ces dernières retiennent la loi du lieu d'exécution ou de conclusion du contrat (par exemple, un contrat de travail) dont découle la relation interne de représentation, qui peut être la même que celle du lieu d'administration du trust, mais ce n'est pas certain. La position soutenue en droit interne par la doctrine qui s'est penchée sur le sujet est de s'en tenir à la définition que les tribunaux tireront de l'esprit de la loi, qui ne sera pas nécessairement la même que celle qui découlerait de l'application des principes de l'*agency*. Au plan de la loi applicable, cette position revient à laisser cette question sous l'empire de la loi gouvernant l'administration du trust, en excluant les règles de conflit en matière d'*agency*. Cette solution nous paraît logique puisqu'elle prolongerait la politique interne visant à soumettre un

³⁵¹ P.J. MYHAL, *loc. cit.*, note 334, 18 et suiv.

certain nombre de personnes agissant dans le cadre des régimes de retraite à un standard particulier de responsabilité envisagé fonctionnellement par rapport aux besoins créés par ce régime³⁵².

Les articles 20 et 21 P.B.A. imposent à l'administrateur de déposer une déclaration annuelle relative au régime et d'autres documents, ainsi que de verser des droits prescrits par la loi. Ceci concerne l'administration du régime et non celle du trust. C'est donc la loi gouvernant le régime qui doit déterminer leur domaine d'application international.

L'article 25 P.B.A. dispose que l'administrateur doit fournir par écrit des renseignements à la personne qui sera admissible au régime ou tenue d'y participer, renseignements notamment relatifs au régime et aux droits et obligations de la personne à l'égard du régime. L'article 26 P.B.A. lui impose aussi d'aviser les intéressés des modifications projetées qui entraîneraient une réduction des prestations de retraite accumulées à partir de la date d'effet de la modification ou qui nuiraient aux droits ou obligations d'un participant ou bénéficiaire, en les invitant à soumettre leurs commentaires. Ceci concerne directement les droits des bénéficiaires et ce type de disposition devrait être soumis non à la loi applicable à l'administration du trust, mais à la loi gouvernant les droits des bénéficiaires, telle que déterminée dans la partie précédente de cette étude.

L'article 42 P.B.A. est nettement plus délicat à qualifier car il est précisément à la frontière entre les droits des participants et l'administration du régime. Il dispose que l'ancien participant qui met fin à son emploi ou qui cesse de participer à un régime de retraite a le droit d'exiger que l'administrateur transfère un montant égal à la valeur de rachat d'une pension différée à la caisse de retraite d'un autre régime de retraite, dans un

³⁵² *Id.*, 24.

arrangement d'épargne retraite ou pour la constitution d'une rente viagère. Ce droit de transfert est un droit du bénéficiaire imposé par la loi, par là-même il devrait être régi par la loi applicable à ses droits (*proper law of the regime* ou utilisation d'une méthode unilatérale). Mais, en même temps, il s'agit aussi dans cet article de permettre au bénéficiaire d'exiger l'exécution de ce droit *de la part de l'administrateur*. Cet aspect le rattache aussi à l'administration du régime, sinon du trust lui-même. Au plan théorique, on devrait distinguer, en suivant le critère proposé par D. Waters³⁵³ – « [a]n issue will not be administrative if it involves the nature or quantum of the beneficial interest » – *au sein de la même disposition* en cause les questions ou les litiges qui touchent au contenu du droit (quelle somme le bénéficiaire peut demander de transférer, dans quel type de fonds ou dans quel but), soumis à la loi gouvernant le droit du bénéficiaire, et ceux touchant aux pouvoirs et devoirs de l'administrateur (lorsque le *trustee* refuse d'effectuer lui-même le transfert ou ne veut pas le faire en temps utile, parce que, par exemple, il attend une approbation d'une autorité de surveillance, en invoquant ainsi une règle relative à son mode de gestion, sans aucunement contester le montant du droit du bénéficiaire), soumis à la loi relative à l'administration du trust.

En fait, il y aurait lieu d'affiner l'analyse par rapport au contenu précis de chaque disposition, étant donné que le même article 42 énonce un ensemble de propositions assez hétérogènes. Par exemple, l'article 42(4) dispose que l'ancien participant « peut exercer son droit [...] en remettant à l'administrateur, dans le délai prescrit, une directive rédigée selon la formule qu'approuve le surintendant ». De son côté, en vertu de l'article 42(5), « l'administrateur se conforme à la directive dans le délai prescrit après la remise de la directive », mais ceci « sous réserve de la conformité avec les exigences du présent article et des règlements ». L'article

³⁵³ D. WATERS, *op. cit.*, note 232, p. 1127.

42(6) dispose que l'administrateur « ne fait pas le paiement » si l'arrangement d'épargne retraite ne satisfait pas aux exigences prescrites par règlement et l'article 42(7) énonce que, dans certains cas, « l'administrateur ne fait pas le paiement sans l'approbation du surintendant ». Questions d'exercice du droit du bénéficiaire? Questions d'administration? Nous penchons pour la seconde qualification car ceci ne touche pas directement le contenu du droit et il est nettement plus fonctionnel et plus économique qu'une seule loi gouverne la gestion matérielle de toutes les directives données par les bénéficiaires, plutôt que chacun invoque sa propre loi du lieu d'exécution du travail lors de la fin de participation. Intuitivement, même si l'on voulait avancer une qualification « droit des bénéficiaires », impliquant l'application de la *proper law of the regime*, on ne voit pas comment on pourrait écarter l'application impérative de la loi du lieu où doit s'effectuer le transfert de fonds, qui correspond à la loi du lieu de l'administration.

En pratique, il n'est pas sûr que cette distinction au plan des principes aboutisse à la désignation de deux lois différentes pour régir chaque aspect du problème. Mais c'est une possibilité non négligeable. Ainsi, si la loi en cause est celle du tribunal saisi (ontarien par hypothèse), il l'appliquera à ces deux questions en suivant les articles 3 et 4 de la loi ontarienne. Par contre, si le tribunal ontarien, ou celui d'une autre province, était saisi d'une affaire mettant en cause des articles similaires d'une loi d'une autre province, par exemple celle de la Saskatchewan, il pourrait soit utiliser une méthode unilatérale (fondée sur la jurisprudence *Morguard*, sur l'illégalité du transfert en cause, ou, le cas échéant, sur l'article 16 de la Convention de La Haye), soit la méthode conflictuelle. Dans le premier cas (méthode unilatérale), la même loi (Saskatchewan) serait aussi appliquée aux deux aspects du litige. Mais dans le dernier cas, la *proper law of the regime* – applicable au contenu et à la nature, au quantum du droit au

transfert – désignerait en principe la *loi du lieu d'exécution du travail* lors de la fin de la participation, alors que la loi gouvernant l'administration du trust – applicable à la gestion de ce droit par l'administrateur – serait celle du *lieu de l'administration*, en examinant l'ensemble des circonstances (résidence des *trustees*, lieu de réunions, lieu où sont détenus les fonds en cause, etc.).

L'article 43 P.B.A. dispose que l'administrateur qui doit fournir une pension ou une prestation accessoire (invalidité, etc.) peut les « acquérir » auprès d'une compagnie d'assurance. Il s'agit alors d'un régime partiellement ou totalement garanti. Ceci touche l'administration du régime et pas celle d'un trust, puisqu'il est alors possible qu'aucun trust ne soit utilisé (l'administrateur sera alors probablement agent des bénéficiaires). Ces régimes sont rares de toute manière. Mais il faudrait alors appliquer soit la loi du régime *proper law*, soit celle désignée par la règle de conflit relative à la relation d'« agency » pour savoir si les contrats d'assurance sont valablement conclus par ces intermédiaires entre les assureurs et les bénéficiaires. La validité quant au fond et à la forme, ainsi que le contenu de ces contrats dépendront cependant de la loi applicable aux contrats d'assurance, désignée en principe dans toutes les provinces canadiennes par des règles de conflit particulières.

L'article 45(1) P.B.A. dispose qu'avant de commencer le paiement d'une pension ou d'une prestation, l'administrateur du régime exige que le bénéficiaire lui fournisse les renseignements nécessaires pour calculer ou payer la pension ou la prestation. L'article 45(3) dispose que l'administrateur s'acquitte de ses obligations lorsqu'il paie la pension ou la prestation conformément aux renseignements fournis, « à moins qu'il n'ait connaissance réelle à l'effet contraire ». Il s'agit de règles relatives à l'administration du régime et même du trust. Le bénéficiaire doit prouver par ces informations qu'il se trouve dans la situation envisagée par le régime et par le trust pour obtenir le bénéfice demandé.

Théoriquement, on pourrait considérer l'article 45 comme ayant un double sens et distinguer les informations nécessaires au régime pour obtenir un droit, soumises à la *proper law of the regime*, et celles relatives au trust, soumises à la loi gouvernant l'administration du trust. En pratique, il faudra cumuler l'application des deux lois, à supposer qu'elles soient différentes, pour obtenir une pension et pour libérer l'administrateur de ses devoirs. L'article 61 P.B.A. touche l'administration du régime et du trust et pourrait être analysé de la même manière.

Comme on le constate, le choix par les constituants de la même loi pour le régime et l'administration du trust qui en résulte simplifierait la résolution des litiges, à condition que l'on respecte ce choix.

Les règles comme celles de l'article 61, énonçant que l'employeur tenu de cotiser à un régime de retraite interentreprises doit fournir à l'administrateur une copie de l'accord selon lequel il doit cotiser, indiquant le montant de cotisation qu'il doit verser et ses autres obligations, appartiennent à l'administration du régime,

L'article 57(5) P.B.A. dispose que l'administrateur du régime de retraite a un privilège sur l'actif de l'employeur pour un montant égal aux montants réputés être détenus en fiducie (légale) : il s'agit des cotisations dues et non encore versées. On touche ici la création d'une sûreté légale et non les règles relatives au trust. On devra respecter la loi du lieu de situation des immeubles faisant partie de l'actif de l'employeur pour déterminer la création, le contenu et l'opposabilité aux tiers de cette sûreté³⁵⁴. En fait, il s'agira normalement de la loi du tribunal saisi en raison des règles de compétence juridictionnelles : aucun autre tribunal

³⁵⁴ J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 125, n^{os} 320 et suiv.

que celui du lieu de situation de l'immeuble ne devrait se reconnaître compétent³⁵⁵.

Quant à la sûreté sur les meubles de l'employeur, la règle traditionnelle relative aux privilèges (*pledge*) est la loi du lieu de situation des biens³⁵⁶, mais la nature exacte d'un « lien », contractuelle ou réelle, est incertaine. Falconbridge hésitait entre la loi du lieu de situation et la *proper law of the contract* en cas de privilège d'un vendeur impayé³⁵⁷. En transposant ce débat au privilège légal tel celui de l'article 57(5) de la loi ontarienne, on devrait hésiter entre la loi du lieu de situation et celle à l'origine du privilège, donc la loi déterminée par la règle de conflit unilatérale des articles 3 et 4. Si les meubles sont en Ontario et que la loi ontarienne s'applique au régime, il n'y a pas de conflit. Mais s'ils sont au Québec, en Saskatchewan ou ailleurs, et que la loi ontarienne s'applique au régime de retraite et au trust, on peut se demander si le tribunal ontarien ignorerait la loi du lieu de situation des biens qui ne connaîtrait pas un tel privilège légal.

Si le litige mettait en cause la loi ontarienne devant le tribunal du lieu de situation des biens où un tel privilège n'existerait pas, on peut là aussi douter de l'application d'une loi autre que celle du lieu de situation. Nous n'avons pas de réponse définitive à cette question.

Une autre possibilité d'analyse serait d'y voir une question relative à la procédure ou à la mise en œuvre d'un droit contractuel, soumise à la loi du tribunal saisi. On ne pourrait invoquer ici la règle de la compétence juridictionnelle exclusive, et il s'agit d'actions *in personam*. Toutefois, même s'il s'agit d'appliquer une

³⁵⁵ *Id.*, n° 122.

³⁵⁶ *Id.*, n° 337.

³⁵⁷ J.D. FALCONBRIDGE, *op. cit.*, note 157, p. 468-470.

loi du tribunal saisi, il est possible que le tribunal se déclare *forum non conveniens*, si l'action ne concerne que des biens en dehors de la juridiction du tribunal, puisque le privilège à pour but de faire saisir les biens pour exécuter l'obligation due. Un tribunal de common law hésitera beaucoup avant de rendre une décision totalement inexécutoire.

L'article 59 P.B.A. donne à l'administrateur le pouvoir d'introduire une action en justice pour obtenir le paiement des cotisations dues selon le régime de retraite et selon la loi. Il concerne l'administration du régime mais pas celle du trust, car les cotisations non versées ne sont pas encore sujettes au trust. On appliquera donc la loi gouvernant le régime.

3.2.2.4. Scission, fusion d'un régime de retraite (articles 80 et 81 P.B.A.), liquidation des droits des participants et affectation de l'excédent d'actif (articles 68 à 79 P.B.A.)

L'article 68 P.B.A. dispose que l'employeur peut liquider partiellement ou totalement un régime de retraite, et qu'un administrateur peut faire de même, dans le cadre d'un régime interentreprises. À cette fin, l'administrateur doit fournir un certain nombre de documents aux participants et au surintendant, notamment un avis d'intention de liquider le régime (articles 68(2), 68(3) et 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 (article 72 P.B.A.). L'article 70(2) dispose que l'administrateur ne peut effectuer aucun paiement sur la caisse de retraite ayant fait l'objet d'un avis d'intention de liquidation avant l'approbation du rapport de liquidation par le surintendant. Ces règles concernent l'administration du régime et aussi, dans certains cas, les droits des bénéficiaires. On doit alors appliquer la loi relative au régime qui dépendra des règles de conflit unilatérales spéciales des lois en

cause, ou, si l'on utilise la méthode conflictuelle, la *proper law of the regime*, qui devrait être en principe celle du lieu d'exécution du travail.

Les articles 73, 74 et 75 déterminent les droits des participants et les obligations de l'employeur en cas de liquidation d'un régime : ces dispositions concernent directement les droits des participants et sont soumises à la loi telle que désignée dans la partie précédente (application des règles de conflit unilatérales spéciales ou de la *proper law of the regime*, menant à la loi du lieu d'exécution du travail).

Dans les articles 80 et 81 P.B.A., on prévoit le statut juridique des prestations et des transferts d'actif d'un régime de retraite à un autre en cas de vente ou de transfert d'entreprise ou en cas d'adoption d'un nouveau régime. Ces dispositions (articles 80(1) et 81(1) et 81(2)) maintiennent les droits aux prestations des employés de l'entreprise vendue, ou de l'ancien régime auquel l'employeur a mis fin (article 81), leur ouvrent 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. Elles énoncent que les emplois sont réputés ne pas avoir pris fin lors du transfert (article 80(3)). Elles donnent au surintendant le droit de refuser un transfert d'actif ne protégeant pas les droits des participants (articles 80(5) et 81(5)) 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)).

Le but de ces dispositions, comme celles relatives à l'affectation d'un excédent d'actif, que nous allons envisager plus bas, est d'éviter une stratégie de spoliation telle que celle planifiée par les gestionnaires des entreprises en cause dans l'affaire *Re Reeve et al. and Montréal Trust Co. of Canada*³⁵⁸. Alors qu'un régime de

³⁵⁸ Précitée, note 335.

retraite fonctionnant depuis 1955 garantissait aux employés que les cotisations et les fonds de la caisse ne pouvaient pas être utilisés à d'autres fins que le bénéfice des employés, à la suite d'une prise de contrôle de l'entreprise par une autre compagnie, une modification passée en 1981 permettait à l'employeur de modifier le régime et d'y mettre fin. Par cette modification, on éliminait aussi le droit des employés à une distribution des surplus éventuels en cas de terminaison du régime et l'employeur se conférait le droit de les récupérer. Peu de temps après, la compagnie-mère vendait les actions de l'entreprise en question mais se transférait à elle-même le fonds de pension et le fusionnait avec celui d'une autre filiale. Puis, elle mettait partiellement fin à ce fonds de pension, payait ce qu'elle devait aux ex-employés et s'appropriait à réclamer du *trustee* les deux millions de dollars de surplus qui en résultaient. La Cour d'appel ontarienne a déjoué cette stratégie en invoquant plusieurs arguments, notamment le fait que le *trust agreement* et le régime de pension ne permettaient pas de modifier pour le futur les droits des bénéficiaires, comme on l'avait pourtant fait en 1981. Par conséquent, les fonds devaient rester dans la caisse de retraite et être ensuite distribués aux employés en raison de la fin du régime.

Pour revenir aux articles 80 et 81 P.B.A., ils servent essentiellement à encadrer strictement les transferts de fonds à l'occasion de la fin du régime ou de sa fusion, donc les questions qui touchent ce type de dispositions doivent être qualifiées de relatives à l'administration du régime, et non à l'administration du trust. Les alinéas (1)(a) et (b) de l'article 80 ont cependant 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. Il s'agit là des droits des participants. Pour toutes ces questions, on devrait donc appliquer la *proper law of the regime*, sous réserve des règles relatives à l'illégalité.

Ces dispositions législatives impératives, dans leur domaine, écartent en principe la possibilité de recourir au droit des trusts.

Néanmoins, dans les situations que nous allons étudier maintenant, en cas de retrait de surplus d'actif lorsque le régime continue d'exister, il est possible d'utiliser comme fondement supplémentaire de raisonnement le droit des trusts, par exemple au sujet des droits irrévocables des bénéficiaires lorsque le constituant ne s'est pas réservé ou n'a pas réservé de pouvoir de discussion au *trustee* par *discretionary trust*³⁵⁹. On doit alors distinguer entre les droits des bénéficiaires, dépendant de la loi applicable au trust, et les mesures que doivent suivre les *trustees* ainsi que leurs obligations au plan de la gestion afin de protéger ces droits des bénéficiaires, dépendant de la loi applicable à l'administration du trust.

Le sort des surplus d'actif des fonds de retraite pose un problème de qualification. En effet, pour les contributions elles-mêmes, le trust est censé déterminer leur statut, en application du régime. Mais le surplus provenant du placement des contributions n'est pas nécessairement inclus dans les bénéfices ayant fait l'objet du régime, donc dans le trust, lorsqu'il s'agit d'un régime à prestations déterminées. Par conséquent, se pose la question de savoir qui y a droit. Ceci revient à se demander qui en a la propriété, dans une optique de droit privé. On peut avoir recours au droit des trusts pour trouver la réponse. Mais dans la mesure où la loi intervient pour déterminer qui a droit au retrait, sans nécessairement rattacher cette question au droit de propriété, on peut se trouver face à un problème de qualification afin de déterminer la loi applicable : faut-il traiter de cette question par le biais du droit de propriété, donc par le biais du trust, ou par le biais

³⁵⁹ Voir à ce sujet, notamment D. WATERS, « The Institution of the Trust in Civil and Common Law », (1995) 252 *R.C.A.D.I.* 113, 233.

du droit contractuel applicable au régime? Ces deux analyses peuvent-elles se cumuler?

Ainsi, les articles 78 et 79 P.B.A. concernent les cas d'excédent d'actif d'une caisse de retraite et le sort qui lui est réservé, situations extrêmement litigieuses ayant donné lieu à d'assez nombreuses décisions. Ces dispositions sont donc très importantes en pratique. L'article 78 énonce qu'aucune somme ne peut être prélevée sur une caisse de retraite pour payer l'employeur sans le consentement de l'autorité ontarienne (auparavant la Commission et depuis une loi de 1997 le surintendant des services financiers). L'article indique également les documents que l'employeur doit déposer avec sa demande auprès du surintendant.

L'article 79(1) et 79(2) prévoit à quelles conditions l'autorité administrative de surveillance peut autoriser un employeur à recevoir de la caisse une somme excédentaire *pendant qu'un régime continue d'exister*. L'article 79(1)(b) dispose que le surintendant ne donne son consentement que si :

« [...] le régime de retraite prévoit le retrait d'un excédent par l'employeur pendant que le régime de retraite continue d'exister, ou l'auteur de la demande convainc le surintendant qu'il a, d'une autre façon, le droit de retirer l'excédent ».

Dans les lois modernes, comme par exemple dans l'article 10 de la loi ontarienne, pour pouvoir être enregistré et donc pour pouvoir être légalement administré, un régime doit prévoir le « traitement de l'excédent [d'actif de la caisse de retraite] pendant la durée du régime de retraite et au moment de la liquidation de celui-ci ». Néanmoins, en cas de silence du régime, lorsqu'il s'agit d'un ancien régime établi alors que cette exigence n'existait pas encore, ou en cas d'ambiguïté de la clause pertinente, ce droit pourrait d'abord provenir d'une disposition se trouvant dans le

trust agreement créé en application du régime, ou éventuellement modifié dans ce sens si, notamment, l'employeur-constituant s'était réservé le pouvoir de modifier unilatéralement le trust. En outre, ce droit pourrait provenir d'un accord négocié avec les employés, mais n'ayant pas encore donné lieu à une modification formelle du régime, au cas où l'employeur réussirait à obtenir un consentement *unanime* de tous les membres du régime³⁶⁰ et de 90 % des ex-membres (ce dernier cas est plus qu'improbable et il semble qu'en pratique aucun employeur ne tente de demander un retrait dans ce cas³⁶¹).

L'article 79(3) et 79(4) concerne le cas où le régime est *en cours de liquidation* totale ou partielle. Dans ce cas aussi, l'une des conditions pour autoriser le retrait est que le régime le prévoit au bénéfice de l'employeur. Si le régime interdit le retrait par l'employeur, ou, dans le cas d'un ancien régime, s'il ne prévoit pas le paiement de sommes excédentaires à l'employeur, les sommes sont en principe réparties proportionnellement entre les participants, ex-participants et bénéficiaires (article 79(4)). Cependant l'article 8 R.R.O.³⁶² prévoit soit que le paiement sera fait au bénéfice des employés, ex-employés, etc., à l'exclusion de l'employeur, soit qu'il sera fait au bénéfice de l'employeur si le représentant des membres du régime (le syndicat), en cas de convention collective, ou, sinon, si les deux-tiers de ces membres y ont consenti par écrit. De plus, le surintendant exige que 90 % des

³⁶⁰ Art. 10(2) du *Règlement relatif à la Loi sur les régimes de retraite* (R.R.O. 1990, Règl. 909, tel que modifié. Ci-après cité : « R.R.O. »). Voir A. DEVIR, « Fiduciary Obligations and Surplus Issues in Pension Plans: the Employers' Perspective », (1999) 18 *Est. & Tr. J.* 317, 326, 329.

³⁶¹ Art. 10(2) et 10.1 (1)(b) R.R.O.; voir E.E. GILLESE, « Surplus Revisited: the New Regulations at Work in Ontario », (1993) 13 *Est. & Tr. J.* 177, 178.

³⁶² Précité, note 360.

ex-employés y aient aussi consenti³⁶³. La réglementation oblige donc dans ce cas aussi à négocier pour partager les surplus et à rédiger un accord de partage. Dans le cas de demande de retrait de surplus en situation de liquidation, il peut aussi se poser des problèmes d'ambiguïté de la clause du régime permettant ce retrait, problème venant soit de sa seule formulation, soit de sa lecture de concert avec le *trust agreement* qui semble en contradiction avec la clause du régime³⁶⁴. En droit interne, à condition que les surplus soient inclus dans le trust, la clause du trust doit prévaloir³⁶⁵, étant donné que les règles du régime, de nature contractuelle, donc soumises en principe à la common law, doivent céder le pas aux règles du trust, fondées sur l'*equity*. Par projection, en droit international privé, c'est logiquement la loi relative au trust, et non celle gouvernant le régime, en cas de conflit, qui doit déterminer quel ensemble de règles doit prévaloir. On peut justifier cette solution en invoquant le fait que, selon les conceptions des pays de common law, la question de la propriété doit déterminer ultimement le sort du surplus.

³⁶³ Art. 10.1 (1)(b) R.R.O.

³⁶⁴ Voir par exemple *Re Bob Johnston Chevrolet Oldsmobile Ltd. Pension Plan*, 1994, 7 C.C.P.B. 100 (Ont. Pens.Comm.) (alors que le plan liquidé prévoyait que le surplus allait à l'employeur, le trust disait qu'il allait aux employés; la Commission n'a donc pas été convaincue qu'elle pouvait approuver le retrait par l'employeur car elle ne savait pas quelle disposition devait prévaloir); *Re TIE/communications Canada Inc. Pension Plan*, 1994, 7 C.C.P.B. 120 (le *trust agreement* prévoyait que les fonds versés au trust l'étaient de manière irrévocable, mais faisait référence aux termes du régime au sujet du mode de distribution des surplus, expressément inclus dans le trust; or, selon le régime, le surplus allait à l'employeur; la Commission a approuvé le retrait en reconnaissant que le régime avait pour effet de « limiter » l'irrévocabilité du transfert des fonds au trust).

³⁶⁵ *Lear Sieglar c. Canada Trust*, (1988) 66 O.R. (2d) 342 (H.C.J.); *Chicago Pneumatic Tool Co. Canada c. Montréal Trust Co.*, (1992) 41 C.C.E.L. 299 (Ont. Gen. Div.); *Schmidt c. Air Products of Canada Ltd.*, précité, note 238, 654-655, j. Cory.

Les politiques récentes émises par la FSCO (Financial Services Commission of Ontario, qui remplace la PCO, Pension Commission of Ontario), S900-509, exigent, afin que l'autorité ontarienne compétente donne son consentement au retrait, que l'employeur d'un régime auquel d'autres lois que la loi ontarienne s'appliquent fournisse des informations relatives aux employés soumis aux lois des autres provinces et certifie qu'il a respecté les exigences de ces lois qui s'appliqueraient au régime et spécifiquement à la distribution de surplus³⁶⁶. Ceci place un lourd poids sur les épaules de l'employeur étant donné qu'il ne saura pas toujours très nettement quelle loi s'appliquera à quoi, ni s'il a respecté ces lois, mais le surintendant, semble-t-il, a indiqué qu'il prendra pour acquis que le certificat reflète la réalité, à moins que quelqu'un ne se plaigne. Ceci nous paraît assez révélateur de la confusion existant sur ce point au sujet des questions de droit international privé, puisque l'autorité ontarienne elle-même préfère ne pas s'y lancer volontairement, à moins d'y être contrainte en cas de litige³⁶⁷, ce qui constitue en définitive une manière assez inélégante de reporter *a priori* les coûts de ces recherches sur les employés (à moins que l'autorité ontarienne n'oblige l'employeur à financer ces coûts).

Selon les praticiens, en raison de ces procédures complexes, les employeurs préfèrent utiliser les surplus pour prendre des « congés de cotisation »³⁶⁸ parce qu'alors, s'ils réussissent, ils bénéficient de l'ensemble des surplus et non uniquement de la

³⁶⁶ A. DEVIR, *loc. cit.*, note 360, 333.

³⁶⁷ Étant donné la complexité de ces questions, (qui explique la longueur de cette étude), on ne saurait la blâmer.

³⁶⁸ Par manque d'information, les employés ne se posent pas la question de savoir s'ils auraient droit, eux aussi, à de telles « vacances » ou s'ils pourraient exiger que les surplus servent à indexer les rentes. Voir sur le sujet RIVEST, *op. cit.*, note 112, p. 24, 137 et suiv.

partie restante après un accord de partage³⁶⁹. Pour pouvoir le faire, il faut soit que le régime le permette, soit que l'employeur essaye de le modifier en ce sens (à condition d'avoir le droit de le faire). La jurisprudence a admis plus facilement le droit de prendre des congés de contribution que celui de retirer le surplus dans la mesure où l'on admet que des fonds ne sont pas retirés du régime et que l'on ne porte pas atteinte à des droits déjà « accumulés » (*accrued*)³⁷⁰. Ces questions de congés de cotisation touchent les droits des parties au régime. Elles dépendent donc de la loi applicable au régime, telle que déterminée dans la partie précédente. Le même raisonnement s'appliquerait au sujet du droit de l'employeur d'utiliser ces surplus pour bonifier un éventuel programme de préretraite³⁷¹.

Les mesures impératives prévues aux articles 78 et 79 ne s'adressent pas directement aux administrateurs des régimes en tant que tels mais plutôt aux employeurs et aux employés, bien qu'en pratique l'administrateur sera souvent l'employeur, et bien qu'elles doivent être respectées par l'administrateur, lorsqu'il s'agira de payer. Comment les qualifier?

Elles encadrent les droits de l'employeur et des employés, ou les déterminent elles-mêmes. En effet, le régime peut prévoir que l'employeur a le droit de retirer des sommes excédentaires à la fin du régime ou pendant son existence et que l'autorité de surveillance pourra l'y autoriser si les autres conditions légales sont remplies. Alternativement, si rien n'est dit dans le régime, la loi elle-même énonce que le retrait est interdit pendant que le régime

³⁶⁹ *Id.*, 323 et 326.

³⁷⁰ *Schmidt c. Air Products of Canada Ltd.*, précité, note 268, *Maurer c. McMaster University*, (1995) 23 O.R. (3d) 577 (C.A.), inf. partiellement (1991) 4 O.R. (3d) 139 (Gen. Div.).

³⁷¹ Sur le sujet M. DEVIR, *op. cit.*, note 112, p. 323-326.

continue d'exister³⁷². Par conséquent, ces mesures vont plus loin que l'administration du régime ou du trust. Certaines d'entre elles déterminent directement les droits des employés et de l'employeur, alors que d'autres énumèrent les pouvoirs et devoirs de l'autorité ontarienne (le surintendant). La distinction entre les deux n'est certainement pas simple. Nous indiquerons le traitement que le droit international privé réserve à chacune de ces catégories de normes.

Pour les règles relatives aux pouvoirs et devoirs de l'autorité de surveillance ontarienne, seule cette autorité, ainsi qu'exceptionnellement les autorités de surveillance auxquelles elle aura délégué ses pouvoirs par l'Accord de réciprocité, pourront les exercer. On se trouve en effet en plein droit administratif et il n'appartient pas à un tribunal québécois, par exemple, d'ordonner directement à l'autorité ontarienne d'appliquer correctement sa propre loi. Sa décision n'aurait aucun effet en raison de la séparation des pouvoirs entre les provinces qui résulte de la Constitution. Les conflits de lois de droit administratif ne sont pas couverts par le droit international privé (puisque'il ne s'agit pas de droit privé). Mais ils sont soumis à d'éventuelles ententes administratives, comme l'Accord de réciprocité. En principe, il ne devrait donc pas y avoir d'application extraterritoriale de ces règles : seules les autorités ontariennes peuvent les appliquer. Exceptionnellement, par le biais de l'Accord de réciprocité, les tribunaux des autres provinces peuvent être appelés à juger d'un abus ou d'un dépassement de pouvoirs des administrations provinciales fondé sur une délégation administrative de pouvoirs. Ainsi, dans l'affaire *Leco*, le tribunal québécois était appelé à juger des pouvoirs de la Régie des rentes du Québec dans le cadre de l'Accord de réciprocité, mais le

³⁷² L'article 79(2) se lit ainsi : « Un régime de retraite qui ne prévoit pas le retrait de sommes excédentaires pendant que le régime de retraite continue d'exister est réputé interdire le retrait de sommes excédentaires accumulées après le 31 décembre 1986. »

tribunal québécois n'a pas ordonné à la Commission ontarienne de modifier sa décision d'approbation de la demande de retrait présentée par l'employeur ontarien. Ce dernier aspect du litige se trouve actuellement porté devant les tribunaux *ontariens*.

Pour les règles *de droit privé* qui concernent les droits des parties au régime, comme l'article 79(2) (« [u]n régime de retraite qui ne prévoit pas le retrait de sommes excédentaires pendant que le régime continue d'exister est réputé interdire le retrait de sommes excédentaires [...] »), on appliquera la loi du régime, telle que déterminée dans la partie précédente : application devant le tribunal ontarien selon les règles de conflit unilatérales des articles 3 et 4 de la loi ontarienne aux régimes offerts aux travailleurs se présentant en Ontario ou recevant leur rémunération à partir d'un établissement qui y est situé; application par le tribunal ontarien ou par celui d'une autre province d'une loi d'une autre province en respectant ses règles de conflit unilatérales si l'on suit une règle jurisprudentielle relative à l'illégalité, ou une vague règle fondée sur la jurisprudence *Morguard*; application par le biais de la règle de conflit contractuelle applicable au régime, la *proper law of the regime*, menant normalement à la loi du lieu d'exécution du travail.

Selon cette qualification, si le régime est offert à des travailleurs se présentant au travail en divers lieux, il apparaît certain que plusieurs lois vont s'appliquer en même temps aux droits statutaires ou conventionnels des parties dans la distribution des surplus. Ceci peut poser de sérieux problèmes techniques. Si les conditions de retrait sont identiques, il n'y a pas de difficulté : par exemple, il suffira de constater l'existence d'un excédent de cotisation pour satisfaire toutes les lois en même temps. Mais dans la mesure où les lois prévoient des dispositions différentes (au Québec, il faut passer par l'arbitrage, etc.), est-il possible de les cumuler? Ainsi, si les normes de réserve varient (un montant égal à deux ans de coûts des services courants de l'employeur, etc.), doit-

on cumuler toutes les exigences, donc appliquer les dispositions les plus sévères³⁷³? Doit-on au contraire appliquer les lois distributivement, selon les groupes d'employés? Cette seconde solution nous paraît plus respectueuse des ententes liant les employeurs et les employés, donc plus juste, bien qu'elle ne soit pas favorable à la solidarité entre employés³⁷⁴. En tout cas, il faudrait pouvoir distinguer, dans la caisse, le pourcentage des sommes soumises à une loi ou à une autre selon le lieu d'exécution du travail ou de rémunération. Ainsi, un certain pourcentage des sommes excédentaires pourrait revenir à l'employeur, mais uniquement à partir des sommes soumises aux lois permettant le retrait. Sans compétence comptable, nous croyons tout de même que ceci devrait être possible, puisque chaque employé a un dossier particulier, auquel correspond un montant, sinon d'argent, du moins de droits accumulés. Ainsi, dans l'affaire *Leco*, les avocats soutenant la cause des employés québécois avaient réussi, semble-t-il, à déterminer le pourcentage des sommes de la caisse afférant aux Québécois.

On peut ainsi imaginer, par exemple, au plan du droit de l'employeur de retirer les surplus à son profit, qu'une partie du pourcentage des sommes accumulées au nom des Ontariens sera récupérée par l'employeur à la suite d'un accord ratifié par les deux-tiers des personnes concernées – accord qui ne sera normalement atteint qu'en cas de partage – mais que le sort des sommes accumulées au nom des Québécois devra être discuté par la voie de l'arbitrage.

³⁷³ En réalité, ces normes de réserve sont des critères de décision de la Commission ontarienne par rapport à un régime soumis à la loi ontarienne et elles n'entrent pas en conflit avec d'autres lois de droit privé.

³⁷⁴ Toutefois, le coût de la vie à la retraite n'est pas nécessairement le même selon les provinces.

Dans la même optique, même si toutes les lois en cause refusent à l'employeur la distribution, selon quelles normes distribuer les sommes excédentaires entre les groupes d'employés? La loi ontarienne prévoit la distribution proportionnelle, mais si l'on interprète cette règle comme si elle donnait un pourcentage à chaque bénéficiaire selon le montant de ses droits, ceci serait-il acceptable? Si, par exemple, pour un même emploi, les employés en Ontario étaient mieux payés durant leur participation active que ceux du Québec et de la Saskatchewan, serait-il conforme à la « proportionnalité », et juste, de reproduire cette différence au plan des surplus? Dans la mesure où les surplus sont strictement générés par les cotisations des participants et ceux de l'employeur, on pourrait le soutenir. Toutefois, dans certains cas, il est possible, dans le cadre d'une prestation basée sur les meilleures années de salaire, qu'une partie de ces surplus provienne du fait que les salaires ont augmenté moins vite³⁷⁵ dans une province que dans une autre, donc que le régime ait fait des économies sur le dos d'un groupe d'employés, au profit des autres. Et si une partie de ces surplus provient du fait qu'un groupe de salariés, particulièrement gênant, ont été mis à la porte avant la retraite³⁷⁶, alors que les autres, un peu plus « coopératifs », sont restés participants jusqu'à la liquidation du régime? Là encore, la solution de l'application d'une loi unique pour tous les groupes d'employés ou de bénéficiaires ne semble pas satisfaisante. Par contre, la solution distributive pourrait être acceptable : que le pourcentage des sommes accumulées au nom des Ontariens soit distribué à la proportionnalité ne devrait irriter ni les Québécois ni les Albertains à condition que cette répartition ne diminue pas en soi la part totale que ces deux groupes se répartiront selon les normes légales ou conventionnelles (arbitrales, etc.) applicables selon les législations de ces provinces.

³⁷⁵ Voir M. RIVEST, *op. cit.*, note 112, p. 104.

³⁷⁶ *Id.*, p. 104 et 105.

Face à ces questions assez complexes, on comprend l'attitude, à la fois exigeante au niveau des principes et timide au plan de l'application pratique, de l'autorité ontarienne qui, comme on l'a relevé plus haut, dans ses récentes politiques S900-507 et S900-508, ne consent au retrait du surplus que si l'employeur certifie qu'il respecte les lois des autres provinces éventuellement applicables, mais sans dire elle-même lesquelles, ni selon quel raisonnement les déterminer, et qu'elle se contente de ne vérifier la véracité de ce certificat qu'en cas de contestation.

Il serait évidemment plus simple pour l'employeur et l'administrateur de n'appliquer qu'une seule loi à ces questions, mais laquelle? On peut théoriquement envisager un choix par vote des divers groupes d'employés en faveur de la loi qui leur sera la plus avantageuse, mais il est douteux que les employeurs apprécient ce mécanisme qui pourrait les pousser à ne pas employer de personnes en provenance de la province ayant la législation la plus sociale. Nous reviendrons sur cette question dans la dernière partie, consacrée aux projets de loi uniforme et de nouvel accord multilatéral.

Au plan de la qualification, en plus des questions concernant les droits et obligations découlant de la loi en cas de surplus, alors que le débat pourrait se placer sur le terrain de l'existence d'un *resulting trust* créé par les lois dans des dispositions comme l'article 79(4) P.B.A., énonçant qu'en l'absence de clause expresse permettant à l'employeur de retirer les surplus, ceux-ci vont, selon la loi, aux employés, d'autres questions se posent, relatives à leur propriété, dans le cadre d'un *trust agreement*. Rappelons d'ailleurs que l'article 79(1)(b) P.B.A. dispose qu'en cas de régime continuant d'exister, l'autorité (maintenant le *superintendent*) ontarienne consent au retrait soit si le régime le permet expressément, soit si « l'auteur de la demande convainc le *superintendent* qu'il a d'une autre façon, le droit de retirer l'excédent ». En dehors d'une clause expresse du régime ou d'un hypothétique accord

unanime des bénéficiaires, prévu au règlement (article 10(2)), l'autre possibilité est de démontrer que le *trust agreement*, tel que créé, ou tel que modifié valablement, donne un droit au surplus au constituant-employeur. En droit de common law, en effet, si la caisse est un trust, le *trustee* administrateur – qui sera souvent l'employeur – a un droit de propriété sur les fonds mais les bénéficiaires ont un *equitable interest*, type particulier de droit réel. Par contre, le constituant (employeur) n'a plus aucun droit de propriété sur les biens, à moins bien entendu qu'il ne soit lui-même bénéficiaire (comme le sont toujours les employés) ou qu'il ne se soit expressément réservé un pouvoir de révoquer le trust³⁷⁷.

Ainsi – et l'on se demande en Ontario qui devrait vérifier quoi – un double débat est possible³⁷⁸. D'une part, l'autorité administrative (le surintendant) experte en régime de pension, afin d'approuver ou non le retrait, doit se pencher (au moins) sur la question posée par la disposition statutaire de savoir si le régime donne expressément droit à ce retrait en faveur de l'employeur (en invoquant ou non la possibilité d'un *resulting trust* en l'absence d'une telle clause). D'autre part, à titre préjudiciel, le cas échéant, notamment si une partie cherche un jugement déclaratoire (ne serait-ce, entre autres, que pour se trouver en position forte lors d'une négociation sur le partage), les cours de common law peuvent se prononcer sur le droit de propriété de l'employeur sur les surplus découlant selon le droit du trust du *trust agreement*, permettant ainsi un consentement de l'autorité administrative³⁷⁹.

³⁷⁷ D. WATERS, *op. cit.*, note 232, p. 291 (cité dans *Re Reeve et al. And Montréal Trust Co. of Canada*, précité, note 336, 600).

³⁷⁸ Voir D.J.M. BROWN et C.N. MARCHESSAULT, « Pension Surplus Withdrawal Procedures », (1992) 11 *Est. & Tr. J.* 323; M. ZIGLER, « Who Goes First—What's on Second—And I Don't Know Who Gets the Surplus on Pension Plan Wind-Ups », (1992) 11 *Est. & Tr. J.* 339.

³⁷⁹ D.J.M. BROWN et C.N. MARCHESSAULT, *loc. cit.*, note 378, 331-336; M. ZIGLER, *loc. cit.*, note 378, 339. La Commission avait tendance à

Comme l'explique la juge Cory à la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Schmidt*, cette situation particulière, impliquant une détermination au cas par cas de la solution, résulte du fait que, pour des raisons de politiques sociales et fiscales incertaines, les lois des provinces n'ont pas traité directement du droit de propriété des surplus, mais ont indirectement déterminé à quelles conditions ils pouvaient être retirés par les employeurs³⁸⁰.

Le débat sur le terrain du trust reste aussi possible à côté de celui de savoir si le surintendant peut approuver le retrait par l'employeur dans le cas où, *même en présence d'une clause expresse* dans le régime permettant ce retrait, la question se pose de la légalité d'une telle clause, par exemple si l'employeur a modifié le régime en ce sens alors que le surplus ne lui appartenait

considérer qu'elle était compétente aussi sur la question de la propriété des surplus, même s'il fallait examiner le droit des trusts, étant donné qu'il fallait raisonner dans ce domaine pour rendre sa décision. Toutefois, dans *Re TIE/communications Canada Inc. Pension Plan*, précité, note 364, la Commission a refusé d'accorder une ordonnance de transfert des sommes en cause à un employeur, duquel elle avait auparavant approuvé la demande de retrait, parce qu'il s'agissait d'apprécier une transaction entre les employeurs successifs, au motif : « the issue we are called upon to resolve relates to the terms upon which the payment was to be made and that is a matter of contract law, something over which we do not have jurisdiction » (au par. 25 de la décision). La Commission conseillait alors au demandeur de s'adresser à la cour pour obtenir cette ordonnance en arguant de la décision qu'elle venait de rendre. Notons qu'en 1998 l'Ontario s'est doté d'un Tribunal des services financiers, tribunal arbitral ayant compétence exclusive pour exercer les pouvoirs qui lui sont notamment conférés par la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, L.O. 1997, c. 28, et notamment appelé à juger des appels interjetés à l'endroit des décisions réglementaires prises par le surintendant des services financiers. Voir : DEVIR, *loc. cit.*, note 360, 338.

³⁸⁰ Précitée, note 268, 631, 652. Voir aussi les intéressants commentaires du juge Adams dans *Bathgate c. National Hockey League Pension Society*, (1992) 98 D.L.R. (4th) 326, 373-374 (Ont. Gen. Div.).

plus en principe car il avait été transféré dans le trust, avec le capital, sans aucune réserve expresse de la part du constituant, lui permettant, de modifier le trust en sa faveur, de se déclarer bénéficiaire ou de le révoquer.

D'assez nombreuses décisions ont donc été rendues en examinant non pas essentiellement si le régime prévoyait ou non le sort des surplus, mais si l'employeur, en tant que constituant, s'était réservé dans le *trust agreement* le pouvoir de modifier ou de révoquer ce trust afin de récupérer les excédents³⁸¹. Dans ces circonstances, les tribunaux et les débats en cours se concentrent sur une question préliminaire en droit des trusts, parallèlement à l'étude des dispositions légales touchant le régime.

Dans *Ventra Group c. Ontario (Pension Commission)*³⁸², une clause spécifique du régime prévoyait qu'après que les employés auraient reçu les bénéfices prévus, tout surplus reviendrait à l'employeur, donc ce dernier a pu effectivement récupérer le surplus. Dans ce cas, l'employeur voulait un jugement déclaratoire

³⁸¹ Voir notamment, certaines décisions citées par C.E.D., *loc. cit.*, note 335, 113 à 115 : *Bathgate c. National Hockey League Pension Society*, précité, note 380, conf. par (1994) 110 D.L.R. (4th) 609 (Ont.C.A.); *Maurer c. McMaster University*, précité, note 370; *McCreight c. 146919 Canada Ltd.*, (1991) 35 C.C.L.E. 282 (Ont. Gen. Div.), conf. par (1993) 46 C.C.L.E. 271 (Ont. C.A.); *Re Bob Jonhston Chevrolet Oldsmobile Ltd. Pension Plan*, précité, note 364; *Re TIE/Communications Canada Inc. Pension Plan*, précité, note 364; *Bull Moose Tube Ltd. c. Ontario (Superintendent of Pensions)*, (1994) C.E.B. & P.G.R. 8178 (Ont. Gen. Div.); *Nashua Photo Ltd. c. Marshman*, (1992) 89 D.L.R. (4th) 592 (Ont. Gen. Div.); *Ventra Group c. Ontario (Pension Commission)*, (1990) 35 C.C.E.L. 64 (Ont. Gen. Div.); *C.A.W. Local 458 c. White Farm Manufacturing Canada Ltd.*, (1988) 30 E.T.R. 202 (Ont. H.C.J.), conf. par (1990) 39 E.T.R. 1 (Ont. C.A.); *Otis Canada Inc. c. Ontario (Superintendent of Pension)*, (1991) 2 O.R. (3d) 737 (Gen. Div.).

³⁸² Précité, note 381.

de son droit afin que la Commission donne ensuite son approbation au retrait. À cette occasion, le juge Abbey mit l'accent sur les deux raisonnements parallèles que nous venons d'évoquer en les différenciant assez précisément de la manière suivante (l'extrait est un peu long mais il est assez éclairant sur le débat)³⁸³ :

« Firstly, it does not seem to me that a court [...] should consider itself bound to apply literally and exclusively the criteria set out in s. 80(4)(b) of the Act [devenu l'actuel article 79(3)(b)]. The function of the Court, it seems to me, is to broadly determine the matter of ownership or entitlement in accordance generally with applicable legal principles. To the extent that application of those principles takes the Court beyond the consideration of the criteria identified in this section and which is applicable to the consent given by the Commission, the Court, I believe, must be entitled to do so. Having said that, I must now add that I suppose in most cases whether one approaches the issue as a matter of contractual interpretation [dans le cadre du régime] or by application of principles of trust, still the ultimate question may be reduced to whether or not there is a provision in the particular plan entitling the employer to reversion of surplus on a winding-up or, to put the matter in trust terminology, whether the employer/settlor has expressly reserved the power to recapture surplus funds. The only practical difference between the two approaches, it seems to me, may be that the more general question of whether the plan provides for reversion on a winding-up may to a greater extent involve an interpretative function so as to determine the intention of the parties, whereas the question of whether the company has placed restrictions on

³⁸³ *Id.*, 66.

the transfer of trust funds involves the determination of whether there is an express reservation. »

Dans *Otis Canada Inc. c. Ontario (Superintendent of Pensions)*³⁸⁴, il s'agissait de la liquidation d'un régime non contributif. Dans le cadre de l'équivalent de l'article 79(3)(b) (l'ancien article 80(4)(b)), la Commission, avant de donner son approbation en raison du fait qu'il existait bien une clause expresse du régime donnant le droit à l'employeur de retirer un surplus de 6.7 millions de dollars, utilisait une disposition du même article, énonçant que « [l]a Commission peut assortir son consentement [...] des conditions et restrictions qu'elle estime nécessaire dans les circonstances », pour poser comme condition que la cour se prononce sur la légalité de cette clause en question par rapport au droit des trusts. Même si une clause du régime lors de la liquidation prévoyait ce droit, l'ancienne version, telle que modifiée, illégalement selon les employés, ne le prévoyait pas. La cour devait donc décider si la modification était valide. Selon les employés, la déclaration qui établissait le régime à l'origine établissait aussi un trust en faveur des employés, donc l'employeur ne pouvait le modifier ensuite en leur retirant un droit sur les fonds placés en trust. La Cour a considéré qu'en réalité la déclaration originale ne constituait pas un trust, parce qu'on n'y trouvait pas de disposition créant un fonds séparé afin de procurer les bénéfices envisagés, mais une simple déclaration d'intention contractuelle. Il n'existait donc aucune prohibition de nature contractuelle à modifier les dispositions contractuelles en cause³⁸⁵. Le juge écarte donc tout argument fondé sur une analyse des documents en terme de trust et se limite à une analyse contractuelle du régime, qui comprenait une clause permettant à l'employeur d'y mettre fin ou de le modifier. En l'absence de création de trust, la distribution du

³⁸⁴ Précité, note 381.

³⁸⁵ *Id.*, 744 et 745.

surplus devient donc purement une question contractuelle de régime³⁸⁶. La Cour ne se prononce donc pas sur l'argument qui lui avait été proposé, selon lequel les surplus devaient être considérés comme soumis à un *resulting trust* créé « by operation of law ».

Comme nous l'avons exposé plus haut, dans l'affaire *Schmidt*, la Cour suprême du Canada a considéré qu'en cas de silence du trust, si des surplus restent après le paiement des pensions dans un régime à pension déterminée, donc après que l'objet du trust ait été accompli, il se crée un *resulting trust by operation of law*, au bénéfice du *settlor*, donc soit de l'employeur³⁸⁷ soit de celui-ci et des employés³⁸⁸, à condition que le *settlor* n'ait pas clairement exprimé l'intention de se départir de la propriété des sommes versées au trust ou de tout intérêt sur elles, ce qui sera rarement le cas. Cette position a aussi été adoptée dans *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.*³⁸⁹ Dans le même sens, dans *La Have Equipment Ltd. c. Nova Scotia (Superintendent of Pensions)*³⁹⁰, un trust avait été créé dès l'origine du plan, puis avait été modifié plusieurs fois; une modification donnait droit aux surplus à l'employeur, alors qu'à l'origine rien de tel n'avait été prévu. Or, la loi de la Nouvelle-Écosse prévoit qu'à partir de 1990, en l'absence d'une telle clause, les surplus vont aux employés. La modification fut donc jugée invalide car le régime ne permettait pas de telles modifications en faveur de l'employeur et, en conséquence, en

³⁸⁶ Voir aussi *Howitt c. Howden Group Canada Ltd.*, (1999) C.E.B. & P.G.R. 5688 (Ont.C.A.).

³⁸⁷ Précité, note 268, 660-662, j. Cory, 700-702, j. McLachlin.

³⁸⁸ *Id.*, 660 et 661, j. Cory.

³⁸⁹ (1979) 103 D.L.R. (3d) 109 (B.C.S.C.), [1979] 6 W.W.R. 656 (B.C. S.C.), cité dans *Schmidt*, précité, note 268, 660 et 701; *Martin & Robertson Administration Ltd. c. Pension Commission of Manitoba*, (1980) 2 A.C.W.S. (2d) 249 (Man. S.C.), cité dans *Schmidt*, précité, note 268, 661.

³⁹⁰ Précité, note 271.

l'absence de clause valide, *la loi créait un trust* concernant le surplus au bénéfice des employés. Une telle analyse du sort des surplus, qu'on peut envisager comme une troisième voie entre le recours aux règles contractuelles et celui aux règles du trust volontaire, est donc susceptible de s'appliquer dans le cadre des lois similaires des autres provinces (ainsi pour l'article 79(4) de la loi de l'Ontario).

Mis à part quelques décisions³⁹¹, la majorité des arrêts ayant utilisé les règles du trust ont abouti à protéger les droits des employés³⁹², ce qui est tout de même la politique sous-jacente à toute cette législation, plutôt que de fournir à l'employeur une possibilité d'investissement supplémentaire³⁹³. Ainsi, dans l'affaire *White Farm*, un régime de pension non contributif avait été créé et prévoyait que les contributions patronales seraient détenues en trust au bénéfice des employés. Le *trust agreement* disposait aussi qu'aucune modification ne pourrait toucher la destination du capital et des revenus du fonds. Mais ni le trust ni le régime ne prévoyait expressément le sort des surplus. Alors que le créancier

³⁹¹ En plus des décisions rendues dans les affaires *Ventra Group* et *Otis Canada*, voir notamment *Nashua Photo Ltd. c. Marshman*, précité, note 381 (clauses ambiguës); *Chicago Pneumatic Tool Co. Canada c. Montréal Trust Co.*, précité, note 365 (clauses du trust donnant clairement le pouvoir à l'employeur de retirer les surplus); *Crownx Inc. c. Edwards*, précité, note 335 (absence de trust, donc l'analyse devait être strictement effectuée à partir des règles contractuelles du régime; employeur se réservant un large pouvoir de modifier le régime, y compris, comme en l'espèce, dans le but de retirer les surplus à la fin du régime); *Bundy of Canada Ltd. c. The Canada Trust Co.*, (1997) C.E.B. & P.G.R. 5644 (Ont.C.A.) (trust faisant de l'employeur le bénéficiaire des surplus à la liquidation partielle du régime).

³⁹² M. RIVEST, *op. cit.*, note 112, p. 115-122.

³⁹³ Voir les intéressants commentaires à ce sujet du juge Adams dans *Bathgate c. National Hockey League Pension Society*, précité, note 380.

de l'employeur en liquidation soutenait qu'il avait droit au surplus puisque tous les bénéfices prévus au régime avaient été payés aux employés et que le surplus revenait au constituant, le juge Montgomery à la Haute Cour de Justice ontarienne a affirmé, en citant l'arrêt *Reevie* pour rejeter ses arguments³⁹⁴ :

« A trust was created with no reservation to the settlor of any right in the corpus. [...] By purporting to eliminate the employees' interest in the surplus the employer was attempting a partial revocation of the trust. »

Or, en l'espèce, le trust ne prévoyait aucun pouvoir exprès de révocation qui aurait permis de récupérer une somme transférée au *trustee*. De plus, le juge affirme très nettement que le surplus faisait partie du fonds détenu en trust³⁹⁵. En effet, dès lors qu'une clause du régime ou du trust prévoit que les contributions seront l'objet du trust, sans exception, toutes les sommes gérées par le *trustee* deviennent sujettes au trust au bénéfice des employés³⁹⁶. Toutefois, la Cour d'appel laisse entendre de manière assez ambiguë que la mise en vigueur des dispositions légales sur les surplus dans la loi ontarienne retirait l'utilité de développer cette question du point de vue des trusts³⁹⁷.

³⁹⁴ *C.A.W. Local 458 c. White Farm Manufacturing Canada Ltd.*, précité, note 381, 209; conf. par (1990) 39 E.T.R. 1 (C.A.); M. RIVEST, *op. cit.*, note 112, p. 120.

³⁹⁵ Précité, note 381, 210.

³⁹⁶ *Schmidt c. Air Products of Canada Ltd. Canada Ltd.*, précité, note 268, 656, j. Cory.

³⁹⁷ Précité, note 394, 2^{nde} référence, 3 : « [...] it is unnecessary to deal at great length with the issue of surplus moneys in the pension funds, which is now governed by statute. » Néanmoins, l'article 79(1)(b), en prévoyant, en cas de régime encore existant, que le surintendant peut donner son accord soit si le régime donne droit au surplus à l'employeur, soit si l'on peut le

De même, dans l'affaire *Schmidt*, la Cour du *Queen's Bench* de l'Alberta, dont la décision a été confirmée par la Cour suprême du Canada, invoque la finalité du trust pour parvenir au même résultat en suivant les arrêts *Re Reeve* et *White Farm*³⁹⁸ :

« The sole object of the trust [...] was to provide retirement benefits for the employees, not the Company. The Canada Trust Agreement provided that all the earnings, profits and increments arising out of the creation of the agreement shall constitute a fund. The fund became a trust fund for the benefit of the [...] employees. »

Ainsi, par exemple, dans *Bull Moose Tube Ltd. c. Ontario (Superintendent of Pensions)*³⁹⁹, il fut décidé que l'employeur n'avait pas droit au surplus d'un fonds liquidé, étant donné que dans le document original créant le régime il avait déclaré détenir le fonds de pension en trust au seul bénéficiaire des employés, et que le surplus était un bénéficiaire inclus dans le trust. L'employeur en tant que constituant ne s'était pas réservé le pouvoir de manière claire et sans ambiguïté de révoquer le trust, par conséquent, les modifications qu'il y avait ensuite apportées, pour se déclarer bénéficiaire du surplus, ne pouvaient toucher les droits des employés sur ce surplus. Le même raisonnement a été tenu dans *McCreight c. 146919 Canada Ltd.*⁴⁰⁰, où il fut précisé que le droit

convaincre que celui-ci est, *d'une autre manière*, en droit de le réclamer, ouvre la porte à une analyse en terme de trust au moins dans ces cas. Dans *White Farm*, il s'agissait d'un régime liquidé.

³⁹⁸ (1990) 66 D.L.R. (4th) 230 (Alta.Q.B.), (1990) 37 E.T.R. 64 (Alta.Q.B.), (1990) 104 A.R. 190 (Alta.Q.B.), conf. par (1992) 89 D.L.R. (4th) 762 (Alta.C.A.), (1992) 46 E.T.R. 21 (Alta.C.A.), (1992) 125 A.R. 224 (Alta C.A.), conf. par (1994) 115 D.L.R. 631 (C.S.); voir M. RIVEST, *op. cit.*, note 112, p. 121.

³⁹⁹ Précité, note 381, 5549.

⁴⁰⁰ Précité, note 381.

des trusts s'applique aux trusts établis dans le cadre des fonds de pension, et que, en l'espèce, même si le régime prévoyait le pouvoir de l'employeur de le modifier, et si le trust, portant expressément non seulement sur les contributions mais aussi sur les surplus qui pouvaient en provenir, prévoyait ce même pouvoir, néanmoins il y avait été fait exception de manière à empêcher que le *settlor* ne le révoque.

Le destin des surplus dépend de la forme que prend l'instrument adopté pour mettre en œuvre le régime. Dès l'instant où le trust est créé, dès que les contributions commencent à y être versées, elles ne sont plus directement soumises au statut contractuel du régime, mais au statut du droit des trusts, exigeant qu'un pouvoir de modification exprès soit réservé, à défaut de quoi les surplus, s'il n'en est pas spécifiquement traité, suivent le sort des contributions et deviennent des sommes destinées à être distribuées aux bénéficiaires du trust, c'est-à-dire aux employés, etc. Les règles seraient différentes si le financement des pensions était assumé par le biais de l'assurance, puisqu'il s'agirait uniquement du droit des contrats : comme le remarquait le juge Abbey dans l'affaire *Ventra Group*, il suffirait alors de rechercher l'intention des parties.

Ainsi, dans *R.C. Heilig c. Dominion Securities Pitfield Ltd.*⁴⁰¹, le régime d'une entreprise avait été créé à l'origine et mis en œuvre par le biais d'un trust prévoyant qu'aucune partie du fonds de ce trust ne devait être utilisé autrement qu'au bénéfice exclusif des membres du régime, puis l'entreprise avait été fusionnée avec Dominion Securities, qui avait son propre régime, permettant à l'employeur de retirer des surplus. L'entreprise nouvelle avait demandé et obtenu l'autorisation de la Commission d'effectuer un retrait de 1,7 millions de dollars du trust de l'ancienne entreprise.

⁴⁰¹ (1986) 55 O.R. (2d) 783 (H.C.J.), (1986) 29 D.L.R. (4th) 762 (H.C.J.).

Haute Cour de Justice a alors déclaré, comme le réclamaient les demandeurs, que l'entreprise fusionnée avait mis fin au trust, par conséquent que les membres du régime, en tant que seuls bénéficiaires, étaient en droit de recevoir les fonds que la nouvelle entreprise fut condamnée à reverser. Toutefois, la Cour d'appel⁴⁰² décidait au contraire que le trust n'était pas terminé du seul fait de la fusion des entreprises et des régimes, mais qu'il continuait son existence, de même que l'ancien régime qui se prolongeait dans le nouveau. Par conséquent, les administrateurs du nouveau plan étaient liés par les termes du trust original et ne pouvaient distribuer les surplus à l'employeur⁴⁰³.

De même, dans *Buschau c. Rogers Communications Inc.*⁴⁰⁴, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que la fusion de plusieurs compagnies et de leurs régimes ne retirait pas aux employés de l'un des régimes fusionnés le droit aux surplus en cas de fin de leur régime car le trust en leur faveur se poursuivait malgré la fusion. Toutefois, la Cour a considéré que l'employeur avait le droit de prendre des congés de contribution car le régime le permettait expressément.

En cas de conflit de lois, au plan de la qualification, on doit distinguer entre les questions relatives aux dispositions légales prévoyant le sort des surplus, comme l'article 79(2) ou 79(4), et celles touchant la propriété des surplus dans le cadre du trust. Les premières dépendent de la loi ou des lois gouvernant le régime, à moins que l'on n'invoque à cette occasion un *resulting trust by operation of law* (ce qui est possible, auquel cas on applique les

⁴⁰² (1989) 67 O.R. (2d) 577 (C.A.), (1989) 41 B.L.R. 205 (C.A.).

⁴⁰³ Voir aussi *Cabot Canada Ltd. c. Members of Pension Plan*, (1991) C.E.B. & P.G.R. 1423 (Ont.H.C.).

⁴⁰⁴ [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 50 (B.C.C.A.), (2001) C.E.B. & P.G.R. 5715 (B.C.C.A.).

règles de conflit relatives au trust légal), les secondes, de la loi (unique, en principe) gouvernant le trust. Plus précisément, ceci dépend de la loi invoquée. Si la prétention touche la question de savoir si le *régime* permet une modification ou que les surplus aillent à l'employeur, on doit la régler selon la loi désignée en vertu de la règle de conflit applicable au régime, spécifiquement, aux droits des parties (loi choisie, loi ayant les liens les plus étroits, menant normalement à la loi du lieu d'exécution du travail, ou loi applicable selon une règle de conflit unilatérale, ce qui revient à l'application de la loi du lieu où l'employé se présente au travail ou, en cas de travailleur mobile ou à domicile, celle du lieu de l'établissement à partir duquel il reçoit sa rémunération). Si cette loi laisse la possibilité d'invoquer un raisonnement fondé sur le trust, par exemple, lorsqu'il s'agit de savoir si une modification était valide alors que les surplus étaient inclus dans les sommes placées en trust, au bénéfice exclusif des employés, ou lorsque la loi du régime implique que la décision administrative relative au retrait exige une détermination préalable du droit de propriété sur les surplus, comme l'article 79(1) de la loi ontarienne, alors on doit traiter cette question selon la loi applicable au trust.

Les pays de common law considèrent que la loi relative à la validité du trust détermine les questions de transfert de propriété des biens en trust, écartant ainsi la loi du lieu de situation⁴⁰⁵. On applique donc soit la loi choisie, soit celle ayant les liens les plus étroits avec le trust, en tenant compte, selon l'article 7 de la Convention de La Haye, du lieu d'administration du trust, de celui de la résidence des *trustees*, du lieu de situation des biens et des objectifs du trust, ainsi que des lieux où ceux-ci doivent se produire.

⁴⁰⁵ Voir A. DYER et H. VAN LOON, *loc. cit.*, note 234, n° 130.

La possibilité, parfois invoquée en jurisprudence⁴⁰⁶, de soutenir qu'il existe en certains cas de retrait de surplus un *resulting trust*, devrait être traité, en droit international privé selon les règles de conflit relatives à ce type de trust. Les provinces ayant adopté la Convention de La Haye et qui l'appliquent entre provinces ont étendu son domaine aux *resulting trust*, donc elles appliqueraient les articles 6 et 7 de la Convention. La question est plus délicate pour celles qui ne l'ont pas fait. On devrait appliquer la loi à l'origine de ce trust légal, donc la loi qui se veut applicable et qui y voit, selon la partie qui invoque cet argument, un tel type de trust légal. La qualification des prétentions, comme *resulting trust* ou trust volontaire, devrait dépendre, comme dans tous les pays, de la loi du tribunal saisi.

Il est donc concevable que, dans une même affaire, on doive appliquer deux règles de conflit et deux lois différentes pour la question du régime et celle du trust. Si les règles de conflit relatives au trust désignent une seule loi pour traiter des effets du trust que sont les droits des bénéficiaires ou du constituant – même si les diverses circonstances énumérées dans l'article 7 ne permettent pas de déterminer laquelle de manière uniforme dans tous les cas de trust – cela n'écarte évidemment pas le problème de la multiplicité des lois applicables aux questions des droits des parties au régime, dans la mesure où l'on doit quand même les régler par rapport aux lois des lieux d'exécution du travail par les employés.

⁴⁰⁶ La Cour suprême du Canada en a admis la possibilité en principe, dans l'affaire *Schmidt*, précité, note 268. Voir aussi *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.*, (1979) 103 D.L.R. (3d) 109 (B.C.S.C.), [1979] 6 W.W.R. 656 (B.C. S.C.); *La Have Equipment Ltd. c. Nova Scotia (Superintendent of Pensions)*, précité, note 271.

Il devient possible en tout cas d'invoquer pour certaines questions relatives au trust l'application de la loi du lieu d'administration (selon l'article 7 de la Convention), de voir où résident les *trustees* et où sont situés les fonds en cause, et enfin, de tenir compte de l'objectif clair des fonds de retraite : prévoir des prestations de retraite au bénéfice des employés. Ce dernier élément ne permet pas de déterminer une seule loi dans le cas d'un régime multiprovincial puisque les objectifs du trust se matérialiseront en plusieurs provinces. On devrait donc l'éliminer et se concentrer sur les autres éléments.

Étant donné que les conseillers juridiques ne manquent pas d'imagination lorsqu'il s'agit de bâtir une stratégie destinée à permettre à l'employeur de récupérer les surplus des régimes de retraite⁴⁰⁷, il pourrait être tentant de ce point de vue d'établir ou de déplacer l'administration du trust en un lieu favorable à ses pouvoirs en tant que constituant ou que bénéficiaire, d'essayer de faire choisir des *trustees* résidant au bon endroit et d'essayer de faire verser toutes les contributions dans une succursale bien située. Toutefois, comme les droits en matière de trust des diverses provinces de common law concordent en général, en protégeant également les droits des employés en tant que bénéficiaires, l'employeur pourrait essayer soit de favoriser fortement le choix d'une loi étrangère soit de matérialiser l'administration dans un autre pays, plus au sud, par exemple. Cela ne déplairait pas nécessairement aux administrateurs, ni aux bénéficiaires. Un mouvement vers les *Offshore trusts* pourrait être provoqué en invoquant ostensiblement des raisons fiscales, plutôt que les vrais motifs sous-jacents (la reconnaissance à l'employeur-constituant de plus vastes pouvoirs de modification du trust).

⁴⁰⁷ Voir par exemple *Joy Technologies Inc. c. Montréal Trust Co. of Canada*, (1995) C.E.B. & P.G.R. 5573 (Ont. Gen. Div.).

Par le biais de ces tentatives de manipulation, nous abordons ainsi les questions de changement de loi applicable au régime en cas de conflit mobile.

3.2.3. Les conflits mobiles relatifs à l'administration des régimes dans le droit des provinces canadiennes de common law

De même qu'en droit québécois, il peut se créer un conflit mobile en matière d'administration de la fiducie ou du trust si le facteur de rattachement propre ou non à l'administration change. Ainsi, selon les règles de conflit de common law, si le lieu d'administration change, qu'il s'agisse d'un changement de résidence des *trustees* ou des autres circonstances, un conflit mobile est possible⁴⁰⁸. On pourrait ainsi imaginer que le lieu d'enregistrement change, ce qui entraînera qu'un certain nombre d'actes d'administration, parmi les plus importants, auront lieu dans une autre province.

De son côté, la Convention de La Haye ne précise pas à quel moment tenir compte des éléments sélectionnés pour déterminer objectivement la loi applicable au trust. Dans la mesure où l'on considérerait, en application de l'article 7 de la Convention, dans les provinces qui l'ont mise en vigueur entre provinces, que la loi applicable à l'administration ne dépend pas uniquement du lieu de cette administration, on pourrait envisager des conflits mobiles résultant de la modification d'autres éléments, notamment de ceux sélectionnés dans ce même article : la situation des biens du trust, la résidence des *trustees*, les objectifs du trust et les lieux où ils doivent être accomplis. Ainsi, en plus du cas où le lieu d'administration se modifie, on peut théoriquement imaginer que des conflits mobiles se produisent, entre autres circonstances, parce que les fonds ou la résidence des *trustees* se déplacent d'un

⁴⁰⁸ Voir A. DYER et H. VAN LOON, *loc. cit.*, note 234, n° 129.

pays à un autre, ou encore parce que les lieux où les objectifs du trust doivent être accomplis changent.

Quant au rattachement subjectif du trust, par le choix de la loi, on peut d'abord se demander à quel moment le déterminer à l'origine. Un auteur a justement expliqué que, dans la situation comme celle des fonds de retraite ou des fonds mutuels d'investissement, où un *settlor*, souvent l'employeur, crée le trust, et choisit la loi applicable, le fait qu'ensuite une autre personne transfère des sommes d'argent, des cotisations, à ce fonds déjà créé et soumis à une loi, ne modifiera pas cette loi applicable, même si cette personne doit aussi être techniquement considérée comme *settlor*⁴⁰⁹. On peut considérer que l'adhésion à un tel fonds comprend l'acceptation de la clause de choix de la loi. C'est donc au moment de la création du trust que ce choix se cristallise et l'on ne doit pas considérer que chaque adhésion matérialise un nouveau trust dont la loi applicable doit être fixée lors de l'adhésion.

Par ailleurs, comme en droit québécois, l'article 10 de la Convention de La Haye précise :

« La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer cette loi, ou [la possibilité de remplacer] la loi applicable à un élément du trust susceptible d'être isolé. »

Nous avons vu plus haut que cette disposition concerne directement la *possibilité* de conflit mobile, de même que la question des *conditions* de remplacement de la loi. Comme nous venons de le constater, les conceptions de common law sont axées sur l'aspect volontaire des trusts des fonds de pension et sur le respect intégral de la volonté des constituants. Nous pensons que cet effet modificateur ne sera accepté par la loi gouvernant l'administration du trust que si ce trust le permet lui-même

⁴⁰⁹ D. HAYTON, *loc. cit.*, note 302, 270.

expressément, sous réserve de l'observation de dispositions protectrices des employés, comme celles relatives à l'enregistrement des modifications du régime qui pourraient en découler⁴¹⁰.

3.2.3.1. Enregistrement du régime et de modifications

Les règles impératives relatives à l'enregistrement du régime (et du trust) touchent son administration. Rappelons qu'il est possible que, par dépeçage, les tribunaux de common law considèrent que la loi applicable à l'administration du régime est la même que celle régissant l'administration du trust, déterminée selon l'ensemble des circonstances relatives à cette administration.

S'il s'agit du droit ontarien, le tribunal ontarien l'appliquera en respectant les règles de conflit unilatérales des articles 3 et 4 de sa loi : application de la loi du nouveau lieu dès qu'un régime de retraite est offert à une personne employée en Ontario, c'est-à-dire offert à un employé tenu de se présenter au travail en Ontario, ou, s'il n'est pas tenu de se présenter au travail à un établissement de l'employeur, offert à un employé recevant sa rémunération d'un établissement situé en Ontario. Il en sera ainsi des obligations des administrateurs en matière d'enregistrement du régime, qu'il s'agisse de l'enregistrement lors de sa création ou de celui de modifications projetées.

Si le droit ontarien n'est pas en cause, le tribunal ontarien devrait, bien que ceci ne soit pas certain, faire respecter la loi du lieu d'exécution des actes en cause, soit en vertu de la règle jurisprudentielle dont nous avons parlé, soit en s'inspirant de la jurisprudence *Morguard*. L'acte en question est l'absence de présentation de demande conforme au lieu d'enregistrement ou

⁴¹⁰ Malgré cette règle, on pourrait se demander en common law s'il ne serait pas contraire à la *public policy* de changer la loi applicable à l'administration d'un trust de manière à diminuer les droits des participants.

l'acte, non enregistré, d'administration ou de modification du régime. Le tribunal ontarien devrait donc faire respecter l'illégalité résultant d'une violation de la loi de la province du lieu d'enregistrement ou du lieu de l'acte d'administration du régime non conformément enregistré. Puisque cet acte est instantané, aucun conflit mobile n'est possible.

Par contre, si le tribunal n'applique pas cette règle jurisprudentielle, il fera appel à la théorie de la *proper law* qui pourrait mener soit à la loi du lieu d'administration ou d'enregistrement, soit, en l'absence de dépeçage, à la loi du lieu de travail habituel des employés. Dans le premier cas, bien évidemment, on appliquera la loi du nouveau lieu d'enregistrement ou d'administration aux actes d'enregistrement ou aux modifications qui surviennent après le changement de lieu. Dans le second, la loi du nouveau lieu de travail devrait s'appliquer aux actes d'enregistrement ou aux modifications qui se produisent après le changement de lieu.

La question de savoir si la fin du régime entraîne aussi la fin du trust doit être soumise à la loi relative à la validité du trust (l'article 8 de la Convention énonce que la loi applicable au trust détermine ses modifications et sa « cessation »⁴¹¹), c'est-à-dire, en l'absence de loi choisie, celle ayant les liens les plus étroits avec le trust créé volontairement, sous réserve de la règle jurisprudentielle relative à l'illégalité. En conséquence, la loi du nouveau lieu de résidence des *trustees*, si ce facteur est considéré suffisant pour déterminer la loi applicable au trust, va s'appliquer si la fin du régime a lieu après ce changement de lieu, à moins que l'on ne considère, comme nous le croyons, que les motifs de fin du trust ne concernent que ses parties, donc que la volonté des constituants

⁴¹¹ L'article 10 ne joue pas dans ce contexte puisqu'il ne s'agit pas de remplacer la loi relative au trust.

doive être respectée par la pétrification de la loi lors de la création du trust. Si l'on met fin au régime, les fonds seront distribués à qui en aura le droit, par conséquent, en principe le droit de common law applicable à la validité du trust considérera que celui-ci se termine puisque son objet a été accompli⁴¹². Toutefois, il peut arriver que des dispositions statutaires jouent et donc que la loi du lieu lors de la création du trust ne soit pas au même effet que celle du lieu lors de la fin du régime. Ainsi, si une loi (du type des *Variation of Trust Acts*) permettait à une cour de donner son consentement à la terminaison d'un trust à un moment différent de la répartition des fonds du régime, nous pensons que la discrétion judiciaire impliquée dans ce type de situations, par rapport à la volonté des constituants, entraînerait la compétence de la loi du nouveau lieu.

3.2.3.2. Financement et solvabilité

De manière générale, les règles impératives de financement et de solvabilité devraient être qualifiées comme des normes relatives à l'administration du régime, plutôt que comme des règles relatives à l'administration de la fiducie ou aux obligations des parties. On devrait donc appliquer la loi du régime – loi choisie, loi du lieu d'exécution du travail ou de rémunération ou loi du lieu d'administration – au moment où l'insolvabilité ou le manque de capitalisation de manifeste.

Les règles comme celles de l'article 56 P.B.A., énonçant que l'administrateur doit transmettre un avis écrit au surintendant des cotisations dues et impayées, appartiennent à la catégorie des actes d'administration du régime imposés par la loi, et non à celle des actes d'administration du trust. Comme on l'a dit, la loi applicable sera la loi du régime, donc celle déterminée selon la règle de

⁴¹² D. WATERS, *op. cit.*, note 232, p. 961 et 962.

conflit unilatérale de la province du tribunal saisi. Si la loi du tribunal saisi n'est pas en cause, ce tribunal devrait alors appliquer la *proper law of the regime*, qui devrait correspondre à la loi du lieu d'exécution du travail ou du lieu de rémunération, sous réserve d'un dépeçage menant à la loi du lieu de l'administration. En cas de conflit mobile, c'est-à-dire en cas de changement, selon ce que la jurisprudence décidera, de lieu d'exécution du travail des employés, de lieu de rémunération ou de lieu d'administration, puisqu'il s'agit de règles impératives, la loi du nouveau lieu va s'appliquer si les cotisations exigibles sont impayées après le changement de lieu.

Le changement de lieu d'exécution du travail, de rémunération ou d'administration, devrait entraîner une modification de la loi gouvernant les règles relatives à l'exigence d'évaluation actuarielle, puisqu'il s'agit de règles relatives à l'administration du régime. Il s'agit de règles impératives, donc 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. La loi du nouveau lieu régira les mesures déterminant l'organe (administrateur, etc.) devant faire préparer le rapport actuariel.

Les règles relatives au financement des régimes déterminant le montant légal de cotisations d'exercice, définissant le déficit actuariel ou relatives à la méthode d'amortissement de ce déficit font aussi partie des règles d'administration du régime, donc seront soumises à la loi du nouveau lieu de travail habituel lors de l'évaluation, s'il s'agit de règles impératives.

Les règles impératives concernant l'excédent de cotisations versées par l'employeur et de celles relatives au versement des montants d'amortissement, touchent l'administration du régime, donc relèvent de la loi du lieu de travail habituel, de rémunération, ou d'administration lorsque l'employeur verse une cotisation

supérieure à celle qui est requise, ou, selon le cas, lorsque le montant effectivement versé pour amortir un déficit actuariel est inférieur aux exigences légales.

Si la question touche un trust légal, comme en Ontario celui prévu par l'article 57 P.B.A., disposant que les cotisations dues mais non versées par l'employeur sont détenues par cet employeur en « fiducie », la loi applicable est celle désignée par la règle de conflit en matière de trust (loi choisie ou celle ayant les liens les plus étroits avec le trust, en tenant compte du lieu de résidence des *trustees*, de celui de l'administration, etc.), au moment où des cotisations de l'employeur deviennent impayées, puisque c'est à ce moment que le trust est créé. Toutefois, si la loi applicable à la fiducie change après ce moment, et que les cotisations sont toujours impayées, on peut imaginer que la loi du nouveau lieu va s'appliquer de manière rétrospective puisqu'il s'agit d'une situation continue. Cependant, selon l'article 10 de la Convention de La Haye, il faudra demander auparavant à la loi ayant créé le trust légal si elle admet que le changement de lieu, par exemple d'administration de la fiducie si c'est l'élément en cause, entraîne en théorie un conflit mobile et, en l'espèce, un changement de loi applicable. Si la réponse est positive, il faudra encore que la loi du nouveau lieu s'applique à cette situation où un trust légal a déjà été créé alors que la situation se trouvait sous l'empire de la loi du premier lieu d'administration. Cette double vérification devrait limiter le nombre des changements de loi en cas de conflit mobile.

3.2.3.3. Administration d'un régime de retraite ou d'un trust

Les dispositions comme celles de l'article 62 P.B.A. imposant à toute personne participant au choix d'un placement fait avec l'actif d'une caisse de retraite, donc aux administrateurs du régime, de veiller à ce que le choix soit conforme aux critères énoncés dans la loi et les règlements, sont relatifs à l'administration du trust. S'il

s'agit de la loi du tribunal saisi, il l'appliquera selon sa règle de conflit unilatérale spéciale (articles 3 et 4), aux trusts créés dans le cadre d'un régime offert aux travailleurs fixes se présentant en Ontario ou aux travailleurs mobiles ou à domicile recevant leur salaire à partir d'un établissement ontarien de l'employeur. S'il ne s'agit pas de la loi du tribunal saisi, celui-ci pourrait appliquer cet article en se fondant sur une règle non conflictuelle (en vertu de la règle jurisprudentielle relative à l'illégalité, selon le raisonnement fondé sur l'affaire *Morguard* ou, s'il s'agit d'une province ayant adopté la Convention de La Haye, selon l'article 16). Alternativement le tribunal pourra appliquer la règle de conflit de common law ou conventionnelle relative à l'administration du trust, désignant soit la loi choisie pour gouverner l'administration du trust soit la loi ayant les liens les plus étroits avec cette administration. En cas de conflit mobile concernant les éléments retenus pour la désigner objectivement, dans la mesure où ces règles sont impératives, la loi nouvelle devrait s'appliquer pour les placements faits après qu'elle soit devenue compétente, donc pour le futur, mais elle ne reviendra pas sur les placements antérieurs. Toutefois, sur ce point aussi, il faudra éventuellement demander à la loi relative à la création du trust (la loi de l'ancien lieu d'administration, en principe) si elle admet que la modification du facteur de rattachement entraîne un conflit mobile (pour les provinces ayant mis en vigueur l'article 10 de la Convention de La Haye) ainsi que les conditions même du changement de loi. Bien sûr, il faudra aussi que la loi du nouveau lieu s'applique à un trust déjà créé, ce qui entraîne une modification éventuelle des règles sur lesquelles les constituants s'étaient fondés pour décider de créer un trust.

Les règles comme celles de l'article 19 P.B.A., créant une obligation pour l'administrateur du régime de veiller à ce que le régime et la caisse de retraite, donc le trust, soient administrés conformément à la législation ontarienne, peuvent être analysées comme des dispositions relatives à l'administration du trust ou du

régime. Dans le premier cas, on appliquera la même solution que pour l'article 62 de la même loi. Dans le second, la solution sera plus simple : la loi du nouveau lieu d'exécution du travail ou de rémunération, ou celle du nouveau lieu d'administration, selon le cas, s'appliquera aux actes d'administration survenus après qu'elle soit devenue compétente en raison du changement de lieu.

Les dispositions créant des obligations légales pour l'administrateur d'apporter « à l'administration et au placement des fonds de la caisse de retraite le soin, la diligence et la compétence qu'une personne d'une prudence normale exercerait relativement à la gestion des biens d'autrui » (article 22(1) P.B.A.), d'y apporter « toutes les connaissances et compétences pertinentes que l'administrateur possède ou qu'il devrait posséder en raison de sa profession, de ses affaires ou de sa vocation » (article 22(2)), interdisant à l'administrateur de se placer en conflit d'intérêts (article 22(4)), lui permettant d'utiliser un ou plusieurs mandataires ou « agents » (article 22(5)), lui imposant un devoir de surveillance prudente et raisonnable sur ce ou ces mandataires ou agents (article 22(7)) et disposant que l'administrateur a droit aux prestations, aux remboursements de dépenses d'administration et aux honoraires que prévoient le régime et la common law (article 22(9)) sont soumises à la loi gouvernant l'administration du trust. On utilisera les mêmes solutions que pour l'article 62 P.B.A. En l'absence de choix, la loi du lieu de l'administration au moment de la constitution du trust doit dire si elle admet que le changement de ce lieu entraîne un conflit mobile et dans quelle condition la loi nouvelle peut s'appliquer. De plus, la loi du nouveau lieu doit aussi être applicable de manière immédiate, non rétroactive, aux actes accomplis depuis le moment où elle est devenue compétente par le fait du changement de lieu du facteur de rattachement. Si ces dispositions ne sont pas impératives, on peut croire que la loi de l'ancien lieu restera compétente pour le futur, même après le changement de lieu.

Les articles 20 et 21 P.B.A. imposent à l'administrateur de déposer une déclaration annuelle relative au régime et d'autres documents, ainsi que de verser des droits prescrits par la loi. Ceci concerne l'administration du régime et non celle du trust. C'est donc la loi du nouveau lieu de travail ou de rémunération (ou d'administration selon le cas) à la date qu'elle fixe pour déposer une telle déclaration qui doit déterminer leur domaine d'application international.

Les dispositions comme celles de l'article 25 P.B.A., disposant que l'administrateur doit fournir par écrit des renseignements relatifs au régime et aux droits et obligations du participant à la personne qui sera admissible au régime ou tenue d'y participer, et celles de l'article 26 P.B.A. lui imposant d'aviser les intéressés des modifications projetées qui entraîneraient une réduction des prestations de retraite accumulées à partir de la date d'effet de la modification ou qui nuiraient aux droits ou obligations d'un participant ou bénéficiaire, en les invitant à soumettre leurs commentaires, touchent directement les droits des bénéficiaires et elles devraient être soumises à la loi gouvernant les droits des bénéficiaires, c'est-à-dire, selon le cas, à la loi du lieu d'exécution du travail ou de rémunération au moment de l'admissibilité au régime ou lorsqu'une modification est projetée.

En cas de changement de lieu de travail ou de lieu de rémunération, la loi du nouveau lieu régira les questions relatives aux droits des participants à obtenir le transfert de sommes d'argent après le changement de lieu, comme ceux indiqués à l'article 42 P.B.A., disposant que l'ancien participant qui met fin à son emploi ou qui cesse de participer à un régime de retraite a le droit d'exiger que l'administrateur transfère un montant égal à la valeur de rachat d'une pension différée à la caisse de retraite d'un autre régime de retraite, dans un arrangement d'épargne retraite ou pour la constitution d'une rente viagère.

Les questions relatives à des règles impératives comme l'article 42(4) P.B.A., disposant que l'ancien participant « peut exercer son droit [...] en remettant à l'administrateur, dans le délai prescrit, une directive rédigée selon la formule qu'approuve le surintendant », comme l'article 42(5) P.B.A., énonçant que « l'administrateur se conforme à la directive dans le délai prescrit après la remise de la directive », « sous réserve de la conformité avec les exigences du présent article et des règlements », comme l'article 42(6) P.B.A., précisant que l'administrateur « ne fait pas le paiement » si l'arrangement d'épargne retraite ne satisfait pas aux exigences prescrites par règlement et comme l'article 42(7) P.B.A. énonçant que, dans certains cas, « l'administrateur ne fait pas le paiement sans l'approbation du surintendant » concernent l'administration du régime. La loi du nouveau lieu d'administration va régir les transferts ayant lieu après le changement de lieu.

Les questions touchant des règles comme l'article 45(1) P.B.A., disposant qu'avant de commencer le paiement d'une pension ou d'une prestation, l'administrateur du régime exige que le bénéficiaire lui fournisse les renseignements nécessaires pour calculer ou payer la pension ou la prestation, et l'article 45(3), disposant que l'administrateur s'acquitte de ses obligations lorsqu'il paie la pension ou la prestation conformément aux renseignements fournis, « à moins qu'il n'ait connaissance réelle à l'effet contraire », touchent l'administration du régime ou celle du trust. En définitive, nous penchons plutôt pour une qualification « administration du trust », ce qui implique la compétence de la loi du lieu d'administration lors de la constitution du trust pour décider si et dans quelles conditions le changement de lieu d'administration entraîne un changement de loi. De plus, la loi du nouveau lieu doit aussi s'appliquer à des paiements effectués ou envisagés depuis le changement de ce lieu d'administration. Toutefois, ces règles ne nous semblent pas impératives, donc elles

ne devraient pas s'appliquer de manière à modifier la volonté des constituants. De toute manière, on n'imagine pas vraiment de conflits relatifs à ces règles.

Les règles impératives comme celles de l'article 61 P.B.A., énonçant que l'employeur tenu de cotiser à un régime de retraite interentreprises doit fournir à l'administrateur une copie de l'accord selon lequel il doit cotiser, indiquant le montant de cotisations qu'il doit verser et ses autres obligations, appartiennent à l'administration du régime, donc dépendent de la loi du nouveau lieu de travail ou de rémunération (ou de celle du nouveau lieu d'administration) lorsqu'il s'agit du paiement de cotisations dues après que le changement de lieu ait donné compétence à cette loi.

Les questions relatives aux dispositions impératives comme celles de l'article 59 P.B.A., donnant à l'administrateur le pouvoir d'introduire une action en justice pour obtenir le paiement des cotisations dues selon le régime de retraite et selon la loi, relèvent de l'administration du régime. La loi du nouveau lieu de travail ou de rémunération régira donc les actions intentées au sujet des cotisations impayées depuis le changement de lieu.

3.2.3.4. Scission, fusion d'un régime de retraite, liquidation des droits des participants et affectation de l'excédent d'actif

3.2.3.4.1. Scission, fusion du régime et liquidation des droits des participants

En cas de scission ou de fusion d'un régime, si l'employeur veut le liquider partiellement ou totalement, des règles interviennent de manière à protéger les employés. Certaines imposent à l'administrateur du régime (souvent l'employeur, dans les provinces de common law) de fournir un certain nombre de documents aux participants et au surintendant, notamment un avis

d'intention de liquider le régime (en Ontario, selon les 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 (article 72 P.B.A.). Certaines règles comme, en Ontario, l'article 70(2), interdisent à l'administrateur d'effectuer un paiement sur la caisse de retraite ayant fait l'objet d'un avis d'intention de liquidation avant l'approbation du rapport de liquidation par l'autorité de surveillance. Ces règles impératives concernent essentiellement l'administration du régime, à l'exception des droits d'information, qui appartiennent à la catégorie des droits des parties. Pour les premières, soit en vertu d'une méthode non conflictuelle (application unilatérale de la loi du tribunal saisi, extension de cette méthode aux lois des autres provinces selon la règle jurisprudentielle relative à l'illégalité, selon la jurisprudence *Morguard*, ou en vertu de l'article 16 de la Convention de La Haye), soit selon la règle de conflit de common law, la loi du nouveau lieu de travail ou de rémunération, ou encore d'administration, si l'on interprète ainsi la *proper law of the regime*, s'appliquera aux scissions, fusions et liquidations projetées après le changement de lieu.

Les droits d'information, comme tous les autres droits des participants lors d'une fusion ou d'une liquidation (qu'on trouve aux articles 73, 74 et 75 de la loi ontarienne) seront sujets à la loi du régime, en principe celle du lieu de travail ou de rémunération, au moment où le besoin se fait sentir, c'est-à-dire avant la scission, la fusion ou la liquidation du régime. La loi aura donc un effet rétroactif, dans la mesure où elle touche une situation déjà existante au moment où le changement de lieu lui donne compétence, mais au sujet d'événements se déroulant alors qu'elle est compétente, et non avant.

D'autres dispositions impératives (comme, en Ontario, les articles 80(1) et 81(1) et (2)) maintiennent les droits aux prestations des employés de l'entreprise vendue, ou de l'ancien régime auquel l'employeur a mis fin (article 81), leur ouvrent 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. Elles énoncent que les emplois sont réputés ne pas avoir pris fin lors du transfert (article 80(3)). Il s'agit des droits des employés, donc la loi applicable sera celle du nouveau lieu de travail ou de rémunération si la fusion, la scission ou la liquidation a lieu après le changement de lieu.

Les règles impératives donnant à l'autorité de surveillance le droit de refuser un transfert d'actif ne protégeant pas les droits des participants (comme celles qui se trouvent en droit ontarien aux articles 80(5) et 81(5)) 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)), sont relatives à l'administration du régime, donc sont soumises à la loi du nouveau lieu de travail, de rémunération, ou, éventuellement, d'administration, pour ce qui concerne les décisions et les ordonnances qui doivent être rendues après le changement de lieu.

3.2.3.4.2. Congés de cotisation

Pour prendre des « congés de cotisation »⁴¹³, dans le droit des provinces de common law, en dehors de dispositions légales spécifiques, comme il en existe maintenant en droit québécois, il faut soit que le régime le permette, soit que l'employeur essaye de le modifier en ce sens (à condition d'avoir le droit de le faire). La

⁴¹³ Par manque d'information, les employés ne se posent pas la question de savoir s'ils auraient droit, eux aussi, à de telles « vacances » ou s'ils pourraient exiger que les surplus servent à indexer les rentes. Voir sur le sujet M. RIVEST, *op. cit.*, note 112, p. 24, 137 et suiv.

jurisprudence analyse donc le problème comme une question contractuelle, à moins que le trust ne prévoit lui-même une disposition précise. La question dépend de savoir soit si les fonds versés au trust le sont sans aucune réserve, soit, si la question n'est pas réglée par le trust, mais dans le régime, si celui-ci oblige l'employeur à décaisser une somme d'argent, indépendante des évaluations actuarielles, ou si, au contraire, le régime prévoit que l'étendue de l'obligation de l'employeur dépend de cette évaluation. En principe, donc, ces questions de congés de cotisation touchent les droits des parties au régime. Elles dépendent de la loi applicable au régime. Mais en cas de conflit mobile, il faut déterminer le moment auquel concrétiser le facteur de rattachement. La jurisprudence a admis ce droit de prendre des congés de contribution dans la mesure où ceci ne porte pas atteinte à des droits déjà « accumulés » (*accrued*)⁴¹⁴. Quand cela a-t-il lieu? Dans l'arrêt *Schmidt*, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Cory, a affirmé que⁴¹⁵ :

« Once funds are contributed to the pension plan they are “accrued benefits” of the employees. However, the benefits are of two distinct types. Employees are first entitled to the defined benefits provided under the plan. [...] The other benefit to which the employees may be entitled is the surplus remaining upon termination. This amount is never certain during the continuation of the plan. [...] Employees can claim no entitlement to surplus in an ongoing plan because it is not definite. The right to any surplus is crystallized only when the surplus becomes ascertainable upon termination of the plan. »

⁴¹⁴ *Schmidt c. Air Products of Canada Ltd.*, précité, note 268; *Maurer c. McMaster University*, précité, note 370.

⁴¹⁵ Précité, note 268, 665.

Selon cet arrêt, le droit au surplus n'est pas considéré, à la différence du droit civil, comme un droit conditionnel, rétroagissant à la date de la création du régime, mais comme un droit à terme, sans rétroactivité. Par conséquent, en cas de conflit mobile, aucun droit n'est acquis avant le moment où le surplus se matérialise, c'est-à-dire, soit à la fin du régime, comme la Cour l'affirme dans l'affaire *Schmidt*, soit, peut-être, pendant le régime si les évaluations actuarielles le démontrent. La loi applicable aux conditions des congés de cotisation (clause d'un régime, entente, modification, etc.) est celle du lieu de travail ou de rémunération au moment où le surplus existe et lorsque l'employeur veut l'utiliser pour l'affecter à ses cotisations. Si la loi compétente exige une clause du régime en ce sens, ou, en l'espèce, une modification, la loi applicable à cette modification sera la même que celle qui exige cette condition, puisqu'il s'agit finalement toujours du droit des parties. On notera pourtant que les règles relatives aux congés de cotisation ne sont pas nécessairement incluses dans une loi statutaire ou dans un règlement et qu'elles renvoient seulement à l'accord des parties, donc il n'y a pas de règles impératives en cause.

Le même raisonnement s'appliquerait au sujet du droit de l'employeur d'utiliser ces surplus pour bonifier un éventuel programme de préretraite. On appliquerait la loi du nouveau lieu de travail ou de rémunération à un projet d'affecter les surplus à cet effet si le surplus se matérialise après le changement de lieu.

3.2.3.4.3. Retrait de surplus pendant la durée du régime ou à sa fin

Les règles impératives, comme celles de l'article 78 de la loi ontarienne, énonçant qu'aucune somme ne peut être prélevée sur une caisse de retraite pour payer l'employeur sans le consentement de l'autorité de surveillance ontarienne et indiquant quels

documents l'employeur doit déposer avec sa demande auprès de cette autorité, appartiennent aussi à l'administration du régime, donc devraient être régies par la loi du nouveau lieu de travail, de rémunération, ou d'administration, pour ce qui concerne les demandes faites après le changement de lieu.

L'article 79(1) et 79(2) de la loi ontarienne prévoit à quelles conditions l'autorité de surveillance peut autoriser un employeur à recevoir de la caisse une somme excédentaire pendant qu'un régime continue d'exister. Rappelons que l'article 79(1)(b) dispose que le surintendant ne donne son consentement que si :

« [...] le régime de retraite prévoit le retrait d'un excédent par l'employeur pendant que le régime de retraite continue d'exister, ou l'auteur de la demande convainc le surintendant qu'il a, d'une autre façon, le droit de retirer l'excédent. »

Ainsi, pour pouvoir retirer des surplus de cotisation pendant la durée du régime, il faut soit une clause expresse du régime, soit, en cas de silence⁴¹⁶, un autre fondement au retrait, qui pourrait provenir soit d'une disposition se trouvant dans le *trust agreement* créé en application du régime, ou éventuellement modifié dans ce sens (si l'employeur, en tant que constituant s'était réservé le pouvoir de modifier unilatéralement le trust), soit d'un accord négocié avec les employés, mais n'ayant pas encore donné lieu à une modification formelle du régime, au cas où l'employeur réussirait à obtenir un consentement *unanime* de tous les membres de régime⁴¹⁷ et de 90 % de tous les ex-membres.

⁴¹⁶ Lorsqu'il s'agit d'un ancien régime établi alors que l'exigence d'une telle clause n'existait pas encore ou en cas d'ambiguïté de la clause pertinente.

⁴¹⁷ Art. 10(2) R.R.O. Voir A. DEVIR, *loc. cit.*, note 360, 326, 329.

Pour retirer des surplus en fin de régime, selon le droit ontarien, c'est-à-dire l'article 79(3) et 79(4), l'une des conditions pour que l'autorité autorise le retrait est que le régime le prévoit au bénéfice de l'employeur. Si le régime interdit ce retrait, ou, dans le cas d'un ancien régime s'il ne prévoit pas ce paiement à l'employeur, les sommes sont en principe réparties proportionnellement entre les participants, ex-participants et bénéficiaires (article 79(4)). On a pu y voir un *resulting trust*. Mais l'article 8 du règlement⁴¹⁸ prévoit soit que le paiement sera fait au bénéfice des employés, ex-employés, etc., à l'exclusion de l'employeur, soit qu'il sera fait au bénéfice de l'employeur si le représentant des membres du régime (le syndicat), en cas de convention collective, ou, sinon, les deux-tiers de ces membres y ont consenti par écrit. De plus, le surintendant exige que 90 % des ex-employés y aient aussi consenti⁴¹⁹. La réglementation oblige donc dans ce cas aussi à négocier pour partager les surplus et à rédiger un accord de partage.

Toutes ces conditions impératives concernent les droits des parties au régime. En cas de conflit mobile, la loi du nouveau lieu de travail ou de rémunération va s'appliquer si le retrait est en cause après le changement de lieu. Ainsi, s'il s'agit de retirer des surplus à la fin du régime, c'est la loi du lieu de travail ou de rémunération lors de sa terminaison qui va s'appliquer quant aux conditions légales du retrait, sans que l'on puisse invoquer le contenu du droit du lieu de travail lors de la création du régime.

Rappelons que, du fait que les lois des provinces n'ont pas traité directement du problème de la propriété des surplus, il faut examiner éventuellement certains clauses du trust (ou de la convention créant le régime), comme le reconnaît expressément

⁴¹⁸ Précité, note 360.

⁴¹⁹ Art. 10.1 (1)(b) R.R.O.

l'article 79(1) P.B.A. pour le retrait pendant la durée du régime. Dans un cadre légal, la question peut donc se poser de déterminer l'intention de l'employeur quant à l'intégration des surplus dans le trust ou du pouvoir subséquent de l'employeur de révoquer le trust ou de modifier son contenu après sa création.

Il est en effet important de manière générale d'examiner les termes du trust parce que l'on peut en déduire s'il était dans l'intention de l'employeur-constituant que les surplus soient soumis aussi à ce trust, ou s'il en a conservé la propriété par une réserve expresse⁴²⁰. Par conséquent, les règles supplétives en ce cas dépendent en principe de la loi régissant le trust *lors de sa création*, comme l'a reconnu la Cour suprême dans l'affaire *Schmidt*⁴²¹, et cette loi dira, pour les provinces ayant intégré l'article 10 de la Convention de La Haye, si la modification des éléments de rattachement du trust (changement de lieu de résidence du *trustee*, etc.) entraîne un changement de loi.

En cas d'absence de clause dans le régime prévoyant le sort du surplus (ce qui est de plus en plus rare étant donné que pour être enregistré un régime doit le prévoir expressément) et si l'employeur et les employés-constituants n'ont pas expressément exprimé la volonté de se départir définitivement de tous les fonds qu'ils versent à la caisse (auquel cas les surplus font clairement partie du trust volontaire), les règles du trust font qu'il est possible d'invoquer en conséquence un *resulting trust*, donc un trust légal,

⁴²⁰ *Schmidt c. Air Products of Canada Ltd. Canada Ltd.*, précité, note 268, 656, j. Cory : « However, very specific wording will be necessary before an ongoing surplus will be excluded from the operation of the pension trust. The definition of the trust fund in the pension plan and in the trust agreement will usually establish that any surplus moneys form part of the trust. »

⁴²¹ *Id.*, 657 : « The settlor of a trust can reserve any power to itself that it wishes provided the reservation is made at the time the trust is created. »

dès que les sommes versées suffisent à accomplir l'objet du trust volontaire. La loi applicable est alors soit celle qui crée ce trust *by operation of law*, pour les provinces n'ayant pas mis en vigueur la Convention de La Haye, et, pour les autres (puisqu'elles ont expressément étendu son domaine à ce type de trust), la loi choisie ou celle ayant les liens les plus étroits avec le trust, en tenant compte des quatre éléments énumérés à l'article 7 de la Convention. En cas de conflit mobile, puisqu'il s'agit de dispositions impératives et que ce trust au bénéfice des employés se concrétise au moment où il reste un surplus dans la caisse, une fois que les prestations ont été payées, on en déduit que la loi du nouveau lieu devrait s'appliquer si l'existence de ce surplus se manifeste après le changement de loi.

On peut néanmoins se demander dans quelle mesure l'article 10 de la Convention, qui donne compétence à la loi relative à la validité du trust pour déterminer le moment de changement de la loi applicable, intervient. Étant donné que le trust est créé lorsque le surplus apparaît, la loi du lieu des éléments sélectionnés (par exemple celui de la situation des fonds, de la résidence des *trustees* et de l'administration de ce trust légal) pour localiser le trust à ce moment dira si le changement subséquent de l'un de ces éléments (ce devrait être la modification du lieu de résidence des *trustees*, étant donné qu'il ne peut plus y avoir d'administration et qu'il ne devrait donc pas y avoir non plus de déplacement des fonds) entraîne un changement de loi. Il est probable que la réponse soit négative étant donné qu'on pourrait soutenir que le droit a été « acquis » ou « cristallisé » lors de la terminaison du régime. De toute manière le changement de résidence du *trustee* n'a pas un rapport significatif avec les droits des bénéficiaires, dans la mesure où, effectivement, il ne s'agit pas d'une question d'administration du trust.

Rappelons finalement que, dans *Régie des rentes du Québec c. Pension Commission of Ontario*⁴²², au sujet de l'application des règles québécoises relatives à la procédure d'arbitrage avant la distribution des surplus, la Cour supérieure de l'Ontario, à bon droit, n'a pas admis que le déplacement de l'enregistrement du régime en cause du Québec en Ontario entraînait l'application du droit ontarien aux travailleurs qui étaient toujours au Québec, parce qu'il s'agissait de droits des participants, qui restaient donc soumis à la loi de leur lieu de travail habituel et non d'une question d'administration du régime.

3.2.4. Les conflits transitoires relatifs à l'administration des régimes dans le droit des provinces canadiennes de common law

Rappelons les règles relatives aux conflits transitoires dans les pays de common law. La jurisprudence et la doctrine admettent la *mutabilité absolue* de la loi applicable, même en matière contractuelle, en l'absence de choix de la loi ou d'incorporation des termes de celle-ci dans le contrat, et sous réserve de l'exception d'ordre public ou si l'application de la nouvelle version de la loi désignée mène à une situation d' « *inconvenience or injustice* ».

Dans le domaine des régimes complémentaires de retraite, les modifications de loi contractuelle applicable dues à une application rétrospective de la *proper law*, à condition que la loi soit interprétée en ce sens – en tenant compte de la présomption allant à l'encontre de la rétroactivité et de la rétrospectivité – vont être acceptées sans que l'on invoque la notion de droits acquis.

⁴²² Précité, note 4, 19.

Toutefois, une opinion minoritaire, celle du professeur McLeod, favorise la *mutabilité relative*. La nouvelle version de la loi désignée par le facteur de rattachement s'appliquera éventuellement de manière rétrospective, si elle le veut ainsi, à condition qu'elle garde le contrôle sur la situation. Dans ce schéma, on applique la dernière version de la loi du lieu de travail ou de la loi du lieu de rémunération, avant le changement d'un tel lieu. Comme nous l'avons déjà dit plus haut, si les facteurs de rattachement indiquent un contact pertinent entre la situation et la loi compétente, la modification concrète d'un tel facteur écartera totalement dans le futur la loi qui n'est plus celle du lieu de travail ou de la rémunération : on se trouvera alors devant un conflit mobile.

Dans la conception de McLeod, dans notre domaine, puisqu'il s'agit de facteurs de rattachement variables (lieu de travail, etc.), on peut donner effet à toutes les modifications de la loi applicable jusqu'au moment du changement, mais plus après, car alors il y aura perte de contrôle sur la situation de la part de la loi applicable. Ainsi, si une première loi du lieu de travail L1 devait régir une situation, par exemple au sujet des informations à donner aux participants pendant une période de temps A, puis qu'une seconde loi L2, devait s'appliquer quant aux informations à donner à partir du changement de lieu de travail, pendant une période B, il faudrait appliquer la dernière version de la loi L1 avant le changement de lieu de travail, mais la pétrifier à ce moment et appliquer la loi L2 à partir de ce changement dans sa version actuelle, telle que modifiée par son droit transitoire jusqu'au prochain changement de lieu.

Pour ce qui concerne les questions qui restent sous l'empire de la *proper law of the contract*, si la loi a été choisie, elle conservera un contact, par conséquent on devrait appliquer ses modifications subséquentes, comme la jurisprudence l'a admis en principe. En cas d'absence de choix, la *proper law* est déterminée lors de la

conclusion du contrat en regard à l'ensemble des circonstances⁴²³. Ainsi, si l'ensemble des circonstances reste ensuite inchangé, la *proper law* garde le contrôle et l'on appliquera aussi ses versions nouvelles⁴²⁴. Par contre, si, lors du litige, l'ensemble des circonstances pointe vers un autre centre de gravité, on devrait pétrifier la loi contractuelle lors de la perte de contrôle.

Au contraire, si l'on suit la conception de la majorité des auteurs – celle de la *mutabilité absolue* – si le lieu de travail change, la loi du nouveau lieu va aussi s'appliquer pour ce qui concerne les effets futurs de la situation à partir du changement de lieu, mais pour ce qui concerne la création de la situation et ses effets passés alors que la loi de l'ancien lieu était compétente, on appliquera cette loi ancienne *telle qu'elle se trouve éventuellement modifiée par ses propres dispositions transitoires*, c'est-à-dire, si elle se veut rétrospective ou même rétroactive, dans sa nouvelle version au jour où l'on doit l'appliquer (et non telle qu'elle se trouvait lorsque les faits pertinents pour entraîner sa compétence se sont déroulés, comme le voudraient la doctrine de la *mutabilité relative* et la conception de McLeod). Ainsi, la solution de la *mutabilité absolue* ferait que la loi L1 et la loi L2 seraient respectivement appliquées aux informations en cause pendant la

⁴²³ *Imperial Life Assurance Co. of Canada c. Colmenares*, précité, note 149, 144.

⁴²⁴ Dans l'arrêt *Colmenares*, précité, note 149, 144, la Cour suprême, sous la plume du juge Ritchie, semblait d'avis contraire : « it appears to me that there is nothing in the circumstances of the present case to support the unprecedented proposition that the proper law of a continuing contract can shift from time to time. » Toutefois, cette affirmation laisse théoriquement la porte ouverte à d'autres situations où la modification de la loi contractuelle serait admissible, et, de plus, le juge s'oppose plutôt à la modification de la loi contractuelle en cas de conflit mobile (car dans cette affaire, il n'y avait aucun conflit transitoire, mais le conflit dans l'espace concernait les lois ontarienne et cubaine).

période où chacune d'elles était compétente, mais dans leur version actuelle lorsque la situation parvient devant l'autorité saisie du problème, si leur droit transitoire le veut ainsi, sans se préoccuper de la perte de contact entre la situation et chaque loi en question.

Comme nous l'avons dit, même si nous croyons que la position de McLeod (*mutabilité relative*) est plus pertinente, nous pensons que les systèmes canadiens de common law se prononceront en principe en faveur de la *mutabilité absolue* dans le cas des obligations légales découlant des régimes complémentaires de retraite et appliqueront la loi du lieu de travail selon sa version actuelle, selon le cas, soit lorsque l'effet de droit est recherché (au moment où l'on veut obtenir une autorisation de l'autorité de surveillance, par exemple), soit même, à un moment ultérieur, lors du litige ou pendant celui-ci.

On peut se demander si la jurisprudence étendrait ces solutions aux cas où un trust serait en cause, étant donné le principe du respect de la volonté du constituant. S'il s'agit d'administration du trust, la version nouvelle de la loi applicable devrait être appliquée telle que modifiée par son droit transitoire, si elle n'a pas été expressément choisie ou incorporée au trust. S'il s'agit de remettre en cause les droits des parties aux trusts, on peut en douter, mais la jurisprudence n'a pourtant pas hésité à appliquer la *mutabilité absolue* aux situations contractuelles, donc il est bien possible que la solution soit la même.

D'ailleurs, selon le rapport explicatif de l'article 10 de la Convention de La Haye⁴²⁵, qui soumet, rappelons-le, la possibilité

⁴²⁵ A.E. VON OVERBECK, *loc. cit.*, note 246, n° 97, 392 : « Il [l'article 10] ne se rapporte pas aux changements éventuels que le législateur ou la jurisprudence peuvent apporter au contenu de la loi primitivement applicable. »

de remplacer la loi applicable au trust par celle gouvernant sa validité, que les conflits transitoires ne sont pas régis par cette règle. Cela semble montrer que l'importance donnée à la volonté du constituant en choisissant la loi applicable directement ou indirectement (par le choix d'un *trustee* résidant en un pays donné) est moindre en cas de conflit transitoire qu'en cas de conflit mobile, ce qui ne paraît pas tout à fait logique. Pourtant, on peut voir dans ces deux positions un même « subjectivisme modéré ». On permet bien le choix de la loi, mais celle-ci va ensuite imposer au constituant ses conceptions du conflit mobile et celles de son droit transitoire, menant éventuellement à une modification des normes touchant l'administration du trust ou même les droits des parties.

Appliquons ces principes à quelques situations mettant en cause l'administration du régime, au sens large.

3.2.4.1. Enregistrement du régime et de modifications

Les règles impératives relatives à l'enregistrement du régime (et du trust) touchent son administration. S'il s'agit du droit ontarien, le tribunal ontarien l'appliquera en respectant les règles de conflit unilatérales des articles 3 et 4 de sa loi : application de la loi du nouveau lieu, telle que modifiée selon les principes de son droit transitoire *et en tenant compte des règles spécifiques de la loi sur les régimes de retraite sur ce point*, dès qu'un régime de retraite est offert à une personne employée en Ontario, c'est-à-dire offert à un employé tenu de se présenter au travail en Ontario, ou, s'il n'est pas tenu de se présenter au travail à un établissement de l'employeur, offert à un employé recevant sa rémunération d'un établissement situé en Ontario. Il en sera ainsi des obligations des administrateurs en matière d'enregistrement du régime, qu'il s'agisse de l'enregistrement lors de sa création ou de celui de modifications projetées.

Si le droit ontarien n'est pas en cause, le tribunal ontarien devrait, bien que ceci ne soit pas certain, faire respecter la loi du lieu d'exécution des actes en cause, telle que modifiée selon son propre droit transitoire, soit en vertu de la règle jurisprudentielle dont nous avons parlé, soit en s'inspirant de la jurisprudence *Morguard*. L'acte en question est l'absence de présentation de demande conforme au lieu d'enregistrement ou l'acte, non enregistré, d'administration ou de modification du régime. Le tribunal ontarien devrait donc faire respecter l'illégalité résultant d'une violation de la loi de la province du lieu d'enregistrement ou du lieu de l'acte d'administration du régime non conformément enregistré, dans sa version actuelle au moment où l'autorité est saisie de la demande, si elle est applicable à celle-ci selon son droit transitoire.

Si le tribunal n'applique pas cette règle jurisprudentielle, il fera appel à la théorie de la *proper law*, qui pourrait mener soit à la loi du lieu d'administration ou d'enregistrement, soit, en l'absence de dépeçage, à la loi du lieu de travail habituel des employés. Dans le premier cas, on appliquera la loi du lieu d'enregistrement ou d'administration, telle que modifiée selon son droit transitoire au moment où l'autorité est saisie du problème, aux actes d'enregistrement ou aux modifications qui surviennent après sa mise en vigueur. Dans le second cas, la loi du lieu de travail, telle que modifiée de la même manière jusqu'à sa version actuelle, devrait s'appliquer aux actes d'enregistrement ou aux modifications qui se produisent après le changement de loi.

Notons à ce propos que si l'on admettait la solution de la *mutabilité relative*, dans le dernier cas, on pourrait remettre en question la pertinence du contact (lieu de travail, en ce qui concerne une question d'administration du régime) de manière à douter de l'applicabilité de la version nouvelle de la loi désignée. Mais étant donné que le facteur de rattachement choisi est celui utilisé pour désigner la loi à l'origine, si ce facteur ne se modifie

pas dans le temps, on est logiquement conduit à faire évoluer la loi en cause selon son droit transitoire, sans pouvoir remettre en question la pertinence de ce facteur au plan du conflit transitoire. En définitive, la position de McLeod fait bien ressortir, en cas de conflit de lois statiques ou même de conflit mobile, le manque de pertinence du facteur de rattachement par le lieu de travail (ou de rémunération) des questions d'administration du régime. Nous avons déjà noté ce problème général en étudiant le conflit transitoire en matière d'administration du régime en droit international privé québécois.

3.2.4.2. Financement et solvabilité

Les règles impératives de financement et de solvabilité devraient être qualifiées comme des normes relatives à l'administration du régime. On devrait donc appliquer la loi du régime – loi choisie, loi du lieu d'exécution du travail ou de rémunération, ou loi du lieu d'administration – au moment où l'insolvabilité ou le manque de capitalisation se manifeste, telle que modifiée selon son droit transitoire éventuellement jusqu'au moment où l'autorité est saisie du problème, si elle est applicable ainsi.

Les règles énonçant que l'administrateur doit donner un avis écrit à l'autorité de surveillance des cotisations dues et impayées appartiennent à la catégorie des actes d'administration du régime. La loi applicable est la loi du régime, donc celle déterminée selon la règle de conflit unilatérale de la province du tribunal saisi, en fonction des facteurs du lieu de travail habituel ou de rémunération. Si la loi du tribunal saisi n'est pas en cause, ce tribunal appliquera la *proper law of the regime*, c'est-à-dire la loi du lieu d'exécution du travail ou du lieu de rémunération, sous réserve d'un dépeçage menant à la loi du lieu de l'administration. En cas de conflit transitoire, on appliquera la loi ainsi désignée dans sa version actuelle, telle que modifiée au moment où l'autorité est

saisie du problème relatif aux cotisations impayées, si son droit transitoire est en ce sens.

Les règles relatives à l'exigence d'évaluation actuarielle, celles déterminant l'organe devant faire préparer le rapport actuariel, celles relatives au financement des régimes déterminant le montant légal de cotisations d'exercice, celles définissant le déficit actuariel ou relatives à la méthode d'amortissement de ce déficit, font aussi partie des règles d'administration du régime, donc dépendront de la loi du régime (lieu de travail habituel ou de rémunération, ou, éventuellement, si l'on admet le dépeçage, loi du lieu d'administration) telle que modifiée au moment où l'évaluation doit avoir lieu et même éventuellement à la date où le problème est soumis à l'autorité en cause, si son droit transitoire l'impose ainsi.

Les règles impératives concernant l'excédent de cotisations versées par l'employeur et celles relatives au versement des montants d'amortissement touchent encore l'administration du régime, donc relèvent de la loi du lieu de travail habituel, de rémunération, ou d'administration lorsque l'employeur verse une cotisation supérieure à celle qui est requise, ou, selon le cas, lorsque le montant effectivement versé pour amortir un déficit actuariel est inférieur aux exigences légales, telle qu'elle est modifiée par son droit transitoire éventuellement au moment où le problème est soumis à l'autorité pertinente.

Si la question touche un trust légal, comme celui prévu par l'article 57 P.B.A., disposant que les cotisations dues mais non versées par l'employeur sont détenues par cet employeur en « fiducie », la loi applicable est celle désignée par la règle de conflit en matière de trust (loi choisie ou celle ayant les liens les plus étroits avec le trust, en tenant compte du lieu de résidence des *trustees*, de celui de l'administration, etc.), au moment où des cotisations de l'employeur deviennent impayées, telle que

modifiée selon son droit transitoire à ce moment, car c'est alors que naissent les droits des bénéficiaires.

3.2.4.3. Administration d'un régime de retraite

Les dispositions imposant à toute personne participant au choix d'un placement fait avec l'actif d'une caisse de retraite, donc aux administrateurs du régime, de veiller à ce que le choix soit conforme aux critères énoncés dans la loi et les règlements, sont relatives à l'administration du trust. S'il s'agit de la loi du tribunal saisi, il l'appliquera selon sa règle de conflit unilatérale spéciale (articles 3 et 4), aux trusts créés dans le cadre d'un régime offert aux travailleurs fixes se présentant en Ontario ou aux travailleurs mobiles ou à domicile recevant leur salaire à partir d'un établissement ontarien de l'employeur. S'il ne s'agit pas de la loi du tribunal saisi, celui-ci pourrait appliquer cet article en se fondant sur une règle non conflictuelle (en vertu de la règle jurisprudentielle relative à l'illégalité, selon le raisonnement fondé sur l'affaire *Morguard* ou, s'il s'agit d'une province ayant adopté la Convention de La Haye, selon l'article 16). Alternativement le tribunal pourra appliquer la règle de conflit de common law ou conventionnelle relative à l'administration du trust, désignant soit la loi choisie pour gouverner l'administration du trust soit la loi ayant les liens les plus étroits avec cette administration. L'autorité saisie d'une question touchant la conformité d'un placement à la loi ainsi désignée évaluera cette conformité à la loi dans sa version modifiée selon son droit transitoire au moment du placement, et non après.

Les dispositions créant des obligations légales pour l'administrateur d'apporter « à l'administration et au placement des fonds de la caisse de retraite le soin, la diligence et la compétence qu'une personne d'une prudence normale exercerait relativement à la gestion des biens d'autrui » (article 22(1) P.B.A.), d'y apporter

« toutes les connaissances et compétences pertinentes que l'administrateur possède ou qu'il devrait posséder en raison de sa profession, de ses affaires ou de sa vocation » (article 22(2) P.B.A.), interdisant à l'administrateur de se placer en conflit d'intérêts (article 22(4) P.B.A.), lui permettant d'utiliser un ou plusieurs mandataires ou « agents » (article 22(5) P.B.A.), lui imposant un devoir de surveillance prudente et raisonnable sur ce ou ces mandataires ou agents (article 22(7) P.B.A.) et disposant que l'administrateur a droit aux prestations, aux remboursements de dépenses d'administration et aux honoraires que prévoient le régime et la common law (article 22(9) P.B.A.) sont soumises à la loi gouvernant l'administration du trust. On appliquera donc la loi désignée comme dans le paragraphe précédent, telle que modifiée au moment où l'acte en cause a eu lieu. On pourrait penser à utiliser la version de cette loi au moment où l'autorité est saisie, donc un peu plus tard éventuellement, mais cette loi, sauf disposition expresse en ce sens, ne reviendra pas sur un fait déjà accompli à une époque où elle n'existait pas. Ce serait totalement contraire à la justice et nous avons vu que la justice et « *convenience* » sont les deux principes généraux du droit transitoire des pays de common law.

Les articles 20 et 21 P.B.A. imposent à l'administrateur de déposer une déclaration annuelle relative au régime et d'autres documents, ainsi que de verser des droits prescrits par la loi. Ceci concerne l'administration du régime et non celle du trust. C'est donc la loi du lieu de travail ou de rémunération (ou d'administration selon le cas) à la date qu'elle détermine pour déposer une telle déclaration, et selon sa version telle que modifiée à ce moment, qui doit déterminer leur domaine d'application international, mais il est possible que l'on aille jusqu'à exiger le respect des normes au moment où l'autorité est saisie du problème, si le droit transitoire de la loi compétente l'exige étant donné qu'il s'agit d'une situation continue.

Les dispositions énonçant que l'administrateur doit fournir par écrit des renseignements relatifs au régime et aux droits et obligations du participant à la personne qui sera admissible au régime ou tenue d'y participer, et celles lui imposant d'aviser les intéressés des modifications projetées qui entraîneraient une réduction des prestations de retraite accumulées à partir de la date d'effet de la modification ou qui nuiraient aux droits ou obligations d'un participant ou bénéficiaire, touchent les droits des bénéficiaires et elles devraient être soumises, selon le cas, à la loi du lieu d'exécution du travail ou de rémunération au moment de l'admissibilité au régime ou lorsqu'une modification est projetée, telle que modifiée selon son droit transitoire à ce moment.

En cas de fin d'emploi ou de participation à un régime, les droits des participants d'exiger que l'administrateur transfère un montant égal à la valeur de rachat d'une pension différée à la caisse d'un autre régime de retraite, seront soumis à la loi du lieu de travail habituel ou de rémunération telle que modifiée selon son droit transitoire au moment du transfert, car c'est à ce moment que ces droits se matérialisent. Il s'agit de dispositions impératives, laissant peu de place à la volonté des parties, et comme nous l'avons dit, la jurisprudence n'a pas hésité à appliquer une nouvelle version de la loi à des contrats en cours, pour des effets devant se dérouler à un moment où elle est déjà en vigueur. L'application est rétrospective, mais pas rétroactive, puisqu'elle ne change la situation contractuelle que pour le futur. Le simple fait de pouvoir se fonder sur une loi, de manière abstraite, en dehors de tout contexte réel, n'est pas suffisant pour écarter la loi nouvelle.

Les questions relatives à des règles impératives comme l'article 42(5) P.B.A., énonçant que « l'administrateur se conforme à la directive dans le délai prescrit après la remise de la directive », « sous réserve de la conformité avec les exigences du présent article et des règlements », comme l'article 42(6) P.B.A., précisant que l'administrateur « ne fait pas le paiement » si l'arrangement

d'épargne retraite ne satisfait pas aux exigences prescrites par règlement et comme l'article 42(7) P.B.A., touchent les droits des participants. On appliquera donc la loi du lieu de travail ou de rémunération au moment où, selon le cas, l'ancien participant exerce son droit, remet la directive quant au choix du transfert, ou lorsque l'administrateur s'apprête à faire le paiement, dans sa version modifiée à ce moment, car c'est à ce moment que se produisent les effets du droit au paiement.

D'autres règles, énonçant que, dans certains cas, « l'administrateur ne fait pas le paiement sans l'approbation du surintendant » concernent plus l'administration du régime que les droits des participants. On appliquera donc la loi du lieu de travail ou de rémunération (ou d'administration selon le cas) telle que modifiée selon son droit transitoire au moment où l'autorité de surveillance se penche sur la demande.

Les questions touchant des règles comme l'article 45(1) P.B.A., disposant qu'avant de commencer le paiement d'une pension ou d'une prestation, l'administrateur du régime exige que le bénéficiaire lui fournisse les renseignements nécessaires pour calculer ou payer la pension ou la prestation, et l'article 45(3) P.B.A., disposant que l'administrateur s'acquitte de ses obligations lorsqu'il paie la pension ou la prestation conformément aux renseignements fournis, « à moins qu'il n'ait connaissance réelle à l'effet contraire », touchent plutôt l'« administration du trust ». On appliquera donc la loi régissant l'administration du trust telle que modifiée selon son droit transitoire au moment du paiement, car c'est à cette date que naissent les obligations en cause.

Les règles impératives comme celles de l'article 61 P.B.A., énonçant que l'employeur tenu de cotiser à un régime de retraite interentreprises doit fournir à l'administrateur une copie de l'accord selon lequel il doit cotiser, indiquant le montant de cotisation qu'il doit verser et ses autres obligations, appartiennent à

l'administration du régime, donc dépendent de la loi du lieu de travail ou de rémunération (ou de celle du nouveau lieu d'administration) telle que modifiée selon son droit transitoire au moment où la cotisation est due ou même au moment où l'autorité pertinente est saisie du problème.

Les questions relatives aux dispositions impératives comme celles de l'article 59 P.B.A., donnant à l'administrateur le pouvoir d'introduire une action en justice pour obtenir le paiement des cotisations dues selon le régime de retraite et selon la loi, relèvent de l'administration du régime. La loi du lieu de travail ou de rémunération, telle que modifiée selon son droit transitoire au moment de l'introduction de l'action, régira donc les actions intentées au sujet des cotisations impayées à cette date.

3.2.4.4. Scission, fusion d'un régime de retraite, liquidation des droits des participants et affectation de l'excédent d'actif

3.2.4.4.1. Scission, fusion du régime et liquidation des droits des participants

En cas de scission ou de fusion d'un régime, si l'employeur veut le liquider partiellement ou totalement, des règles impératives concernent l'administration du régime, comme celles imposant à l'administrateur du régime de fournir un certain nombre de documents à l'autorité de surveillance, notamment un avis d'intention de liquider le régime (en Ontario, selon les articles 68(2), 68(3), 68(4)) et un rapport de liquidation (article 70 P.B.A.), ou celles interdisant à l'administrateur d'effectuer un paiement sur la caisse de retraite ayant fait l'objet d'un avis d'intention de liquidation avant l'approbation du rapport de liquidation par l'autorité de surveillance. D'autres dispositions, l'obligeant par exemple à fournir une déclaration indiquant à chaque bénéficiaire son droit

d'option, touchent les droits d'information des participants et appartiennent à la catégorie des droits des parties.

Les premières règles seront soumises à la loi relative à l'administration du régime – loi du lieu de travail ou de rémunération, ou encore d'administration (si l'on interprète ainsi la *proper law of the regime*), désignée soit en vertu d'une méthode non conflictuelle (application unilatérale de la loi du tribunal saisi, extension de cette méthode aux lois des autres provinces selon la règle jurisprudentielle relative à l'illégalité, selon la jurisprudence *Morguard*, ou en vertu de l'article 16 de la Convention de La Haye), soit selon la règle de conflit de common law telle que modifiée selon son droit transitoire au moment de la scission, de la fusion ou de la liquidation projetée par l'administrateur, ou même au moment, éventuellement ultérieur, où l'autorité est saisie du problème, ce qui pourrait obliger l'administrateur à accomplir d'autres actes que ceux qu'il a accomplis lors de la scission, de la fusion ou de la liquidation du régime s'il n'était pas obligé d'attendre que l'autorité lui donne l'autorisation d'effectuer la scission, la fusion ou la liquidation du régime, etc.

Les droits d'information des participants lors d'une scission, d'une fusion ou d'une liquidation du régime seront sujets à la loi du régime, en principe celle du lieu de travail ou de rémunération avant la scission, la fusion ou la liquidation du régime, dans sa version modifiée selon son droit transitoire au moment où le besoin d'information se fait sentir, selon la doctrine de la *mutabilité absolue*. En effet, il s'agit d'une situation de besoin d'information continue, qui peut se prolonger jusqu'à la date où l'autorité se penche sur elle, donc l'application de la loi peut être rétrospective, puisqu'elle touche une situation déjà existante au moment où elle entre en vigueur.

D'autres dispositions impératives maintiennent les droits aux prestations des employés de l'entreprise vendue, ou de l'ancien régime auquel l'employeur a mis fin, leur ouvrent 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, ou énoncent que les emplois sont réputés ne pas avoir pris fin lors du transfert. Il s'agit des droits des employés, donc la loi applicable sera celle du lieu de travail ou de rémunération telle que modifiée au moment de la fusion, de la scission ou de la liquidation. Si l'autorité de surveillance ou le tribunal se penche sur le problème, il faudra évaluer la conformité de l'acte de l'administrateur avec la législation au moment de la fusion, de la scission ou de la liquidation, mais pas au moment où l'autorité est saisie du problème. Dans ce cas, la situation est cristallisée lors de l'événement en cause, les droits naissent à ce moment et la loi, même impérative, ne pourrait pas revenir sur ces effets qui se sont passés à ce moment.

Les règles impératives donnant à l'autorité de surveillance le droit de refuser un transfert d'actif ne protégeant pas les droits des participants (comme celles qui se trouvent en droit ontarien aux articles 80(5) et 81(5)) 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) P.B.A.), sont relatives à l'administration du régime, donc soumises à la loi du lieu de travail, de rémunération, ou, éventuellement, d'administration, telle que modifiée au moment de la demande d'approbation ou de l'ordonnance, si son droit transitoire l'exige ainsi.

3.2.3.4.2. Congés de cotisation

Les questions de congés de cotisation touchent les droits des parties au régime. En common law, aucun droit sur le surplus n'est acquis avant le moment où celui-ci se matérialise, c'est-à-dire, soit à la fin du régime, comme la Cour l'affirme dans l'affaire *Schmidt*, soit, peut-être, pendant le régime si les évaluations actuarielles le démontrent. La loi applicable aux conditions légales des congés de cotisation (exigence d'une clause d'un régime, d'une entente, d'une modification, etc.) est donc celle du lieu de travail ou de rémunération au moment où le surplus existe et lorsque l'employeur veut l'utiliser pour l'affecter à ses cotisations, telle qu'elle est modifiée selon son droit transitoire à ce moment. C'est alors que le droit est créé, comme le dit la Cour suprême du Canada. Si la loi compétente exige une clause du régime en ce sens, ou une modification, la loi applicable à cette modification sera la même que celle qui exige cette condition, puisqu'il s'agit toujours du droit des parties. Comme on l'a dit, les règles relatives aux congés de cotisation ne sont pas nécessairement incluses dans une loi statutaire ou dans un règlement et elles renvoient seulement à l'accord des parties, donc il n'y a pas de règles impératives en cause, et l'on applique la pleine mutabilité de la loi applicable, jusqu'au moment de la création du droit. Si, en vertu du régime, l'employeur et les employés y ont droit, le droit se matérialise lors de l'existence du surplus, mais comme la loi en principe n'a pas changé à ce sujet, on applique les clauses dans leur teneur lors de la création du régime ou de sa modification.

De même, si le sort des surplus dépend d'une précision dans le trust, toujours en l'absence de disposition statutaire impérative, on applique la loi relative au trust telle qu'elle était lors de la constitution, ou lors de la dernière modification valide, si le constituant s'est réservé le pouvoir de modifier le trust lors de sa création.

Le même raisonnement s'appliquerait au sujet du droit de l'employeur d'utiliser ces surplus pour bonifier un éventuel programme de préretraite. Quant aux conditions légales de ce droit, on appliquerait la loi du lieu de travail ou de rémunération à un projet d'affecter les surplus à cet effet telle que modifiée lorsque le surplus se matérialise. Si cette loi ne dit rien ou renvoie aux clauses contractuelles du régime ou du trust, on applique la loi régissant le régime ou le trust dans sa version lors de leur création ou lors de la dernière modification valide.

3.2.3.4.3. Retrait de surplus pendant la durée du régime ou à sa fin

Les règles impératives, comme celles de l'article 78 de la loi ontarienne, énonçant qu'aucune somme ne peut être prélevée sur une caisse de retraite pour payer l'employeur sans le consentement de l'autorité de surveillance et indiquant quels documents l'employeur doit déposer avec sa demande auprès de cette autorité, appartiennent à l'administration du régime, donc devraient être régies par la loi du nouveau lieu de travail, de rémunération, ou d'administration, dans sa version modifiée selon son droit transitoire au moment de la demande.

Les conditions auxquelles l'autorité de surveillance peut autoriser un employeur à recevoir de la caisse une somme excédentaire *pendant qu'un régime continue d'exister*, telles celles que l'article 79(1)(b) P.B.A. impose, comme l'existence d'une clause dans le régime à cet effet, ou, en cas de silence, la preuve qu'il a, d'une autre façon, le droit de retirer l'excédent, qui pourrait provenir soit d'une disposition se trouvant dans le *trust agreement* créé en application du régime, ou éventuellement modifié dans ce sens (si l'employeur, en tant que constituant s'était réservé le pouvoir de modifier unilatéralement le trust), soit d'un accord négocié avec les employés, n'ayant pas encore donné lieu à une

modification formelle du régime, au cas où l'employeur réussirait à obtenir un consentement unanime de tous les membres de régime et de 90 % de tous les ex-membres, concernant les droits des parties au régime, donc la loi du lieu de rémunération ou de travail habituel, en principe, telle que modifiée selon son droit transitoire lorsque les surplus existent ou que l'employeur veut les retirer, s'applique. Comme l'a dit le juge Cory dans l'affaire *Schmidt*, les droits relatifs aux surplus sont peut-être prévus dès la création du régime mais ils ne se cristallisent que lorsque le surplus existe et l'on peut en déduire, au plan du conflit transitoire de droit étranger, que c'est à ce moment qu'il faut déterminer la version de la loi compétente. On ne considère donc pas que cette application de la loi impérative est rétroactive, mais plutôt qu'elle est rétrospective puisqu'elle saisit un effet d'une situation contractuelle (s'il existe une clause dans le régime) ou un fait (l'existence d'un surplus actuariel ou réel) qui se produit après qu'elle soit mise en vigueur.

Comme nous l'avons déjà vu, pour retirer des surplus *en fin de régime*, selon le droit ontarien (article 79(3) et 79(4) P.B.A.), l'une des conditions pour que l'autorité autorise le retrait est également une clause dans le régime au bénéfice de l'employeur. Si le régime interdit ce retrait ou s'il ne prévoit pas ce paiement à l'employeur, selon la loi les sommes sont en principe réparties proportionnellement entre les participants, ex-participants et bénéficiaires (article 79(4) P.B.A.). On peut y voir un *resulting trust*. Mais l'article 8 du règlement⁴²⁶ prévoit encore soit que le paiement sera fait au bénéfice des employés, ex-employés, etc., à l'exclusion de l'employeur, soit qu'il sera fait au bénéfice de l'employeur si le représentant des membres du régime en cas de convention collective, ou, sinon, les deux-tiers de ces membres y ont consenti par écrit. La réglementation oblige dans ce cas aussi à négocier pour partager les surplus et à rédiger un accord de partage. Ces

⁴²⁶ Précité, note 360.

conditions légales dépendent de la loi du régime, celle du lieu de travail habituel ou de rémunération en principe, telle que modifiée lors de la terminaison du régime, puisque c'est à ce moment que les droits sur ce surplus se cristallisent, selon la Cour suprême du Canada.

Ainsi, dans ces deux cas, retrait pendant le régime ou à sa fin, il n'est pas question d'appliquer la version de la loi compétente telle que modifiée au moment où l'autorité pertinente se penche sur la question car ce serait donner un effet rétroactif à la loi en cause étant donné les droits « acquis », cristallisés lors de l'existence du surplus actuariel (pendant le régime) ou réel (à sa fin).

Mais, dans un cadre légal, rappelons que la question peut aussi se poser s'agissant de déterminer l'intention de l'employeur quant à l'intégration des surplus dans le trust, ou du pouvoir de l'employeur de révoquer le trust ou de modifier son contenu après sa création. Ceci concerne les droits au trust et la loi applicable est celle du trust. Il s'agit alors d'envisager l'application de règles supplétives qui dépendent de la loi régissant le trust *lors de sa création*, comme l'a reconnu la Cour suprême dans l'affaire *Schmidt*⁴²⁷, donc, au plan du conflit transitoire, de la loi du trust lors de sa création telle qu'elle était à cette époque.

Finalement, en cas d'absence de clause dans le régime prévoyant le sort du surplus, et si les constituants n'ont pas expressément exprimé la volonté de se départir définitivement de tous les fonds qu'ils versent à la caisse (auquel cas les surplus font clairement partie du trust volontaire), les règles du trust font qu'il est possible d'invoquer un *resulting trust*, dès que les sommes

⁴²⁷ Précité note 268, 657 : « The settlor of a trust can reserve any power to itself that it wishes provided the reservation is made at the time the trust is created. »

versées suffisent à accomplir l'objet du trust volontaire. La loi compétente est soit celle qui crée ce trust *by operation of law*, pour les provinces n'ayant pas mis en vigueur la Convention de La Haye, et, pour les autres, la loi choisie ou celle ayant les liens les plus étroits avec le trust. En cas de conflit transitoire, puisqu'il s'agit de dispositions impératives et que ce trust au bénéfice des employés se concrétise au moment où il reste un surplus dans la caisse, une fois que les prestations ont été payées, on en déduit que la loi du trust légal devrait s'appliquer telle qu'elle se trouvait modifiée par son droit transitoire lorsque l'existence de ce surplus se manifeste étant donné que les droits sur ce surplus se créent à cette date.

4. LA COORDINATION ET L'UNIFORMISATION DES RÉGIMES COMPLÉMENTAIRES DE RETRAITE AU CANADA

Comme on peut aisément le constater à la lecture de cette étude, la détermination de la loi applicable aux régimes complémentaires de retraite touchant des participants dans plusieurs provinces n'est pas une chose simple. Plusieurs problèmes sérieux se posent.

Au plan de la méthode, il faut trouver une réponse certaine au problème de l'application des lois des autres provinces selon leurs propres critères devant une autorité non soumise à l'Accord de réciprocité, comme le comité de retraite, l'administrateur ou le juge. On a rencontré plusieurs solutions. Premièrement, en droit québécois, on peut recourir à l'interprétation de divers articles de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (246 et 248) donnant à l'autorité de surveillance le pouvoir de faire respecter ses exigences qui peuvent découler de l'application d'autres lois – encore faut-il indiquer clairement aux membres du comité quelle loi respecter. Deuxièmement, en droit québécois et ontarien, le gouvernement peut écarter spécifiquement l'application de la loi pour certains régimes, qui pourraient être les régimes multiprovinciaux. Troisièmement, en droit de la Colombie-Britannique, une clause de la loi importe automatiquement le contenu des lois des autres provinces dans les normes à respecter, et quatrièmement, on peut penser à imposer ou à conseiller une clause de choix multiple de la loi du régime.

Les deux dernières solutions semblent meilleures parce qu'elles sont d'application plus générale et qu'elles ne font pas penser que le gouvernement ou l'autorité administrative utilise un pouvoir discrétionnaire qui peut sembler arbitraire et injuste.

On pourrait ainsi penser à reproduire systématiquement dans les régimes multiprovinciaux une clause comme celle du régime de Leco, qui se lisait ainsi :

« Le régime sera interprété et administré en conformité avec les lois de la province de Québec, celle de la province de l'Ontario et les règlements du ministère du revenu national. »

Comme l'a fait la Cour ontarienne dans *Régie des rentes du Québec c. Pension Commission of Ontario*⁴²⁸, on pourrait y voir une clause de choix multiple de la loi. Pour que ceci soit efficace, il faudrait d'abord que les lois des diverses provinces admettent le choix de la loi applicable au régime et le respectent.

À la lueur de la décision de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans l'affaire *Dinney*⁴²⁹, on peut croire qu'il existe de fortes chances pour qu'elles acceptent de le faire.

Toutefois, nous pensons que cette approche de la résolution des conflits de lois est faussée dès le départ. Il ne s'agit pas de plonger les particuliers dans un débat sans issue, illogique, consistant à appliquer plusieurs lois incompatibles. Ils ont beau jeu, alors, de dénoncer les fonctionnaires qui leur rendent la vie impossible. Il faut libérer au contraire les autorités de surveillance d'une telle tâche quand elle est impossible à accomplir, tâche qu'elles n'accomplissent d'ailleurs pas en général, sauf si quelqu'un les y pousse. Heureusement, l'Accord actuel de réciprocité comprend une clause autorisant l'autorité majoritaire délégataire de pouvoir à exposer à l'autorité déléguante qu'elle ne peut accomplir sa mission.

⁴²⁸ Précité, note 4, 19.

⁴²⁹ Précité, note 3.

Ainsi, la « clause Leco » n'est *pas une véritable clause de choix de la loi* puisqu'on ne peut choisir une chose et son contraire, si elles sont incompatibles. Il s'agit plutôt d'une clause de respect de dispositions législatives diverses, ou même d'interprétation, correspondant au fond à une contractualisation des dispositions des lois énumérées.

Au plan pratique, même si l'on cherche à imposer aux particuliers le respect de plusieurs lois, encore faut-il déterminer précisément et simplement lesquelles. On rappellera la solution proposée par le droit ontarien de demander aux administrateurs, sans leur indiquer de directives, avant de retirer des surplus de la caisse, de fournir une déclaration selon laquelle les droits des participants au régime soumis à la loi de diverses provinces ont été respectés. Le problème est qu'il n'est pas toujours simple, par exemple en cas de conflit mobile ou de conflit transitoire, ou même lorsqu'il s'agit de qualifier une question comme appartenant notamment soit à l'administration du trust, soit aux droits des parties au régime, de déterminer la loi applicable.

Le problème ne touche pas vraiment la formulation des diverses règles de conflit, car elles sont formellement assez semblables, qu'il s'agisse des règles spécifiques unilatérales des lois sur les régimes complémentaires de retraite ou des règles de conflit générales en matière contractuelle et en matière de trust, dans les provinces de common ayant ou non intégré la Convention de La Haye, et même au Québec. Notons quand même que certaines dispositions québécoises n'existent pas dans les autres provinces, comme l'article 3118 C.c.Q., spécifique au contrat de travail, l'article 3082 C.c.Q. (la clause échappatoire) qui permet certains ajustements, et les articles 3076 et 3079 C.c.Q., qui énoncent très clairement la possibilité d'utiliser la théorie des lois de police pour le droit du tribunal saisi et même au bénéfice du droit d'autres provinces (bien que les conditions d'application de ces articles soient nombreuses). En droit de common law, les

règles de conflit générales sont souples, mais les règles additionnelles du droit québécois sont remplacées par des courants jurisprudentiels peu certains, comme celui relatif à la règle du respect de la loi du lieu d'exécution, en cas d'illégalité, comme la jurisprudence relative à l'application des lois de police des autres provinces, et comme les vagues règles de la jurisprudence *Morguard*, fondées sur « l'ordre et l'équité ».

Mais, surtout, ces règles laissent une assez large marge d'interprétation, qui peut entraîner des variations selon les orientations sociales et des indéterminations sérieuses.

Rappelons ainsi qu'en cas de conflit mobile touchant les droits des parties, on peut être amené à se demander si le droit en cause existe rétroactivement dès l'adhésion ou la création du régime, ou s'il s'actualise lors d'un événement déclencheur (fin de participation, terminaison du régime, scission, etc.). De même, en cas de conflit transitoire du droit étranger, il faut en principe savoir si les lois en cause sont rétrospectives, ou même rétroactives, en examinant non seulement les principes généraux ou les lois de droit transitoire des systèmes juridiques en cause, mais encore les dispositions spécifiques, en général très techniques, des législations sur les régimes complémentaires de retraite. Ce problème de détermination est d'autant plus aigu que les lois sont en pleine période de mutation, notamment en raison des variations de climat économique. Les surplus ont commencé à faire leur apparition vers les années quatre-vingt. Les abus se sont prolongés durant les années quatre-vingt, entraînant de grands procès montant systématiquement au moins jusqu'aux Cours d'appel. Et qui sait combien de temps ces surplus dureront...

Finalement, à supposer que la détermination de la loi compétente soit faite en respectant l'esprit et la lettre des lois en cause, encore faut-il pouvoir matériellement cumuler plusieurs dispositions incompatibles par rapport à la question posée.

En théorie, une clause de choix d'une loi unique serait évidemment une bonne solution, à condition qu'elle soit respectée par les juges (ce qui n'est pas évident étant donné que certaines dispositions peuvent être qualifiées de lois d'application nécessaire ou de lois de police et s'appliquer indépendamment des lois choisies).

Au plan matériel, peut-être la réponse consiste-t-elle à distinguer législativement la dissociation déjà faite en pratique entre les droits des participants, régis par la loi du lieu d'exécution, et la question relative à l'administration, qui effectivement devrait être soumise à une loi unique (celle du lieu de cette administration, qui sera celle du lieu d'enregistrement).

Mais il faut alors délimiter soigneusement la frontière entre ces deux catégories, de manière à ne pas empiéter sur la seconde au détriment des bénéficiaires. Les provinces de common law ne devraient pas avoir de problème à accepter cette solution puisqu'elle correspond à la règle de conflit traditionnelle en matière de trust. Du point de vue du Québec, soucieux avant tout de protéger les droits des bénéficiaires travaillant au Québec, l'administration peut bien être soumise à une autre loi, dans la mesure où elle n'écarte aucun droit octroyé par la loi québécoise compétente en tant que loi du lieu d'exécution du travail.

Pour résumer, une législation qui voudrait améliorer la résolution des conflits de lois en matière de régimes complémentaires de retraite devrait répondre aux besoins parfois contradictoires suivants :

Objectif 1 – Il faut conserver une *approche favorisant la protection sociale* des employés, sans toutefois entraîner une désaffection envers ces régimes de la part des employeurs.

Cet objectif général se subdivise en trois sous-objectifs plus spécifiques :

Objectif 2 – Il est indispensable, dans cette optique de protection, de *simplifier la résolution des conflits de lois* en ce domaine, de manière à permettre aux employeurs, afin de ne pas défavoriser le développement de ces régimes, de se conformer aux normes que les autorités de surveillance doivent faire respecter . Les problèmes concernent de manière particulièrement aiguë les conflits mobiles, et, dans une certaine mesure, les conflits transitoires de droit désigné.

Objectif 3 – Pour simplifier les conflits de lois, il faut évidemment s'en tenir à la *désignation d'une loi unique pour une même question* en cas de conflit de lois (ce principe évident est battu en brèche dans le domaine étudié). Cet objectif ne peut être atteint que si l'on choisit un facteur de rattachement pertinent. On touche ici au respect du principe de l'application des liens les plus étroits (principe de proximité). Ainsi, il est possible que les droits individuels des employés dépendent du lieu de leur travail ou de rémunération, qui sera unique. Par contre, localiser l'administration du régime, les aspects collectifs du rapport de travail, par le lieu de travail de certains d'entre eux ou même de tous heurte de plein fouet ce principe de proximité. Le facteur de rattachement d'un fait collectif par le lieu de travail éventuellement multiple des employés désigne plusieurs lois : voilà bien la preuve qu'il n'est pas significatif au moins *dans ce cas* puisqu'il ne peut résoudre un conflit de lois. On pourrait donc envisager un rattachement différent pour l'administration d'un régime selon que celui-ci est multiprovincial ou non.

Objectif 4 – Il faut *uniformiser la méthode de résolution des conflits* pour les particuliers et les autorités de surveillance, dans le même but d'efficacité des lois protectrices en cause.

À côté de la protection des employés, deux autres objectifs généraux se présentent :

Objectif 5 – Il faut **respecter la prévisibilité** des employeurs et des employés pour développer le sens de la justice même en situation interprovinciale (ce qui est encore plus difficile qu'en situation purement interne). Le *choix de la loi* par les parties au régime et au trust répond à ce besoin (de même qu'à l'objectif de la désignation d'une loi unique), mais on peut se demander s'il est possible d'éviter alors toutes les dispositions impératives qui ont pour objet de protéger la partie faible, malgré sa volonté exprimée.

On peut en discuter : dans les autres domaines, on estime souvent que l'interventionnisme est la seule solution. Mais les articles 3117 et 3118 C.c.Q. proposent une vision plus libérale qu'il pourrait être intéressant d'envisager dans les autres provinces. On doit rappeler à ce propos que notre *Loi sur la protection du consommateur*, à son article 19, reflète une approche interventionniste, interdisant le choix d'une loi autre que celle du Québec, comme le font toutes les lois dans notre domaine, mais que cette approche est écartée dans l'article 3117 C.c.Q., autorisant un choix de la loi s'il est plus favorable au consommateur (l'article 3118 C.c.Q. dit la même chose en cas de contrat de travail). Il en est d'autant plus ainsi quand les avantages sociaux sont négociés collectivement. Ce choix *orienté* permet un certain degré de prévisibilité – il peut être nécessaire de faire un procès pour savoir quelle loi est jugée plus favorable, donc applicable – tout en respectant le principe de la protection de la partie faible. Dans cette optique, il ne faut pas oublier que l'essentiel de la protection au niveau des régimes complémentaires de retraite repose sur les particuliers, donc ce choix, s'il peut être libre et éclairé – au moins dans le cadre des négociations collectives – correspond bien à la réalité économique.

La récente décision de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans l'affaire *Dinney*⁴³⁰, va tout à fait dans le sens de cet objectif, puisque la Cour a accepté de donner effet à la clause du régime choisissant la loi du Manitoba pour l'ensemble des participants, tout en réservant l'intervention possible des lois impératives destinées à protéger les travailleurs.

Rien n'empêcherait les parties à un régime de choisir une loi provinciale ou même d'adopter les dispositions de la loi uniforme, le *Uniform Pension Benefits Standards Act* (point 4.2.), dont nous allons traiter plus bas, dispositions qui devraient respecter l'une ou l'autre des lois qui seraient applicables selon leur facteurs de rattachements unilatéraux (lieu de travail ou de rémunération).

Objectif 6 – Il faut aussi respecter le principe de l'application de la loi ayant les liens les plus étroits avec la question (*principe de proximité*). Cet objectif, qui semble académique et superflu, se reflète bien concrètement dans le manque actuel de pertinence du facteur de rattachement prévu par les lois pour les questions d'administration du régime, et se traduit par l'application en pratique de règles créées « dans le milieu » administratif, mais en dehors du droit écrit (sauf exception, comme au Québec où un système tortueux de survie d'anciens articles d'un règlement autrement abrogé permet à l'autorité québécoise de surveillance de ne pas appliquer ponctuellement son propre droit).

C'est dans cette perspective critique que nous nous penchons maintenant sur deux tentatives de recherche d'une solution par le biais d'un projet de loi uniforme (4.1) et d'un projet de nouvel accord multilatéral (4.2.).

⁴³⁰ Précité, note 3.

4.1 La coordination selon le projet d'accord multilatéral de 1997

Un projet d'accord multilatéral, nommé *Multilateral Agreement Between Canadian Pension Supervisory Authorities* fut proposé vers 1997 par le Canadian Association of Pension Supervisory Authorities (CAPSA) afin d'améliorer la situation par rapport à celle découlant de l'Accord actuel de réciprocité. Rappelons qu'à notre avis, cet accord est en bonne partie à l'origine même des problèmes actuels puisqu'il n'a fait que la moitié du chemin : il n'a traité que de l'unité de la compétence juridictionnelle, sans régler la question de l'unité de la loi applicable. En conséquence, la pratique s'est développée en dehors du droit de distinguer entre les questions de droits des parties, soumises à la loi désignée par les lois spécifiques en ce domaine ou les règles de conflit générales, et l'administration du régime, ou les droits collectifs, ou l'« aspect procédural » du régime, soumis à la loi du lieu d'enregistrement, qui est celui de l'autorité majoritaire. Ce dernier aspect du régime est donc surveillé par les autorités d'une manière non conforme à l'Accord de réciprocité, mais la déficience du facteur de rattachement choisi pour le rattachement des droits individuels entraînait assez logiquement dans cette voie. Nous avons vu les difficultés que présente cette distinction, mais elle n'est pas impossible à tracer, si l'on reste souple, en analysant les questions d'une manière fonctionnelle. En raison de cette difficulté, le CAPSA a orienté son projet vers la désignation d'une loi unique couvrant à la fois les deux aspects du régime.

D'abord, quant à la question de l'autorité compétente pour administrer ou surveiller le régime, les dispositions de l'accord multilatéral reprennent avec un peu plus de détails celles de l'Accord actuel de réciprocité, mais sans modification fondamentale. Ainsi, on précise à l'article 3(3) que la détermination de l'autorité majoritaire se fera à la fin de chaque année du régime.

Ensuite, au plan de la loi applicable, l'article 4(2) dispose que tant que l'autorité reste majoritaire, la loi de sa juridiction « s'incorpore » à la loi du régime dépendant autrement de l'autorité minoritaire. On retrouve ici un processus utilisé en Colombie-Britannique, de fiction d'incorporation, ce qui élimine en théorie la question de la divergence des règles applicables pour l'autorité de surveillance et pour les particuliers.

L'article 4(3) est le centre névralgique de l'accord multilatéral puisqu'il dispose que, à l'exception de ce qui concerne l'évaluation des droits des participants, leur division, etc., en cas de divorce, de séparation, d'annulation du mariage, etc., ainsi que le type d'instrument à l'aide duquel les valeurs des droits accumulés au nom d'un participant peuvent être transférées (qui continuent à être soumis à la loi qui devrait s'appliquer sans l'accord), la seule loi applicable au régime sera celle de l'autorité majoritaire. Cette loi sera celle du lieu où est employé le plus grand nombre de participants au régime. Puisque cette loi s'appliquera, elle sera aussi celle du lieu d'enregistrement du régime étant donné que la loi en cause exigera en principe que le régime y soit enregistré.

Notons que l'article 4(4) apporte une dérogation dans certains cas (« grow-in ») de liquidation d'un régime. On applique alors uniquement la loi majoritaire aux participants auxquels cette loi serait applicable de toute manière, en l'absence d'accord.

Des dispositions (article 5) à notre avis un peu complexes, comme toutes les règles de droit transitoire, prévoient le cas de changement d'autorité majoritaire, qui doit s'effectuer graduellement, sur une période de quatre ans, tout en laissant à l'autorité majoritaire le règlement de certaines questions en cours. Il y a donc une certaine survie de la compétence de l'autorité ancienne, et de l'application de sa loi, alors qu'elle n'est plus l'autorité majoritaire. On peut y voir une tentative intéressante, mais partielle, de traiter les modifications de la loi résultant d'un

changement de lieu de travail ou de rémunération des employés. En tout cas, on donne ici une réponse concrète à la question du conflit mobile « partiel ». Un tel conflit sera considéré comme suffisant pour modifier la loi applicable lorsque la majorité des employés change de lieu, même si les autres restent au même endroit. Cette solution devrait être retenue si l'on décidait, comme le prévoit l'accord, de ne pas maintenir le droit actuel selon lequel les droits individuels dépendent de la loi du lieu de travail individuel du participant.

On doit encore noter les dispositions de l'article 6 concernant la manière de traiter les conflits en cas de fusion ou de scission du plan. Il est difficile de déterminer si ces questions touchent les droits individuels ou l'administration du régime. Tout dépend en fait des questions posées. En tout cas, le droit applicable à cette scission ou fusion, à l'égard de tous les participants, est le droit antérieur à la date effective de l'événement en cause. C'est dire qu'on applique la loi au moment de la fusion ou de la scission. On estime donc que les droits des parties, tout comme les questions d'administration se cristallisent à ce moment et qu'il n'existe pas de droit acquis ou créés lors de la constitution du régime. Cette solution correspond aussi en principe à nos recherches au plan des conflits mobiles et transitoires, tant en droit québécois que dans les provinces de common law. La différence étant cependant que les facteurs de rattachement du droit positif ne sont pas les mêmes, puisque les droits individuels sont alors évalués selon la loi du lieu de travail de chaque employé, et non de celui de la majorité d'entre eux. Mais ceci est une position acceptable, car il est certainement plus simple, et pas vraiment contraire à la protection des participants, ni évidemment à la logique, au plan des questions d'administration posées par ces fusions et scissions, d'appliquer la loi de l'autorité majoritaire.

Là aussi quelques dispositions transitoires (articles 6(2) et 6(4)) logiques règlent les questions de changement d'autorité majoritaire, donc de loi applicable, en raison des fusions ou scissions.

Finalement, il faut examiner l'article 17 de l'accord multilatéral, qui traite directement des changements de lois concernant les droits des participants et les placements. Étant donné que ce changement dépend du nombre de travailleurs employés dans une province, c'est-à-dire qui s'y présentent au travail ou qui reçoivent leur rémunération à partir d'un établissement de l'employeur, il s'agit de conflits mobiles. L'article 17 énonce quatre règles en cas de conflit mobile. Selon l'article 17(1)(a), la loi nouvelle ne concerne pas un *remboursement de cotisation* qu'un participant aurait le droit de recevoir avant le jour de la demande de changement ou lors du changement de loi. Selon l'article 17(1)(b), la loi nouvelle ne peut régir un *bénéfice ou avantage dû* au moment de la demande de changement ou lors du changement de loi, que les versements de ce bénéfice soient en cours, différés (à la date normale de retraite) ou ajournés (après l'âge normal de la retraite). Selon l'article 17(1)(b), la loi nouvelle ne peut éteindre un *droit à une rente de retraite acquis* (« vested ») au jour de la demande de changement ou lors du changement de loi. Enfin, selon l'article 17(2), les placements faits avant l'application de la loi nouvelle restent régis pendant cinq ans par la loi ancienne, mais les renouvellements, les modifications, les additions ou les prolongations de placements qui se produiraient après le changement de loi seront soumis à la nouvelle loi.

La solution retenue correspond à l'application immédiate, rétrospective, mais non rétroactive de la loi nouvelle pour les remboursements, les droits dus et ceux acquis au jour de la demande ou lors du changement. En effet, par exemple au sujet des droits acquis lors du changement de loi, la loi nouvelle ne peut les régir sinon son application serait rétroactive puisqu'elle voudrait

modifier un droit qui est déjà créé lorsqu'elle devient compétente. Pour les placements eux-mêmes, il y a survie de la loi ancienne pendant cinq ans (ce qui est la durée habituelle pour réaliser le but d'un placement), sauf pour leurs renouvellements, prolongations, modifications, etc., qui sont sujets à l'application immédiate de la loi nouvelle. Toutes ces règles correspondent à celles que nous avons exposées dans les droits des diverses provinces canadiennes, sauf la règle spécifique relative à la survie de la loi ancienne pendant une durée limitée de cinq ans. On pourrait certainement transposer ces quatre règles au plan des conflits transitoires.

Si l'on veut faire un bilan de ce projet, il faut reconnaître qu'il améliorerait notablement la situation puisqu'il répond à un certain nombre d'objectifs que nous avons énumérés.

Quant au besoin de *protection des employés* (Objectif 1), ses dispositions relatives aux conflits mobiles touchant les droits acquis vont en ce sens, puisque au moins, même si l'on applique les règles en général admises – selon lesquelles le droit ne se cristallise que lorsque les conditions sont remplies (sauf exception comme les droits conditionnels, l'invalidité, les congés de cotisation, etc.) c'est-à-dire lors de la fin de participation – lorsque l'employé en est à ce stade de sa carrière, il ne voit pas ses espoirs remis en cause par un changement de majorité et donc de loi applicable. Mais c'est un minimum. Pour le reste, on peut se demander si faire dépendre les droits des employés, qui se cristalliseront en général lors de la retraite, d'un changement mathématique de majorité est si protecteur, même si le changement prend quatre ans. Globalement, la plus grande partie des travailleurs ou participants se verront appliquer la loi du lieu de travail lors de la retraite ou de l'événement causal, ce qui correspond à leurs attentes. Mais pour les autres, il est possible que ce changement représente une perspective désavantageuse. On doit quand même rappeler à ce point l'argument de la solidarité : d'une manière indirecte, les employés profitent aussi de

l'unicité de la législation qui les concerne, puisqu'ils peuvent négocier en bloc. On ne répond ainsi que partiellement à l'Objectif 1.

Rappelons que l'article 4(4) apporte une dérogation à l'application de cette loi unique, dans certains cas (« grow-in ») de liquidation d'un régime. On applique alors la loi majoritaire aux seuls participants auxquels cette loi serait applicable en l'absence d'accord. On cherche ainsi à protéger des droits acquis ou des attentes, comme dans le cas des questions touchant les droits du conjoint (article 4(6)). Cette solution exceptionnelle doit être rapprochée de celle de l'article 17, relative aux conflits mobiles touchant les droits acquis aux remboursements et aux prestations. On se rend donc sur ce point à l'idée selon laquelle il n'est pas juste d'appliquer la loi de l'autorité majoritaire de manière à supprimer des droits individuels. Mais ces exceptions diminuent évidemment l'apport de l'accord au plan de la simplicité.

L'Objectif 2, la *recherche de la simplification de la résolution des conflits de lois*, nous paraît aussi partiellement atteint. En effet, d'un côté, la désignation d'une loi unique pour tous les employés est une excellente chose, favorable au développement des régimes de retraite, mais, de l'autre, le projet apporte des exceptions à cette unité, soit pour certaines questions particulières – en cas de scission ou de fusion, article 6; en cas de liquidation (article 4(4)); pour ce qui concerne les droits des conjoints (article 4(6)) – soit dans certains cas – droit déjà acquis pour un employé, placement déjà fait (article 17) – de conflits mobiles. Toutefois, il est très heureux que des règles traitent expressément de ces problèmes de conflit mobile, ce qui facilite leur résolution. Ces exceptions pertinentes diminuent cependant la simplification de la résolution des litiges. Mais cet objectif n'est qu'un idéal étant donné le domaine en cause.

Le projet atteint plutôt bien l'Objectif 3 – la désignation d'une loi unique pour une même question afin de simplifier les conflits de lois – puisqu'en principe, qu'il s'agisse d'administration du régime ou de droits des participants, il n'y plus à cumuler plusieurs lois éventuellement incompatibles, ce qui serait une amélioration importante. Même si, au sujet de certaines questions touchant les droits des participants ou des bénéficiaires, il restera des situations où l'on appliquera plusieurs lois selon le travailleur concerné ou la situation en cause (droit du conjoint, maintien des droits acquis d'un participant lors d'un changement d'autorité et de loi, etc.), néanmoins il s'agira normalement de *questions distinctes*, menant à une *application distributive* et non cumulative des lois en cause : les droits d'un travailleur X, les droits d'un travailleur Y, ceux d'un conjoint Z, etc.

Au sujet de l'objectif d'uniformisation de la méthode de désignation de la loi pour les autorités de surveillance et les particuliers (Objectif 4), rappelons que l'article 4(2) du projet dispose que tant que l'autorité reste majoritaire, la loi de sa juridiction « s'incorpore » à la loi du régime dépendant autrement de l'autorité minoritaire, ce qui nous paraît être une méthode efficace, à condition que cette disposition devienne un article de chaque loi provinciale sur les régimes complémentaires de retraite.

En ce qui concerne l'objectif de prévisibilité (Objectif 5), l'application du projet mènerait à un résultat assez moyen. En effet, du point de vue de l'employeur, il peut être assez intéressant de supprimer quelques emplois dans la province ayant la législation la plus protectrice pour faire basculer tout le régime sous l'empire de la loi moins favorable aux travailleurs, même si cela prend quatre ans, et sous réserve des droits déjà acquis. Mais n'oublions pas que la plupart des droits sont considérés comme acquis à la fin de la carrière, lors de la terminaison de la participation active, ce qui laisse tout le temps à un employeur pour élaborer une stratégie intéressante. Pour l'employé, sa seule

prévisibilité sera l'assurance que sa situation d'un jour (celui de la retraite, etc.) durera même en cas de changement d'autorité ce jour-là ou le jour suivant. On a beau écrire qu'en cas de situation internationale, de toute manière, la prévisibilité est un objectif secondaire, cette position devient immorale lorsqu'il s'agit de décider des prestations de retraite d'employés qui cotisent pendant des années et qui n'ont absolument aucun contrôle sur l'élément d'extranéité qui décidera de leur sort. Il ne s'agit pas de commerce international ici. Le projet s'efforce d'adoucir la transition en l'étendant sur quatre ans, en supposant que les administrateurs ou les représentants des employés prendront le temps d'expliquer ce qui risque de se passer. L'une des solutions permettant de favoriser la prévisibilité de toutes les parties en cause serait l'acceptation du choix de la loi dans le régime, ce qui est écarté par le projet. Celui-ci n'atteint pas l'objectif de prévisibilité, même avec la période transitoire des quatre ans.

Finalement, respecte-t-il l'Objectif 6, celui de déterminer la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation? Il n'est certes pas facile de déterminer la meilleure loi unique, de ce double point de vue. Le projet codifie donc en quelque sorte la pratique actuelle reconnue en matière d'administration des régimes et l'étend aux droits des participants (ou cette pratique était peut-être aussi répandue, puisque les administrations ontarienne et québécoise semblent admettre officieusement qu'elles n'interviennent pas à défaut de contestation, mais pas de manière aussi ostensible, puisque vraiment rien ne la justifiait sur ce plan).

Sous cet angle, on peut se demander si le *Multilateral Agreement Between Canadian Pension Supervisory Authorities* ne jetterait pas le bébé avec l'eau du bain... De son côté, l'Association of Canadian Pension Management (ACPM) a critiqué cette solution en invoquant le fait qu'il serait plutôt difficile de faire accepter à des gouvernements provinciaux qu'ils doivent renoncer à exercer leur compétence législative sur les travailleurs qui

résident sur leur territoire⁴³¹. Cette critique n'est pas sans fondement, mais doit être replacée dans son contexte interprovincial. Or, dans une situation dépassant les limites territoriales d'une province, il faut bien s'attendre à devoir s'ouvrir à l'extérieur, à moins de vouloir régresser économiquement⁴³². Or, s'il est légitime pour un État de vouloir que sa loi s'applique à ses résidents, à ceux qui travaillent sur son territoire, il l'est moins de vouloir lui soumettre de ce seul fait l'administration d'une société multinationale ou multiprovinciale. Le facteur de rattachement de la résidence ou du lieu de travail habituel est significatif pour les droits individuels des participants, mais il ne l'est pas nécessairement pour l'administration du régime.

L'Objectif 6 n'est donc pas atteint de la même façon pour tous les employés. Pour la majorité d'entre eux, tout est normal : ils bénéficient de la loi de leur lieu de travail et de résidence, non seulement au plan des droits individuels, mais aussi pour ce qui concerne l'administration du régime, les droits collectifs, etc. Pour les employés des provinces minoritaires, la situation n'est pas très réjouissante : non seulement l'administration de leur régime sera soumise à la loi d'une autre province, ce qui, après tout, n'est pas trop grave, mais surtout leurs droits individuels subiront le même

⁴³¹ *Association of Canadian Pension Management, Draft Uniform Pension Benefits Standards Legislation. Commentary*, p. 5.

⁴³² Cet élément d'extranéité ne doit pas être oublié : le droit interne n'est jamais fait que pour les situations internes et rien ne garantit, à moins d'une disposition expresse, que l'interprétation extensive du droit interne doit nécessairement prévaloir. Que dire alors des consommateurs que le droit international privé autorise à choisir une loi applicable à leur contrat? Il ne s'agit pas pour autant de les lâcher dans la nature sans parachute. Mais le mur de Berlin est tombé. Autrement dit, on doit respecter en situation internationale le principe de la loi ayant les liens les plus étroits, menant à la justice et à une certaine prévisibilité en situation internationale, tout en s'efforçant de projeter au plan international la politique protectrice interne.

sort. Il n'est pas certain que les provinces plus protectrices des droits des travailleurs acceptent d'un bon œil que leurs résidents deviennent les dindons de la farce, même au nom de la solidarité, étant donné qu'au bout du compte, la facture pourrait leur revenir sous forme d'un soutien financier plus lourd à la retraite.

En définitive, ce projet d'accord comprend de bons points positifs (qui pourrait lui valoir la note de 3,5/6, si l'on donne un point quand un objectif est atteint, un demi quand il ne l'est que partiellement) et constitue certainement un bon pas en avant en ce qui concerne la détermination de la loi applicable en cas de régime multiprovincial. Toutefois, il resterait des améliorations à y apporter. L'une des solutions à certains des problèmes qu'il ne règle pas pourrait être de fonctionner sur un fond de loi uniforme. Examinons à ce propos le projet de loi uniforme datant de 1998.

4.2. Le projet de loi uniforme de 1998

Le 18 janvier 1998, l'Association of Canadian Pension Management (ACPM) a proposé un projet de loi uniforme intitulé *Uniform Pension Benefits Standards Act* (ci-après : « UPBSA »), dans le but, notamment, de proposer des règles minimales, de favoriser l'uniformité de la législation en matière de pension de retraite et de faciliter leur administration (article 2 du projet UPBSA). Ce projet est accompagné d'un commentaire général qui précise notamment qu'en raison de la complexité des législations en ce domaine, la tendance était à la diminution de création de régimes multijuridictionnels de retraite⁴³³. L'idée sous-jacente à ce projet est de supprimer les conflits de lois par l'adoption de lois identiques dans toutes les provinces, et de conserver le schéma de l'accord de coordination actuel au niveau juridictionnel. En d'autres termes, la juridiction de la province de la majorité des employés continuerait à administrer le régime (probablement par

⁴³³ *Association of Canadian Pension Management, op. cit.*, note 431.

délégation de pouvoir) au nom des autres. Ceci est prévu à l'article 6 UPBSA.

Toutefois, rien n'empêche les provinces de modifier le texte de la loi uniforme une fois adoptée, ce qui nous paraît être son défaut majeur. En effet, ce projet ne propose qu'un standard minimum, auquel il est permis, législativement ou conventionnellement, de déroger en faveur des employés, selon l'article 2 UPBSA. Cette volonté d'améliorer le sort des employés risque cependant de reproduire la situation actuelle de conflit de lois.

Il est vrai qu'il serait très difficile de faire accepter par les provinces un texte qu'elles ne pourraient pas modifier, étant donné, notamment, que les comités de réforme du droit de chaque province ont adopté une attitude assez critique vis-à-vis des lois uniformes ou modèles, peut-être, il faut l'avouer, afin de justifier leur existence. Ces comités ne pousseraient probablement pas leurs gouvernements respectifs à adopter une telle loi si une clause interdisait toute modification unilatérale. De plus, on sait que les interprétations divergentes d'une loi uniforme reproduisent les conflits de lois. Néanmoins, on devrait prévoir une clause selon laquelle, dans l'interprétation de la loi, on tient compte du caractère international ou interprovincial de certaines situations couvertes et du besoin d'uniformité. Une telle clause peut être assez efficace puisqu'elle correspond, dans les règles d'interprétation des pays de common law, à une véritable règle et non à un simple souhait. Il en est d'autant plus ainsi qu'à la différence des lois uniformes au plan international, l'application d'une loi uniforme dans un pays fédéral, pourvu d'une Cour suprême, est l'instrument adéquat pour conserver une interprétation homogène.

Au plan de la loi applicable, il n'y aura donc pas de réduction à une loi unique, comme il était prévu en faveur de celle de l'autorité majoritaire dans le projet d'accord multilatéral de 1997.

Néanmoins, ce projet a aussi pour effet d'uniformiser les règles de conflits spécifiques dans ce domaine. Ainsi, les articles 3 et 4 du projet reprennent en substance le contenu des articles équivalents de la loi ontarienne, c'est-à-dire que le facteur de rattachement des lois uniformes serait le lieu d'emploi, celui où la personne est censée se présenter au travail en cas de travailleur fixe, ou celui de l'établissement à partir duquel elle reçoit sa rémunération, pour le cas des travailleurs mobiles et à domicile. Si l'ensemble des provinces de common law se reconnaissent clairement dans les articles 3 et 4 du projet UPBSA, il n'en est pas exactement de même du droit québécois, non seulement en raison des spécificités de l'article 3118 C.c.Q. mais aussi en raison de la dernière partie de l'article 1 de la loi québécoise sur les régimes complémentaires de retraite. Mais il est possible au contraire que l'approche plus moderne de l'article 3118 C.c.Q. soit un bon complément à cette loi uniforme.

Par ailleurs, les articles 7 et 8 UPBSA tentent de régler un type de conflit mobile, celui touchant les droits de pension de retraite des participants, en énonçant que la loi applicable est celle du lieu au moment de la retraite, ou de la fin de l'emploi ou du décès. Toutefois, il ne règle pas les conflits mobiles touchant l'administration des régimes, qui continue d'ailleurs, dans ce projet, à être régie par la loi du lieu de travail ou de rémunération de l'employé, ce qui n'est pas vraiment pertinent.

Globalement, si l'on tentait de l'évaluer, on peut dire que ce projet favorise le *statu quo* quant à la loi applicable, mais s'efforce plutôt d'éviter les conflits de lois par l'uniformisation du droit interne, bien que de façon limitée, puisqu'il s'agit d'un standard minimum. Positivement, il représente un extrêmement louable

effort de synthèse de la législation dans le domaine. On peut donc se prononcer vigoureusement en sa faveur puisqu'il porte en lui les germes d'une solution définitive.

Il présente cependant les défauts habituels de la loi uniforme. Ainsi, il laisse subsister les conflits de lois, bien que d'intensité plus réduite, à long terme, si l'on envisage une uniformisation.

Il aurait mieux valu s'efforcer de ne pas laisser subsister de divergence. Pourquoi ne pas imposer le contenu de la loi uniforme tel qu'il est, sans modification, sauf par consentement majoritaire ou unanime des provinces, en laissant seulement aux particuliers le soin, éventuellement, de fournir des dispositions plus favorables? L'article 4 du projet propose cette solution, mais permet aussi aux législations de donner plus que la loi uniforme. En fait, nous sommes persuadés que les membres du comité qui se sont penchés sur le projet sont parfaitement conscients de ce problème, mais qu'il s'agissait de rester réaliste, de tenir compte des réalités politiques canadiennes, d'autant plus que ce standard minimum, à la différence d'une unification totale du droit sur le sujet, continue à encourager les efforts en direction d'une protection plus étendue des employés.

Face à ces limites, difficiles à surmonter toutefois, le projet ne va pas assez loin au plan des conflits de lois, car il reproduit simplement les règles de conflit actuelles, sans chercher à déterminer si le facteur de rattachement pour les droits des parties reste pertinent pour l'administration du régime. Comme les conflits mobiles et les conflits transitoires le font bien ressortir, il n'en est rien : que le lieu d'exécution de certains travailleurs change au cours du temps n'a pas un grand rapport avec l'administration du régime. De plus, cette approche minimaliste ne tente pas de régler les questions qui se posent lorsque seuls certains travailleurs changent de lieu mais pas les autres (le conflit mobile « partiel », si l'on peut dire), ni celles de la possibilité d'application cumulative

de plusieurs lois, ni enfin le problème de la divergence des lois applicables pour l'autorité de surveillance, toujours tenue de faire respecter les lois de toutes les provinces qui sont applicables en même temps, et pour les particuliers qui, en principe, ne se préoccupent pas de déterminer si une autre loi pourrait s'appliquer quand la règle de conflit particulière de la loi locale lui donne compétence. La règle de conflit particulière supprime le recours à une règle de conflit normale, pour la bonne raison que, sinon, on aboutit précisément à la désignation de plusieurs lois, ce qui est l'opposé même du résultat que l'on cherche à atteindre avec les règles de conflit de lois!

En conclusion, ce projet ne nous semble pas vraiment répondre à un bon nombre d'objectifs que nous avons énumérés. En effet, il répond plutôt bien à l'Objectif 1 préconisant une approche favorisant la protection sociale des employés.

De plus, il essaye, dans la bonne direction, mais ne réussit pas totalement à atteindre l'Objectif 2 puisqu'il ne simplifie que partiellement la résolution des conflits de lois en remplaçant des lois divergentes par une loi uniforme qui ne le restera pas nécessairement. Dans l'hypothèse d'un conflit de lois, il ne traite pas de l'Objectif 3 puisqu'il ne tente pas de limiter le nombre de lois applicables à l'administration des régimes. Ainsi, il ne donne aucune place au choix de la loi applicable au régime et ne répond pas spécifiquement sur ce point à la prévisibilité des parties, bien que ses articles 7 et 8 constituent un effort certain en ce sens, puisqu'ils résolvent expressément certains conflits mobiles. De plus, ce projet ne respecte pas nécessairement le principe de proximité (Objectif 6), étant donné que l'administration du régime dépend toujours de la loi du lieu de travail ou de rémunération, ce qui n'est pas un rattachement pertinent. Enfin, il reproduit la situation de délégation de compétence juridictionnelle entre les autorités de surveillance, mais n'évite pas la multiplicité de lois compétentes, même si elles sont censées se rapprocher quant à leur

LA COORDINATION ET L'UNIFORMISATION DES RÉGIMES
COMPLÉMENTAIRES DE RETRAITE AU CANADA

contenu, et ne traite pas la question de la divergence des méthodes de résolution entre ces autorités et les particuliers (Objectif 4). Au total, du point de vue de la résolution des conflits de lois, on pourrait lui donner une évaluation de 2/6 (ce qui peut paraître bien sévère).

