

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Sun Indalex Finance, LLC *c.* Syndicat des Métallos, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271 | **Date :** 20130201**Dossier :** 34308 |

**Entre :**

**Sun Indalex Finance, LLC**

Appelante

et

**Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D’Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville**

Intimés

**Et entre :**

**George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7**

Appelant

et

**Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D’Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville**

Intimés

**Et entre :**

**FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d’Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d’Indalex Limited**

Appelante

et

**Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D’Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville**

Intimés

**Et entre :**

**Syndicat des Métallos**

Appelant

et

**Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau Sobeco, société en commandite) et Surintendant des services financiers**

Intimés

- et -

**Surintendant des services financiers, Institut d’insolvabilité du Canada,**

**Congrès du travail du Canada, Fédération canadienne des retraités, Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation et**

**Association des banquiers canadiens**

Intervenants

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Moldaver

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 84)**Motifs concordants quant au résultat avec ceux de la juge Deschamps :**(par. 85 à 262)**Motifs dissidents :**(par. 263 à 280) | La juge Deschamps (avec l’accord du juge Moldaver)Le juge Cromwell (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et le juge Rothstein)Le juge LeBel (avec l’accord de la juge Abella) |

Sun Indalex Finance, LLC *c.* Syndicat des Métallos, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271

Sun Indalex Finance, LLC Appelante

c.

Syndicat des Métallos,

Keith Carruthers,

Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron,

John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen,

Eugene D’Iorio, Neil Fraser, Richard Smith,

Robert Leckie et Fred Granville Intimés

- et -

George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U.,

nommé en vertu du chapitre 7 Appelant

c.

Syndicat des Métallos,

Keith Carruthers,

Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron,

John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen,

Eugene D’Iorio, Neil Fraser, Richard Smith,

Robert Leckie et Fred Granville Intimés

- et -

FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur

d’Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d’Indalex Limited Appelante

c.

Syndicat des Métallos, Keith Carruthers,

Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron,

John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen,

Eugene D’Iorio, Neil Fraser, Richard Smith,

Robert Leckie et Fred Granville Intimés

- et -

Syndicat des Métallos Appelant

c.

Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de

Morneau Sobeco, société en commandite) et

Surintendant des services financiers Intimés

et

Surintendant des services financiers,

Institut d’insolvabilité du Canada,

Congrès du travail du Canada,

Fédération canadienne des retraités,

Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et

de la réorganisation et Association des banquiers canadiens Intervenants

**Répertorié : Sun Indalex Finance, LLC *c.* Syndicat des Métallos**

2013 CSC 6

No du greffe : 34308.

2012 : 5 juin; 2013 : 1er février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Moldaver.

en appel de la cour d’appel de l’ontario

 *Pensions — Faillite et insolvabilité — Priorités — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (« LACC ») — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Financement obtenu par la société à titre de débiteur-exploitant (« DE ») lui ayant permis de poursuivre ses activités — Tribunal chargé d’appliquer la LACC ayant accordé priorité aux prêteurs DE — Insuffisance du produit de la vente pour rembourser les prêteurs DE — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — Dans l’affirmative, la prépondérance fédérale fait-elle en sorte que la priorité issue de l’application de la LACC a préséance sur la fiducie réputée? — Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 57(3), (4), 75(1)a), b) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36.*

 *Pensions — Fiducies — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la LACC — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — La société a-t-elle manqué à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes? — Les participants des régimes de retraite ont-ils droit à une fiducie par interprétation?*

 *Procédure civile — Dépens — Appels — Norme de contrôle — La décision de la Cour d’appel sur les dépens d’une partie est-elle erronée?*

 Indalex Limited (« Indalex »), le promoteur et l’administrateur de deux régimes de retraite, l’un pour les salariés, l’autre pour les cadres, est devenue insolvable. Elle a demandé la protection contre ses créanciers sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »). Le régime des salariés était en cours de liquidation lorsque la procédure fondée sur la *LACC* a été engagée. Le régime des cadres n’acceptait plus de participants, mais il n’était pas liquidé. Les deux régimes accusaient un déficit de liquidation.

 Une série de mesures avalisées par le tribunal a permis à la société d’obtenir un financement de débiteur-exploitant (« DE ») et de poursuivre ses activités. Le tribunal chargé de l’application de la *LACC* a accordé aux prêteurs DE, un consortium composé de créanciers qui bénéficiaient d’une garantie de premier rang avant le début de la procédure, une priorité sur tous les autres créanciers. Le remboursement des sommes empruntées était garanti par Indalex É.-U.

 Finalement, sur approbation du tribunal appliquant la *LACC*, Indalex a vendu son entreprise, mais l’acquéreur n’a pas repris à son compte les engagements de retraite. Le produit de la vente n’étant pas suffisant pour rembourser les prêteurs DE, Indalex É.-U., à titre de caution, a payé la différence et a acquis de ce fait la créance prioritaire des prêteurs DE. Le tribunal a autorisé le paiement conformément à l’ordre de priorité, mais il a également ordonné la retenue de fonds en réserve, remettant à plus tard l’examen de l’argumentation des participants relative à leur droit au produit de la vente.

 Les participants des régimes ont contesté la priorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*. Ils ont fait valoir qu’ils avaient priorité pour le montant du déficit de liquidation en raison de la fiducie réputée créée par le par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* »), et de la fiducie par interprétation résultant de manquements allégués d’Indalex à son obligation fiduciaire d’administrateur des régimes. En première instance, le juge a rejeté les motions des participants, concluant que la fiducie réputée ne s’appliquait pas aux déficits de liquidation. Il a conclu que, pour ce qui était du déficit de liquidation, les participants étaient des créanciers chirographaires. La Cour d’appel a infirmé la décision et statué que les déficits de liquidation des régimes de retraite faisaient l’objet d’une fiducie réputée et d’une fiducie par interprétation qui prenaient rang avant la créance des prêteurs DE bénéficiant d’une priorité et celles des autres créanciers garantis. En outre, elle a rejeté la prétention du Syndicat des Métallos, qui représentait quelques-uns des participants du régime des salariés, à savoir qu’il avait droit au paiement de ses dépens par prélèvement sur la caisse de retraite des salariés.

 *Arrêt* (les juges LeBel et Abella sont dissidents) : Les pourvois interjetés par Sun Indalex Finance, George L. Miller et FTI Consulting sont accueillis.

 *Arrêt* : Le pourvoi interjeté par le Syndicat des Métallos est rejeté.

(1) *La fiducie réputée d’origine législative*

 *Les* juges Deschamps et Moldaver : Il est bien établi que la fiducie réputée créée par le par. 57(4) de la *LRR* s’applique aux cotisations visées à l’al. 75(1)a) de la *LRR*. La seule question est de savoir si cette fiducie réputée d’origine législative s’applique aussi aux paiements au titre du déficit de liquidation exigés par l’al. 75(1)b). Dans le cas des salariés, la réponse est oui, compte tenu du texte, du contexte et de l’objet par. 57(4). Il n’en va pas de même pour le régime des cadres étant donné que cette disposition prévoit que la fiducie réputée en cas de liquidation ne prend naissance qu’à la liquidation du régime.

 Le par. 57(4) de la *LRR*, qui crée la fiducie réputée en cas de liquidation, ne comporte aucune limite expresse aux « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». L’alinéa 75(1)a) prévoit expressément que l’employeur verse « . . . un montant égal au total de tous les paiements » *accumulés*, même s’ils ne sont pas encore dus à la date de la liquidation, tandis que l’al. 75(1)b) parle d’un « montant » calculé à partir de la valeur de l’actif et du passif *accumulés*, lorsque le régime est liquidé. Puisque le montant des paiements (al. 75(1)a)) et le montant établi en soustrayant l’actif du passif accumulé à la date de la liquidation (al. 75(1)b)) doivent tous les deux être versés à la liquidation à titre de cotisations de l’employeur, ils entrent tous les deux dans le sens ordinaire des mots employés au par. 57(4) de la *LRR* : « . . . montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

 La date où s’effectue le calcul est sans importance du moment que le passif est évalué à la date de la liquidation. Le fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable. On peut donc considérer que le passif « accumulé » englobe les cotisations exigées à l’al. 75(1)b) de la *LRR*.

 L’historique législatif montre que la protection, qui couvrait d’abord (1) uniquement les cotisations dues, s’est étendue (2) aux montants payables calculés comme s’il y avait liquidation du régime, (3) puis aux montants dus ou accumulés à la liquidation, à l’exclusion des paiements au titre du déficit de liquidation (4) et, enfin, à tous les montants dus ou accumulés à la liquidation. L’historique législatif mène donc à la conclusion qu’une interprétation étroite qui dissocierait le paiement requis de l’employeur par l’al. 75(1)b) de la *LRR* de celui exigé à l’al. 75(1)a) irait à l’encontre de la tendance du législateur ontarien à offrir une protection de plus en plus étendue.

 La disposition qui crée une fiducie réputée a une vocation réparatrice. Elle vise à protéger les intérêts des participants. Cette fin réparatrice favorise une interprétation qui inclut tous les paiements à la liquidation dans la valeur de la fiducie réputée. En l’espèce, c’est à bon droit que la Cour d’appel a jugé qu’Indalex était réputée détenir en fiducie le montant nécessaire pour combler le déficit de liquidation du régime des salariés.

 *Les* juges LeBel et Abella : Il y a accord avec les motifs de la juge Deschamps sur la question de la fiducie réputée d’origine législative.

 *La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Étant donné qu’il ne peut y avoir de fiducie réputée au bénéfice du régime des cadres, celui-ci n’ayant pas été liquidé à la date considérée, il s’agit donc essentiellement *—* pour ce qui concerne le régime des salariés *—* d’interpréter une disposition de la loi et de déterminer si le déficit de liquidation décrit à l’al. 75(1)b) est « accumul[é] à la date de la liquidation » comme l’exige le par. 57(4) de la *LRR*.

 Lorsque le terme « accumulé » [et plus encore son équivalent anglais « *accrued* »] est employé de pair avec une somme, il renvoie généralement à un élément dont la valeur est actuellement mesurée ou mesurable, mais qui peut ou non être dû. Dans la présente affaire, au par. 57(4), le terme « accumulées » [« *accrued* »] est utilisé par opposition à « dues ». Suivant le sens ordinaire du mot « accumulé », on ne peut considérer que le déficit l’était à la date de la liquidation. Le montant du déficit de liquidation dépend de droits qui ne prennent naissance qu’à la liquidation et à l’égard desquels les employés ne font des choix qu’après la liquidation. Le déficit de liquidation n’est donc ni déterminé ni déterminable à la date de liquidation prévue.

 Le contexte législatif général appuie la thèse que, suivant leur sens ordinaire et grammatical le plus plausible, les mots « accumulées à la date de la liquidation » renvoient aux sommes déterminées de façon précise immédiatement avant la date de prise d’effet de la liquidation du régime. Qui plus est, il appert de l’évolution et de l’historique des dispositions en cause que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet d’une fiducie réputée d’origine législative. Ils confirment en fait l’intention du législateur d’*exclure* du champ d’application de la fiducie réputée les obligations qui naissent seulement *à la* date même de la liquidation.

 La loi établit une distinction entre deux types d’obligation de l’employeur qui sont pertinents en l’espèce. Il y a d’une part les cotisations requises pour acquitter le coût du service courant et d’autres paiements qui sont dus ou qui sont accumulés sur une base quotidienne jusqu’à la date considérée. Il s’agit des paiements prévus à l’actuel al. 75(1)a), à savoir ceux qui sont dus ou accumulés, mais qui n’ont pas été versés. D’autre part, il y a les cotisations supplémentaires exigées lorsque le régime est liquidé (le déficit de liquidation). Ces paiements font l’objet de l’al. 75(1)b). Il appert de l’évolution et de l’historique législatifs que les fiducies réputées des par. 57(3) et (4) devaient seulement englober les cotisations du premier type et que le législateur n’a jamais voulu que les obligations ultérieures éventuelles de l’employeur qui naissent une fois le régime liquidé fassent l’objet d’une fiducie réputée ou d’un privilège.

 En l’espèce, la fiducie réputée du par. 57(4) ne vise pas le déficit de liquidation. Pareille exclusion est conforme aux objectifs généraux de la loi. Le législateur a créé des fiducies à l’égard des cotisations qui étaient dues ou accumulées à la date de la liquidation afin de protéger, dans une certaine mesure, les droits des bénéficiaires d’un régime de retraite et ceux des employés contre les réclamations des autres créanciers de l’employeur. Or, il y a de bonnes raisons de penser que c’est en raison d’autres objectifs concurrents que le législateur s’est abstenu d’accroître la portée de la fiducie réputée et d’y inclure le déficit de liquidation. La protection des régimes de retraite constitue certes un objectif important, mais il n’appartient pas à la Cour de décider de la mesure dans laquelle cet objectif sera poursuivi ou d’autres intérêts en souffriront. Il appartient à l’Assemblée législative de l’Ontario de décider du degré de protection qu’il convient d’accorder aux bénéficiaires d’un régime de retraite sous le régime de la *LRR*.

(2) *Priorité de rang*

 *Les* juges Deschamps et Moldaver : Une fiducie réputée établie par une loi provinciale comme la *LRR* continue de s’appliquer dans les instances régies par la *LACC*, relevant de la compétence fédérale, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale. En l’espèce, accorder priorité aux prêteurs DE relègue à un rang inférieur les créances des autres intéressés, notamment les participants. Cette priorité d’origine judiciaire fondée sur la *LACC* a le même effet qu’une priorité d’origine législative. Les dispositions fédérales et provinciales sont inconciliables, car elles produisent des ordres de priorité différents et conflictuels. L’application de la doctrine de la prépondérance fédérale donne à la charge DE priorité sur la fiducie réputée.

 *La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Malgré le désaccord avec la juge Deschamps sur la portée de la fiducie réputée du par. 57(4), si une fiducie est réputée exister en l’espèce, la créance DE prend rang avant elle en application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

 *Les* juges LeBel et Abella : Il y a accord avec les motifs de la juge Deschamps sur la priorité de rang déterminée par application du principe de la prépondérance fédérale.

(3) *La fiducie par interprétation comme réparation du manquement à l’obligation fiduciaire*

 *La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Il ne saurait y avoir conflit d’intérêts uniquement parce que l’employeur, dans l’exercice de son pouvoir de gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, prend une mesure susceptible d’avoir une incidence sur les bénéficiaires du régime de retraite qu’il administre. Telle est la conclusion qui découle nécessairement du contexte législatif. L’existence de conflits apparents qui sont inhérents à la double fonction d’employeur et d’administrateur de régime exercée par une même personne ne peut constituer un manquement à l’obligation fiduciaire, car ces conflits sont expressément autorisés par la loi, laquelle permet à une personne d’exercer les deux fonctions. Il y a en fait conflit d’intérêts lorsqu’il existe un risque important que les obligations de l’employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d’un régime.

 À elle seule, la demande initiale de protection de la société contre ses créanciers ne plaçait pas Indalex en situation de conflit d’intérêts ou d’obligations. De même, l’omission de donner avis de la demande initiale présentée sur le fondement de la *LACC* ne constituait pas un manquement à l’obligation fiduciaire d’éviter tout conflit d’intérêts. La décision d’Indalex d’agir à titre d’employeur-administrateur ne peut conférer aux participants plus d’avantages que si l’administration de leurs régimes avait été confiée à un tiers indépendant.

 C’est lors de la demande et de l’obtention des ordonnances DE sans préavis aux bénéficiaires des régimes, ainsi que de la demande et de l’obtention de l’approbation de la vente que les intérêts commerciaux d’Indalex sont entrés en conflit avec ses obligations d’administrateur des régimes de retraite. Cependant, la difficulté résidait en l’espèce non pas dans l’existence du conflit, mais bien dans l’omission d’Indalex de prendre quelque mesure afin que les bénéficiaires des régimes aient la possibilité de veiller à la protection de leurs intérêts dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant. En résumé, le manquement ne tenait pas à l’existence du conflit, mais plutôt à l’omission de prendre les mesures qu’elle commandait.

 L’employeur-administrateur qui se trouve en situation de conflit doit en informer le juge saisi sur le fondement de la *LACC.* Il ne suffit pas d’inscrire les bénéficiaires sur la liste des créanciers; le juge doit être informé que le débiteur, en sa qualité d’administrateur de régime, est en conflit d’intérêts ou susceptible de l’être. En conséquence, Indalex a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de faire ce qu’il fallait pour que les bénéficiaires des régimes puissent être dûment représentés dans le cadre de cette procédure comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant, en particulier lorsqu’elle a demandé l’approbation du financement DE et de la vente, puis présenté une motion en vue de faire faillite.

 Indépendamment de ce manquement, l’imposition d’une fiducie par interprétation ne constitue une réparation appropriée que si un actif déterminable résulte des actes de l’auteur du manquement et qu’il serait injuste que ce dernier ou, parfois, un tiers, conserve cet actif. Aucun élément de preuve n’appuie la prétention qu’un tel actif a résulté de l’omission d’Indalex de pallier véritablement les conflits d’intérêts auxquels a donné lieu la procédure fondée sur la *LACC*. Qui plus est, imposer une fiducie par interprétation par suite du manquement à l’obligation fiduciaire de veiller à ce que les bénéficiaires des régimes jouissent de garanties procédurales, alors qu’ils en ont joui dans les faits, se révèle inéquitable au vu de l’ensemble des circonstances.

 *Les* juges Deschamps et Moldaver : L’employeur constitué en société qui décide d’agir en qualité d’administrateur d’un régime accepte les obligations fiduciaires inhérentes à cette fonction. Puisque les administrateurs d’une société ont aussi une obligation fiduciaire envers la société, l’employeur doit être prêt à résoudre les conflits lorsqu’ils surgissent. L’employeur qui administre un régime de retraite n’est pas autorisé à négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime et à favoriser les intérêts concurrents de la société sous prétexte qu’il porte le « chapeau » de dirigeant de la société. Ce sont les conséquences d’une décision, et non sa nature qui doivent être prises en compte.

 En l’espèce, il y avait bien conflit entre les obligations fiduciaires qui incombaient à Indalex en sa qualité d’administratrice des régimes et les décisions de gestion qu’elle devait prendre dans le meilleur intérêt de la société. Plus précisément, en demandant au tribunal d’autoriser une forme de financement selon laquelle un créancier se verrait accorder priorité sur tous les autres, Indalex demandait au tribunal chargé d’appliquer la *LACC* de faire échec à la priorité dont bénéficiaient les participants. L’intérêt de la société consistait à rechercher la meilleure façon de survivre dans un contexte d’insolvabilité. La poursuite de cet intérêt était incompatible avec le devoir de l’administrateur des régimes envers les participants de veiller à ce que toutes les cotisations soient versées aux caisses de retraite. En l’occurrence, ce devoir de l’administrateur des régimes impliquait, plus particulièrement, qu’il donne à tout le moins aux participants la possibilité d’exposer leurs arguments. Cela signifiait, au minimum, que les participants avaient droit à un avis raisonnable de la motion en autorisation du financement DE. La teneur de cette motion, présentée sans avis convenable, allait à l’encontre des intérêts des participants.

 En ce qui concerne la fiducie par interprétation, il est bien établi en droit qu’une réparation de la nature d’un droit de propriété n’est généralement accordée qu’à l’égard d’un bien ayant un lien direct avec un acte fautif ou d’un bien qui peut être rattaché à un tel bien. Il y a accord avec le juge Cromwell sur le fait que cette condition n’était pas remplie en l’espèce et il a été souscrit à ses motifs sur cette question. En outre, il était déraisonnable pour la Cour d’appel de modifier l’ordre de priorité.

 *Les* juges LeBel et Abella (dissidents) : Une relation fiduciaire s’entend de la relation factuelle et juridique entre un bénéficiaire vulnérable et un fiduciaire qui détient et peut exercer un pouvoir sur le bénéficiaire dans les situations prévues par la loi. Par conséquent, avant d’analyser les obligations fiduciaires de l’employeur à titre d’administrateur d’un régime de retraite visé par la *LRR*, il faut examiner la situation et les caractéristiques des bénéficiaires du régime. En l’espèce, les bénéficiaires se trouvaient dans une position de grande vulnérabilité par rapport à Indalex.

 Rien dans la *LRR* ne permet de conclure que l’employeur, en sa qualité d’administrateur, serait assujetti à une norme moindre ou assumerait des fonctions et des obligations moins strictes qu’un administrateur indépendant. L’employeur n’est pas tenu d’assumer le fardeau de l’administration des régimes de retraite qu’il a convenu d’établir ou qui sont le fruit de décisions antérieures. Par contre, s’il choisit de l’assumer, une relation fiduciaire prend naissance et l’on s’attend à ce que l’employeur soit capable d’éviter ou de régler les conflits d’intérêts susceptibles d’intervenir.

 Indalex se trouvait en situation de conflit d’intérêts dès qu’elle a envisagé de demander la protection de la *LACC* et de proposer un arrangement à ses créanciers. Du point de vue de l’entreprise, on ne pourrait guère trouver à redire à cette décision. Il s’agissait d’une décision d’affaires. Cependant, Indalex jouait en même temps le rôle de fiduciaire à l’égard des participants aux régimes et des retraités, et c’est là où le bât blesse. La solution consistait non pas à mettre en veilleuse sa fonction d’administrateur avec les obligations fiduciaires en découlant, mais à y renoncer et à la transférer avec diligence à un administrateur indépendant.

 En l’occurrence, l’employeur a non seulement manqué à ses obligations envers les bénéficiaires, mais adopté en fait une démarche qui allait à l’encontre de leurs intérêts. La gravité de ces manquements justifiait amplement la décision de la Cour d’appel d’imposer une fiducie par interprétation.

(4) *Dépens dans le pourvoi du Syndicat des Métallos*

 *La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Il n’y a en l’espèce aucune raison de revenir sur la décision de la Cour d’appel relative aux dépens en ce qui concerne le Syndicat des Métallos. L’instance engagée portait sur des points de droit nouveaux, son issue était incertaine et les demandeurs couraient le risque d’être déboutés. La Cour d’appel a opiné essentiellement que, représentant seulement 7 des 169 participants du régime des salariés, le syndicat ne devait pas être en mesure, dans les faits, d’imposer à tous les participants du régime, dont la plupart n’en étaient pas membres, les risques inhérents au litige sans les consulter. Il n’y a aucune erreur de principe dans le refus de la Cour d’appel d’ordonner que les dépens du syndicat soient payés à partir de la caisse de retraite, étant donné surtout l’issue du pourvoi devant notre Cour.

 *Les* juges Deschamps et Moldaver : Il y a accord avec les motifs du juge Cromwell sur la question des dépens dans l’appel interjeté par le Syndicat des Métallos.

 *Les* juges LeBel et Abella : Il y a accord avec les motifs du juge Cromwell sur la question des dépens dans l’appel interjeté par le Syndicat des Métallos.

**Jurisprudence**

Citée par la juge Deschamps

 **Arrêts mentionnés :** *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306; *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Burke c. Cie de la Baie d’Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273; *Société d’assurance-dépôts du Canada c. Banque Commerciale du Canada*, [1992] 3 R.C.S. 558.

Citée par le juge Cromwell

 **Arrêts mentionnés :** *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306; *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Burke c. Cie de la Baie d’Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, conf. 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194; *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII); *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303.

Citée par le juge LeBel (dissident)

 *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217.

**Lois et règlements cités**

*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1)*a*).

*Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35, art. 58, 59, 75(1), 76(1).

*Loi de 2010 modifiant la Loi sur les régimes de retraite*, L.O. 2010, ch. 9, art. 52(5).

*Loi de 2010 sur la pérennité des prestations de retraite*, L.O. 2010, ch. 24, art. 21(2).

*Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d’autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47, art. 128.

*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, ch. 36.

*Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3.

*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 2 « créancier garanti », 11.

*Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 1(1) « administrateur », « liquidation », 8(1)a), 9, 10(1)12, 12, 19, 20, 22, 25, 26, 42, 56, 57, 58, 59, 68, 69, 70, 73, 74, 75.

*Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 30(7).

*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1980, ch. 373, art. 21(2), 23, 32.

*Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 96, art. 22(2).

*Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113, art. 23*a*.

*Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80.

*Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2, art. 21, 23, 32.

Projet de loi C-501, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et d’autres lois (protection des prestations)*, 3e sess., 40e lég., 24 mars 2010 (tel que mod. par le Comité permanent de l’industrie, des sciences et de la technologie, 1er mars 2011).

R.R.O. 1990, règl. 909, art. 4(4)3, 5(1)b), e), 14, 29, 31.

**Doctrine et autres documents cités**

Arnold, Brian J. *Timing and Income Taxation : The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*. Toronto : Association canadienne d’études fiscales, 1983.

*Black’s Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn. : Thomson Reuters, 2009, « *accrued liability* ».

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Sénat du Canada, 2003.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 4th ed. Toronto : Carswell, 2011, « *accrued liability* ».

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto : Carswell, 2010.

Institut canadien des comptables agréés. *Manuel de l’ICCA — Comptabilité*, partie II, *Normes comptables pour les entreprises à capital fermé*. Toronto : L’Institut, 2012.

Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2008, 41.

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto : Irwin Law, 2006.

Ontario. Assemblée législative. *Legislature of Ontario Debates :* *Official Report (Hansard)*, No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568.

Sarra, Janis P.  *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007.

*The Mercer Pension Manual*, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated November 2009, release 6).

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

 POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Juriansz), 2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641, 276 O.A.C. 347, 331 D.L.R. (4th) 352, 75 C.B.R. (5th) 19, 89 C.C.P.B. 39, 17 P.P.S.A.C. (3d) 194, [2011] O.J. No. 1621 (QL), 2011 CarswellOnt 2458, qui a infirmé une décision du juge Campbell, 2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301, [2010] O.J. No. 974 (QL), 2010 CarswellOnt 893. Pourvois accueillis, les juges LeBel et Abella sont dissidents.

 POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Juriansz), 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, 92 C.C.P.B. 277, [2011] O.J. No. 3959 (QL), 2011 CarswellOnt 9077. Pourvoi rejeté.

 *Benjamin Zarnett*, *Frederick L. Myers*, *Brian F. Empey* et *Peter Kolla*, pour l’appelante Sun Indalex Finance, LLC.

 *Harvey G. Chaiton* et *George Benchetrit*, pour l’appelant George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7.

 *David R. Byers*, *Ashley John Taylor* et *Nicholas Peter McHaffie*, pour l’appelante FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d’Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d’Indalex Limited.

 *Darrell L. Brown*, pour l’appelant/intimé le Syndicat des Métallos.

 *Andrew J. Hatnay* et *Demetrios Yiokaris*, pour les intimés Keith Carruthers, et autres.

 *Hugh O’Reilly* et *Amanda Darrach*, pour l’intimée Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau Sobeco, société en commandite).

 *Mark Bailey*, *Leonard Marsello* et *William MacLarkey*, pour l’intimé/intervenant le Surintendant des services financiers.

 *Robert I. Thornton* et *D. J. Miller*, pour l’intervenant l’Institut d’insolvabilité du Canada.

 *Steven Barrett* et *Ethan Poskanzer*, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

 *Kenneth T. Rosenberg*, *Andrew K. Lokan* et *Massimo Starnino*, pour l’intervenante la Fédération canadienne des retraités.

 *Éric Vallières*, *Alexandre Forest* et *Yoine Goldstein*, pour l’intervenante l’Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation.

 *Mahmud Jamal*, *Jeremy Dacks* et *Tony Devir*, pour l’intervenante l’Association des banquiers canadiens.

 Version française du jugement des juges Deschamps et Moldaver rendu par

1. La juge Deschamps — L’insolvabilité peut entraîner des conséquences catastrophiques. Les créanciers ordinaires sont souvent laissés impayés. En situation d’insolvabilité, les prestations déterminées promises aux employés pendant leur emploi sont mises en péril. Les présents pourvois illustrent ce qui peut se produire lorsque ce péril se matérialise. Bien que l’employeur en l’espèce ait manqué à son obligation fiduciaire envers les participants aux régimes de retraite, le préjudice qu’ils subissent ne résulte pas de son manquement, mais de son insolvabilité. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis d’accueillir les appels de Sun Indalex Finance, LLC; George L. Miller, syndic de faillite d’Indalex É.-U.; et FTI Consulting Canada ULC.
2. Pour améliorer les chances des retraités de recevoir toutes les prestations auxquelles ils ont droit après la liquidation d’un régime de retraite, le législateur ontarien a pourvu à la protection des cotisations accumulées, mais qui ne sont pas encore dues, à la date de la liquidation, au moyen d’une fiducie réputée grevant certains biens des promoteurs des régimes et qui a préséance sur toutes les autres priorités établies par une loi provinciale (par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* »), et par. 30(7) de la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10 (« *LSM* »)). Les parties ne s’entendent pas sur la portée de la fiducie réputée. Les dispositions pertinentes et le contexte mènent selon moi à la conclusion qu’elle englobe les cotisations que doit verser l’employeur afin que la caisse de retraite puisse couvrir le passif du régime à la liquidation. En l’espèce, toutefois, la sûreté accordée au créancier ayant prêté des fonds à l’employeur, Indalex Limited (« Indalex »), pendant l’instance en matière d’insolvabilité a priorité sur la fiducie réputée. En outre, bien que l’employeur ait pu se placer en conflit d’intérêts en tant qu’administrateur du régime, en ne donnant pas dûment avis aux participants d’une motion en vue de financer l’exploitation de l’entreprise pendant la restructuration, il n’est pas réaliste de penser que le tribunal chargé d’appliquer la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »), aurait établi un ordre de priorité différent si les participants avaient été avisés et si le tribunal avait conclu qu’ils étaient des créanciers garantis. Par conséquent, il n’y a pas lieu d’accorder une réparation en equity, telle que la fiducie par interprétation imposée par la Cour d’appel.

I. Les faits

1. Indalex est une filiale canadienne en propriété exclusive de la société américaine Indalex Holding Corp. (« Indalex É.-U. »). Indalex et ses sociétés affiliées formaient un groupe (le « Groupe Indalex ») qui fabriquait des extrusions d’aluminium. Les activités des sociétés aux États-Unis et au Canada étaient étroitement liées.
2. En 2009, le prix élevé des produits de base et les effets de la récession sur le marché des utilisateurs finaux des extrusions d’aluminium ont entraîné l’insolvabilité du Groupe Indalex. Le 20 mars 2009, Indalex É.-U. s’est placée sous la protection du chapitre 11, au Delaware. Le 3 avril 2009, Indalex a demandé une suspension sous le régime de la *LACC*. Le même jour, le juge Morawetz a rendu une ordonnance initiale lui accordant cette suspension et il a désigné FTI Consulting Canada ULC (le « contrôleur ») comme contrôleur.
3. Indalex administrait alors deux régimes de retraite enregistrés, l’un à l’intention des salariés (le « régime des salariés »), et l’autre à l’intention des cadres (le « régime des cadres »). Le régime des salariés comptait sept participants dont l’agent négociateur était le Syndicat des Métallos (le « Syndicat »). Ce régime était en cours de liquidation lorsque les procédures sous le régime de la *LACC* ont été engagées. La date de prise d’effet de la liquidation était le 31 décembre 2006. Le régime des cadres n’acceptait plus de participant, mais il n’était pas liquidé. En tout, les déficits des caisses de retraite touchent 49 personnes (les participants au régime des salariés et au régime des cadres sont collectivement appelés les « participants »).
4. L’ordonnance initiale prononcée par le juge Morawetz, le 3 avril 2009, a accordé à Indalex la protection de la *LACC*. Les deux régimes de retraite accusaient un déficit de capitalisation au moment où Indalex a demandé la suspension des procédures en vertu de la *LACC*. Le déficit de liquidation du régime des salariés, au 31 décembre 2008, était estimé à 1,8 million de dollars. Quant au régime des cadres, sa sous-capitalisation suivant une approche de liquidation était estimée à 3 millions de dollars au 1er janvier 2008.
5. Dès le début de la procédure d’insolvabilité, la stratégie de réorganisation poursuivie par le Groupe Indalex consistait à vendre Indalex et Indalex É.-U. comme entreprises en exploitation pendant qu’elles jouissaient de la protection de la *LACC* et du chapitre 11. À cette fin, Indalex et Indalex É.-U. voulaient conclure un accord de financement de débiteur-exploitant (« DE ») conjoint aux termes duquel elles pourraient bénéficier de facilités de crédit communes et chaque société garantirait les obligations de l’autre.
6. Les problèmes financiers d’Indalex menaçaient les intérêts de tous les participants. Si la réorganisation échouait et si Indalex était liquidée en application de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), ils ne recouvreraient aucune de leurs créances sur Indalex au titre de la sous-capitalisation des régimes de retraite, parce que la législation fédérale ne permettrait pas que la priorité de rang établie par la loi provinciale soit reconnue : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453. La *LACC* ne rendait pas la priorité de rang des participants inopérante, mais leur position était incertaine.
7. Le Groupe Indalex a demandé des offres à divers prêteurs DE et a fini par conclure une entente avec un consortium composé des créanciers qui bénéficiaient d’une garantie de premier rang avant le début de la procédure. Le 8 avril 2009, le tribunal chargé d’appliquer la *LACC* a rendu une ordonnance modifiée et reformulée (l’ « ordonnance initiale modifiée ») autorisant Indalex à emprunter 24,4 millions de dollars américains aux prêteurs DE et à leur octroyer une priorité pour le même montant sur tous les autres créanciers (la « charge DE »). Dans les motifs qu’il a déposés au soutien de l’ordonnance, le juge Morawetz a conclu qu’Indalex n’aurait pas pu trouver de solution qui assurait la continuité de l’exploitation sans ce financement DE. Celui-ci était nécessaire pour financer les activités de l’entreprise jusqu’à sa vente.
8. Les participants n’étaient pas parties à la procédure initiale. La suspension initiale avait été accordée *ex parte*. Le juge chargé de l’application de la *LACC* avait ordonné à Indalex de faire signifier une copie de l’ordonnance de suspension à chaque créancier ayant une créance minimale de 5 000 $ dans les 10 jours suivant l’ordonnance initiale du 3 avril. Le 8 avril, lors de l’audition de la motion visant la modification de l’ordonnance initiale, aucun des participants au régime des cadres n’avait reçu signification de cette ordonnance ni de l’avis de motion visant sa modification. Le Syndicat a reçu un préavis écourté, mais a décidé de ne pas se présenter. Le juge Morawetz a autorisé Indalex à procéder même si le délai de signification avait été écourté. Les participants ont reçu avis de toutes les procédures subséquentes. Aucun des participants n’a interjeté appel de l’ordonnance initiale modifiée pour contester la charge DE.
9. Le 12 juin 2009, Indalex a demandé l’autorisation de porter l’emprunt DE à 29,5 millions de dollars américains. À l’audience, les participants au régime des cadres se sont d’abord opposés à la motion en demandant que leurs droits soient réservés. Après confirmation que la motion avait pour unique but d’augmenter le montant de la charge DE (sans modifier les modalités du prêt), ils ont retiré leur opposition et le tribunal a accueilli la motion.
10. Le 22 avril 2009, le tribunal a prorogé la suspension et approuvé un processus de mise en vente de l’actif d’Indalex. Les participants ne se sont pas opposés à la demande d’approbation du processus de mise en vente. Conformément au processus approuvé de vente par soumission, le Groupe Indalex a sollicité un vaste éventail d’acheteurs potentiels.
11. Indalex a reçu une soumission de SAPA Holding AB (« SAPA »). Cette soumission s’élevait à environ 30 millions de dollars américains et SAPA ne prenait pas en charge les déficits de liquidation des régimes de retraite. Le contrôleur estimait la valeur de liquidation de l’actif d’Indalex à 44,7 millions de dollars américains. Indalex a demandé une ordonnance approuvant un processus de soumission pour adjudication sur offres concurrentes et déclarant que la soumission de SAPA était réputée acceptable. Les participants au régime des cadres ont contesté cette demande parce qu’ils s’inquiétaient du fait que le passif du régime de retraite ne serait pas pris en charge. Le 2 juillet 2009, le juge Morawetz a néanmoins rendu une ordonnance approuvant le processus de mise en vente par soumission, en soulignant que les participants au régime des cadres pourraient faire valoir leurs objections au moment de l’homologation de la soumission définitive.
12. Le processus de mise en vente par soumission n’a pas permis d’obtenir des soumissions concurrentes. Le 20 juillet 2009, Indalex et Indalex É.-U. ont chacune demandé au tribunal dont elles relevaient d’approuver la vente d’essentiellement tous leurs éléments d’actif aux conditions stipulées dans l’offre de SAPA. Indalex a également demandé l’approbation d’une distribution provisoire du produit de la vente aux prêteurs DE. Les participants ont contesté la motion d’Indalex. Ils ont fait valoir, premièrement, que le produit estimatif d’une liquidation forcée serait supérieur à l’offre de SAPA et, deuxièmement, que leur créance avait priorité sur celles des prêteurs DE, parce que le passif non capitalisé au titre des pensions était protégé par une fiducie réputée en vertu de la *LRR*. Ils ont aussi soutenu qu’Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires en ne s’acquittant pas des obligations qui lui incombaient en qualité d’administrateur des régimes de retraite du début à la fin des procédures en matière d’insolvabilité.
13. Le tribunal a écarté la première objection des participants, estimant qu’aucun élément de preuve n’étayait leur prétention que la liquidation forcée serait plus avantageuse pour les fournisseurs, les clients et les 950 employés. Il a approuvé la vente le 20 juillet 2009. Cette ordonnance donnait instruction au contrôleur de procéder à une distribution aux prêteurs DE.  Au sujet de la deuxième objection, toutefois, le juge Campbell a ordonné au contrôleur de retenir un fonds de réserve dont le contrôleur déterminerait lui-même le montant, réservant pour plus tard l’examen de l’argumentation des participants fondée sur leur droit au produit de la vente.
14. La vente à SAPA s’est conclue le 31 juillet 2009, et le contrôleur a recueilli 30,9 millions de dollars comme produit de la vente. Il a distribué 17 millions de dollars américains aux prêteurs DE, acquitté certains frais, retenu des fonds pour couvrir diverses dépenses et réservé 6,75 millions de dollars en attendant la décision relative aux droits des participants. À la date de la vente, Indalex devait 27 millions de dollars américains aux prêteurs DE, de sorte qu’une créance de 10 millions de dollars américains subsistait après le versement des 17 millions. Se prévalant de la garantie consentie dans l’accord de financement DE, les prêteurs DE ont demandé à Indalex É.-U. de payer la différence, ce qu’elle a fait. Comme la garantie prévoyait la subrogation d’Indalex É.-U. aux droits de priorité des prêteurs DE, Indalex É.-U. est devenue créancière de premier rang d’Indalex pour la somme de 10 millions de dollars américains.
15. Le conseil d’administration d’Indalex a démissionné après la vente de l’actif de la société. Indalex É.-U., qui faisait partie du Groupe Indalex, a repris la gestion d’Indalex, dont l’actif se limitait au produit de la vente détenu par le contrôleur. Une convention unanime d’actionnaires nommant M. Keith Cooper comme gestionnaire des affaires d’Indalex a été signée le 12 août 2009. M. Cooper était un employé de FTI Consulting Inc.
16. Les participants ont exercé le droit que leur avait réservé le tribunal le 20 juillet 2009 et ont présenté des motions, le 28 août 2009, en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que le produit de la vente était grevé d’une fiducie réputée d’un montant équivalent au passif non capitalisé au titre des pensions. Ils ont soutenu que les par. 57(4) de la *LRR* et 30(7) de la *LSM* leur donnaient préséance sur les créanciers garantis. Indalex a présenté une motion pour faire cession de ses biens en faillite afin de bénéficier de la priorité de rang qu’elle invoquait pour contester les motions des participants.
17. Le 14 octobre 2009, avant le prononcé du jugement, Indalex É.-U. a transformé l’instance en réorganisation fondée sur le chapitre 11 en instance en liquidation fondée sur le chapitre 7. Le 5 novembre 2009, le surintendant des services financiers (le « surintendant ») a nommé le cabinet d’actuaires Morneau Sobeco, société en commandite (« Morneau »), pour remplacer Indalex comme administrateur des régimes.
18. Le 18 février 2010, le juge Campbell a rejeté les motions des participants, concluant que la fiducie réputée ne s’appliquait pas aux déficits de liquidation parce que les paiements afférents n’étaient pas [traduction] « échus » ou « à échoir » à la date de la liquidation. Selon lui, le régime de retraite des cadres n’étant pas encore liquidé, on ne pouvait parler de déficit de liquidation. Il était donc inutile de statuer sur la motion d’Indalex visant à faire cession de ses biens (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). Les participants ont interjeté appel du rejet de leurs motions.
19. La Cour d’appel de l’Ontario a accueilli les appels des participants, estimant que la fiducie réputée créée au par. 57(4) de la *LRR* s’appliquait à toutes les sommes dues au titre des déficits de liquidation des régimes. Signalant que, selon le sens ordinaire de cette disposition, aucune fiducie réputée ne s’appliquerait au régime des cadres, elle a néanmoins refusé de trancher la question parce que les participants à ce régime pouvaient faire valoir une réclamation contre Indalex pour manquement à son obligation fiduciaire de protéger adéquatement leurs intérêts (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).
20. La Cour d’appel a jugé qu’une fiducie par interprétation était une réparation appropriée pour le manquement d’Indalex à ses obligations fiduciaires. Selon elle, cette réparation ne causait pas préjudice aux prêteurs DE et n’avait d’effet que sur Indalex É.-U. Elle a donc imposé une fiducie par interprétation grevant le fonds de réserve au profit des participants. Au sujet de la distribution, elle a aussi jugé que la fiducie réputée avait priorité sur la charge DE parce que la question de la prépondérance fédérale n’avait pas été invoquée lorsque l’ordonnance initiale modifiée avait été rendue et qu’Indalex avait déclaré qu’elle allait se conformer à toutes les exigences d’une fiducie réputée. Elle a conclu que rien au dossier n’indiquait que le fait de ne pas appliquer la doctrine de la prépondérance fédérale compromettrait la capacité de restructuration d’Indalex.
21. La Cour d’appel a ordonné au contrôleur de combler le déficit de chacun des deux régimes par prélèvement sur le fonds de réserve. Dans sa décision relative à l’adjudication des dépens, elle a également approuvé le paiement des dépens des participants au régime des cadres sur leur caisse de retraite, mais elle a refusé d’ordonner que les dépens du Syndicat soient acquittés sur la caisse de retraite du régime des salariés (2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165).
22. Le contrôleur, ainsi que Sun Indalex, créancière garantie d’Indalex É.-U., et George L. Miller, syndic de faillite d’Indalex É.-U., interjettent tous trois appel de l’ordonnance de la Cour d’appel. Le surintendant et Morneau appuient la position des participants en tant qu’intimés au pourvoi. D’autres intéressés prennent également part aux pourvois devant notre Cour. Le Syndicat se pourvoit en outre contre l’adjudication des dépens, mais je n’aborderai pas cette question, car je partage l’opinion du juge Cromwell à ce sujet.

II. Les questions en litige

1. Les pourvois soulèvent quatre questions :

1.  La fiducie réputée établie par le par. 57(4) de la *LRR* s’applique-t-elle aux déficits de liquidation?

2.   Le cas échéant, cette fiducie réputée a-t-elle préséance sur la charge DE?

3.   Indalex avait-elle des obligations fiduciaires envers les participants en ce qui concerne les décisions prises dans le contexte des procédures en matière d’insolvabilité?

4.  La Cour d’appel a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire correctement en imposant une fiducie par interprétation à titre de réparation pour les manquements aux obligations fiduciaires?

III. Analyse

A. *La fiducie réputée établie par le par. 57(4) de la LRR s’applique-t-elle aux déficits de liquidation?*

1. Il faut d’abord déterminer si la fiducie réputée établie au par. 57(4) de la *LRR* s’applique aux déficits de liquidation. Il s’agit d’une question d’interprétation législative qui exige l’examen du texte et du contexte des dispositions pertinentes de la *LRR*. Le paragraphe 57(4) de la *LRR* accorde aux participants à un régime de retraite une protection applicable aux cotisations de leur employeur en cas de liquidation du régime :

 **57.** . . .

 (4)  Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

1. Selon l’interprétation la plus évidente, toutes les cotisations accumulées, mais non encore dues, lorsqu’un régime est liquidé sont protégées. Ce libellé semble inclure les cotisations qu’un employeur est tenu de verser lorsque la caisse de retraite est déficitaire au moment de la liquidation. Pour contester cette interprétation plutôt simple, qui concorde à la fois avec l’élargissement constant de la protection accordée au fil du temps et avec l’objectif réparateur de cette disposition, on invoque une définition étroite du mot « accumulé ». À mon avis, cet argument ne justifie pas la restriction de la protection accordée aux participants par le législateur ontarien.
2. La *LRR* énonce les règles de fonctionnement des régimes de retraite contributifs capitalisés à prestations déterminées en Ontario. Pendant toute la durée d’un régime, l’employeur doit verser à la caisse de retraite toutes les cotisations qu’il retient sur la rémunération des employés. Tant que le régime demeure en vigueur, il est en outre tenu à deux types de paiements. L’un se rapporte aux cotisations pour service courant — les cotisations que l’employeur doit verser régulièrement à la caisse de retraite suivant les modalités du régime — et l’autre, au maintien d’une caisse de retraite suffisante pour couvrir le passif au titre des pensions. Le droit des employés au versement des cotisations pendant que le régime est en vigueur est protégé par la fiducie réputée instituée au par. 57(3) de la *LRR.*
3. La *LRR* établit également un régime complet régissant la liquidation d’un régime de retraite. L’alinéa 75(1)a) oblige l’employeur à « verse[r] » un montant égal au total de tous les « paiements » dus ou accumulés qui n’ont pas été versés dans la caisse de retraite, et l’al. 75(1)b) établit la formule servant à calculer le montant du paiement à effectuer pour que la caisse de retraite puisse couvrir la totalité du passif à la liquidation. Dans les six mois suivant la date de prise d’effet de la liquidation, l’administrateur du régime doit déposer un rapport de liquidation faisant état de l’actif et du passif du régime à la date de la liquidation. Si le rapport révèle l’existence d’un déficit actuariel, l’employeur doit effectuer des paiements au titre du déficit de liquidation. Par conséquent, les al. 75(1)a) et b) établissent le montant des cotisations dues lors de la liquidation d’un régime.
4. Il est bien établi que la fiducie réputée en cas de liquidation s’applique aux cotisations visées à l’al. 75(1)a). La seule question à trancher est de savoir si elle s’applique aussi aux paiements au titre du déficit exigés par l’al. 75(1)b). J’y répondrais par l’affirmative, compte tenu du texte, du contexte et de l’objet de cette disposition.
5. Il est évident que le par. 57(4) de la *LRR* qui crée la fiducie réputée en cas de liquidation ne comporte aucune limite expresse aux « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » et je ne vois rien qui justifie d’exclure les cotisations prévues à l’al. 75(1)b). L’alinéa 75(1)a) prévoit expressément que l’employeur verse « un montant égal au total de tous les paiements » *accumulés*, même s’ils ne sont pas encore dus à la date de la liquidation, tandis que l’al. 75(1)b) parle d’un « montant » calculé à partir de la valeur de l’actif et du passif *accumulés*, lorsque le régime est liquidé. Voici le texte du par. 75(1) :

 **75.** (1) Si un régime de retraite est liquidé, l’employeur verse à la caisse de retraite :

a) d’une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n’ont pas été versés à la caisse de retraite;

b) d’autre part, un montant égal au montant dont :

 (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le surintendant déclare que le Fonds de garantie s’applique au régime de retraite,

 (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,

(iii) la valeur des prestations accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et qui résultent de l’application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l’article 74,

 dépassent la valeur de l’actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario.

1. Puisque le montant des paiements (al. 75(1)a)) et le montant établi en soustrayant l’actif du passif accumulé à la date de la liquidation (al. 75(1)b)) doivent tous les deux être versés à la liquidation à titre de cotisations de l’employeur, ils entrent tous les deux dans le sens ordinaire des mots employés au par. 57(4) de la *LRR* : « . . . montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Comme je l’ai mentionné, ce raisonnement est contesté en ce qui concerne l’al. 75(1)b), mais non l’al. 75(1)a).
2. L’appelante Sun Indalex avance que, puisque le montant définitif du déficit n’est établi que longtemps après la date de prise d’effet de la liquidation, on ne peut parler de passif accumulé relativement à cette obligation de l’employeur. Le contrôleur souligne en outre que les paiements qu’un employeur doit effectuer pour honorer ses obligations à la liquidation peuvent changer au cours des cinq ans sur lesquels ils peuvent s’échelonner aux termes de l’art. 31 du règlement général pris en application de la *LRR*, R.R.O. 1990, règl. 909. Pour illustrer leur argument, ces parties donnent l’exemple de ce qui s’est produit dans le cas du régime des salariés. En 2007-8, Indalex a comblé la majeure partie du déficit du régime des salariés, qui était estimé à 1,6 million de dollars en 2006. Toutefois, à la fin de 2008, la diminution de la valeur de l’actif de la caisse de retraite avait fait remonter le déficit de liquidation à 1,8 million de dollars. Selon cet argument, il ne peut s’agir d’un montant accumulé à la date de la liquidation, parce qu’il ne pouvait pas être établi avec certitude.
3. Contrairement à mon collègue le juge Cromwell, j’estime que cet argument n’est pas convaincant. Je souscris plutôt à l’opinion de la Cour d’appel sur ce point. La fiducie réputée s’applique aux « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Puisque les employés cessent d’accumuler des droits lorsque le régime est liquidé, les droits qui servent au calcul des cotisations ont tous été accumulés avant la date de la liquidation. Par conséquent, le passif correspondant aux obligations de l’employeur existe en entier — est accumulé — avant la liquidation. La différence entre le raisonnement que j’applique et celui du juge Cromwell réside dans le fait que le sien exige que le calcul puisse s’établir avant la date de la liquidation, tandis que je suis d’avis que la date où s’effectue le calcul est sans importance du moment que le passif est évalué à la date de la liquidation. Ni la date à laquelle le passif est *déclaré* ni l’*option* de l’employeur d’étaler ses cotisations comme le permet le règlement ne changent la nature juridique des cotisations.
4. Dans *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306, le juge Duff a examiné le sens du mot « *accrued* », l’équivalent anglais du mot « accumulé », pour interpréter la portée d’un covenant et il a tiré la conclusion suivante :

 [traduction] . . . suivant l’usage établi, le mot « accumulé », appliqué à un droit ou une obligation, signifie simplement entièrement constitué — et il peut avoir ce sens bien que le contexte indique que l’exercice de ce droit entièrement constitué ou l’exécution forcée de cette obligation entièrement constituée ne seront possibles que dans l’avenir — une dette, par exemple, qui est *debitum in praesenti solvendum in futuro*. [Je souligne; p. 312-313.]

1. Ainsi, une cotisation est « accumulée » lorsque le passif est entièrement constitué, même si le paiement lui-même ne devient exigible que plus tard. Cela signifie en l’espèce que le passif au titre des cotisations à la caisse destinée au paiement des prestations de retraite visées à l’al. 75(1)b) est entièrement constitué lorsque la liquidation a lieu, parce qu’aucun droit au titre de la pension ne prend naissance après cette date. Autrement dit, aucun passif ne s’accumule pendant ni après la liquidation. Même la portion des cotisations afférente aux options que les participants peuvent exercer lorsqu’il y a liquidation est « accumulé[e] à la date de la liquidation » parce qu’elle est fondée sur des droits que les employés ont acquis avant la date de la liquidation.
2. Le fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable (*Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.), p. 621). L’emploi du mot « accumulé » ne limite pas le passif aux seuls montants qui peuvent être établis avec précision. On peut donc considérer que le passif « accumulé » englobe les cotisations exigées à l’al. 75(1)b) de la *LRR.*
3. L’historique législatif étaye ma conclusion que la disposition établissant une fiducie réputée en cas de liquidation s’applique aux cotisations au titre du déficit de liquidation. Le législateur ontarien a systématiquement élargi la protection applicable aux cotisations aux régimes de retraite. Je ne puis donc retenir une interprétation qui ferait régresser la protection accordée aux employés. Mon collègue le juge Cromwell ayant cité les dispositions législatives pertinentes, je ne les reproduirai pas ici.
4. La loi initiale obligeait seulement l’employeur à effectuer les paiements nécessaires pour établir la solvabilité selon la norme applicable (*The Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 96, par. 22(2)), mais le législateur a par la suite protégé les employés au moyen d’une fiducie réputée grevant les biens de l’employeur d’un montant égal aux sommes retenues en tant que cotisations des employés et aux sommes dues par l’employeur (al. 23*a*, ajouté par *The Pension Benefits Amendment Act*, *1973,* S.O. 1973, ch. 113, art. 6). Dans une version subséquente, ce ne furent pas que les cotisations exigibles, mais également celles qui étaient accumulées qui ont été protégées, et le calcul s’en effectuait comme s’il y avait liquidation (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80).
5. Alors que *toutes* les cotisations de l’employeur étaient au départ régies par une seule disposition, le législateur a édicté, en 1980, une disposition distincte imposant expressément à l’employeur une obligation de capitalisation du déficit de liquidation. Il ressortait alors du libellé employé que le montant relatif au déficit à la liquidation était exclu de la protection conférée par la fiducie réputée (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*). En 1983, le législateur a établi une distinction entre la fiducie réputée applicable aux cotisations de l’employeur lorsque le régime est en vigueur et celle applicable à certains paiements en cas de liquidation du régime (al. 23(4)a) et 23(4)b), ajoutés par la *Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2, art. 3). Dans cette version, les paiements au titre du déficit de liquidation étaient toujours exclus de la fiducie réputée. En 1987, toutefois, le législateur a modifié encore une fois la protection, et c’est cette version qui régit, pour l’essentiel, la présente espèce. La *Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35, crée toujours une fiducie réputée distincte en cas de liquidation, mais cette fiducie n’exclut plus les paiements au titre du déficit parce que la limitation imposée jusqu’alors concernant les paiements dus ou accumulés pendant l’existence du régime a été abolie. Mes commentaires selon lesquels le libellé des anciennes versions excluait les paiements au titre du déficit de liquidation ne s’appliquent donc pas à la loi de 1987, parce que celle-ci est substantiellement différente.
6. Alors qu’il ressort clairement des modifications faites en 1983 que la fiducie réputée créée par l’al. 23(4)b) ne visait que les coûts afférents au service courant et les paiements spéciaux, cela n’est pas aussi clair dans les versions subséquentes de la *LRR*. Pour donner un sens aux modifications apportées en 1987, il faut conclure que leur libellé renvoie à une fiducie réputée couvrant *toutes* les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».
7. La responsabilité de l’employeur à la liquidation est maintenant établie dans un article unique qui fait élégamment écho à celui qui crée la fiducie réputée à la liquidation. L’historique législatif montre que la protection, qui couvrait d’abord (1) uniquement les cotisations dues, s’est étendue (2) aux montants payables calculés comme s’il y avait liquidation du régime, (3) puis aux montants dus ou accumulés à la liquidation, à l’exclusion des paiements au titre du déficit de liquidation (4) et, enfin, à tous les montants dus ou accumulés à la liquidation.
8. Selon moi, l’historique législatif mène donc à la conclusion qu’une interprétation étroite qui dissocierait le paiement requis de l’employeur par l’al. 75(1)b) de la *LRR* de celui exigé à l’al. 75(1)a) irait à l’encontre de la tendance du législateur ontarien à offrir une protection de plus en plus étendue. Puisque la disposition régissant les paiements à la liquidation décrit les montants qui sont alors dus, je ne vois aucune raison historique, juridique ou logique de conclure que la disposition établissant une fiducie réputée en cas de liquidation ne les englobe pas tous.
9. J’estime donc que le texte et le contexte du par. 57(4) se prêtent facilement à une interprétation qui englobe les paiements au titre du déficit de liquidation, et l’objet de cette disposition me conforte dans cette opinion. La disposition qui crée une fiducie réputée a une vocation réparatrice. Elle vise à protéger les intérêts des participants. Cet objet milite contre l’adoption de la portée limitée que proposent Indalex et certains des intervenants. En présence de priorités concurrentes entre créanciers, cette fin réparatrice favorise une interprétation qui inclut tous les paiements à la liquidation dans la valeur de la fiducie réputée pour que les participants bénéficient d’une vaste protection.
10. En résumé, le texte, l’historique législatif et l’objet des dispositions pertinentes concordent tous avec l’inclusion du déficit de liquidation dans la protection offerte aux participants à l’égard des cotisations de l’employeur à la liquidation des régimes. Je suis donc d’avis que la Cour d’appel a jugé à bon droit qu’Indalex était réputée détenir en fiducie le montant nécessaire pour combler le déficit de liquidation du régime des salariés dont la liquidation avait pris effet le 31 décembre 2006.
11. Il n’en va pas de même pour le régime des cadres. Contrairement au par. 57(3), selon lequel la fiducie réputée protégeant les cotisations de l’employeur existe pendant que le régime est en vigueur, le par. 57(4) prévoit que la fiducie réputée en cas de liquidation ne prend naissance qu’à la liquidation du régime. C’est ce que le législateur ontarien a décidé, et je n’interviendrai pas dans cette décision. Les droits résultant de la fiducie réputée ne prennent donc naissance que lorsque se réalise la condition préalable, c’est-à-dire lors de la liquidation du régime, et cela, même s’il est certain que le régime sera liquidé plus tard. Au moment de la vente, le régime des cadres était en voie de liquidation, mais non liquidé. La disposition relative à la fiducie réputée ne s’applique donc pas aux cotisations de l’employeur au titre du déficit de liquidation de ce régime.
12. La Cour d’appel, ne s’est pas prononcée sur l’existence d’une fiducie réputée à l’égard du régime des cadres, affirmant qu’il n’était pas nécessaire de trancher cette question. Elle a cependant exprimé des réserves au sujet d’un raisonnement qui empêcherait les participants au régime des cadres de bénéficier d’une fiducie réputée, ce qui ferait en sorte qu’une société placée sous la protection de la *LACC* pourrait éviter la priorité établie par la *LRR* à l’égard de la fiducie réputée en s’abstenant simplement de liquider un régime de retraite sous-capitalisé. Indalex aurait ainsi pu tabler sur sa propre inaction pour échapper aux conséquences d’une liquidation. Je ne suis pas convaincue que la crainte exprimée par la Cour d’appel ait une incidence sur la question de savoir si une fiducie réputée existe, et je doute que le simple refus de liquider un régime de retraite puisse permettre à un employeur d’échapper aux conséquences d’une telle sûreté. Le surintendant peut intervenir de diverses façons, notamment en ordonnant la liquidation du régime en application du par. 69(1) de la *LRR* dans diverses circonstances (voir l’al. 69(1)d) de la *LRR*). Le surintendant n’a pas choisi, en l’espèce, d’ordonner la liquidation.

B. *La fiducie réputée a-t-elle préséance sur la charge DE?*

1. La conclusion qu’une fiducie réputée protège les droits des participants au régime des salariés à l’égard de toutes les cotisations que l’employeur doit verser au régime de retraite des salariés à la liquidation ne signifie pas qu’une partie des sommes retenues par le contrôleur sur le produit de la vente doit être versée à la caisse de retraite des salariés. Ce sera le cas seulement si la priorité de rang accordée par la province aux participants au régime des salariés, au par. 30(7) de la *LSM*, fait en sorte que leur réclamation a préséance sur la charge DE.  Le paragraphe 30(7) prévoit ce qui suit :

 **30.** . . .

 (7)  La sûreté sur un compte ou un stock et le produit de ceux-ci est subordonnée à l’intérêt du bénéficiaire d’une fiducie réputée telle aux termes de la *Loi sur les normes d’emploi* ou de la *Loi sur les régimes de retraite*.

Le paragraphe 30(7) a pour effet de permettre aux participants au régime des salariés de recouvrer leur créance sur le fonds de réserve, dans la mesure où il se rapporte à un compte ou un stock ou au produit de ceux-ci en Ontario, par préséance sur tous les autres créanciers garantis.

1. Les appelants avancent que toute fiducie réputée d’origine provinciale est subordonnée à la charge DE autorisée par l’ordonnance fondée sur la *LACC*. Ils invoquent deux arguments principaux à cet égard. Premièrement, la fiducie réputée créée par la *LRR* ne s’appliquerait pas dans une instance relevant de la *LACC* parce que les priorités applicables sont celles qui sont établies par le régime fédéral en matière d’insolvabilité et que les fiducies réputées d’origine provinciale n’en font pas partie. Deuxièmement, ils plaident que, selon la doctrine de la prépondérance fédérale, la charge DE a préséance sur la fiducie réputée créée par la *LRR*.
2. Le premier argument des appelants élargirait la portée de l’arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, de façon que les priorités fédérales en matière de faillite s’appliquent aux instances fondées sur la *LACC*, ce qui ferait que les créances seraient traitées de façon identique sous le régime de la *LACC* et de la *LFI*. Dans *Century Services*, la Cour a indiqué qu’il existe des points de convergence entre les deux régimes :

 Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d’échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. [par. 23]

1. Pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère des droits analogues aux créanciers. Il ne s’ensuit toutefois pas pour autant que les tribunaux peuvent à leur gré inclure par interprétation dans la *LACC* les priorités applicables en matière de faillite. Les priorités dont bénéficient les créanciers sont définies par la législation provinciale, à moins que ces droits soient écartés par une loi fédérale. Le législateur fédéral n’a pas expressément édicté que toutes les priorités établies en matière de faillite s’appliquent aux instances relevant de la *LACC* ou aux propositions régies par la *LFI*. Bien que les créanciers d’une société tentant de se réorganiser puissent, dans leurs négociations, tenir compte des droits qu’ils pourraient exercer en cas de faillite, ces droits ne constituent rien de plus qu’une considération tant que la faillite n’est pas survenue. Au début des procédures en matière d’insolvabilité, Indalex a choisi un processus régi par la *LACC*, ne laissant aucun doute sur le fait que, bien qu’elle cherchât à protéger les emplois, elle ne demeurerait pas leur employeur. Nous ne sommes pas en présence d’un cas où l’échec d’un arrangement a entraîné la liquidation d’une société sous le régime de la *LFI*. Indalex a atteint l’objectif qu’elle poursuivait. Elle a choisi de vendre son actif sous le régime de la *LACC*, et non sous celui de la *LFI*.
2. La fiducie réputée créée par la *LRR* continue de s’appliquer dans les instances relevant de la *LACC*, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale (*Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3,[2004] 1 R.C.S. 60, par. 43). La Cour d’appel a donc jugé à bon droit que, à l’issue d’un processus de liquidation relevant de la *LACC*, les priorités peuvent être établies selon le régime prévu dans la *LSM*, plutôt que selon le régime fédéral établi dans la *LFI*.
3. Selon le deuxième argument des appelants, une ordonnance accordant priorité aux participants en raison de la fiducie réputée créée par le législateur ontarien serait inconstitutionnelle, parce qu’elle entrerait en conflit avec l’ordonnance fondée sur la *LACC* qui donne priorité à la charge DE. La doctrine de la prépondérance fédérale résoudrait ce conflit, en rendant la loi provinciale inopérante dans la mesure de son incompatibilité avec la loi fédérale.
4. Pour statuer sur l’applicabilité de la doctrine de la prépondérance fédérale dans le présent contexte, il faut d’abord trancher une question préliminaire. Cette question découle de la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle, bien que le tribunal fût habilité à autoriser une charge DE ayant priorité de rang sur la fiducie réputée, l’ordonnance du tribunal en l’espèce n’avait pas eu cet effet parce que la doctrine de la prépondérance fédérale n’avait pas été invoquée. Il s’ensuivait que la priorité de rang de la fiducie réputée sur les créanciers garantis établie au par. 30(7) de la *LSM* demeurait applicable et que la créance des participants avait préséance sur celle des prêteurs DE découlant de l’ordonnance rendue sous le régime de la *LACC*.
5. Avec égards, je ne puis souscrire à cette conception de la doctrine de la prépondérance fédérale. Cette doctrine résout les conflits d’application entre des lois provinciales et fédérales validement adoptées qui empiètent l’une sur l’autre (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 32 et 69). La prépondérance est une question de droit, si bien que, sous réserve de l’application des règles régissant l’admissibilité de nouveaux éléments de preuve, elle peut être soulevée même si elle n’a pas été invoquée dans une procédure initiale.
6. La partie qui invoque la prépondérance fédérale doit « démontrer une incompatibilité réelle entre les législations provinciale et fédérale, en établissant, soit qu’il est impossible de se conformer aux deux législations, soit que l’application de la loi provinciale empêcherait la réalisation du but de la législation fédérale » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 75). Notre Cour a déjà appliqué la doctrine de la prépondérance au domaine de la faillite et de l’insolvabilité, et elle a conclu que des mesures législatives provinciales, comme la création d’une fiducie réputée, ne peuvent porter atteinte à des priorités établies par le législateur fédéral (*Husky Oil*).
7. Ni la validité de la disposition fédérale habilitant le tribunal chargé d’appliquer la *LACC* à rendre une ordonnance autorisant une charge DE, ni celle de la disposition provinciale créant la priorité de rang de la fiducie réputée ne sont contestées. Toutefois, lorsqu’elle examine la validité de l’atteinte portée à une priorité d’origine provinciale par le tribunal chargé d’appliquer la *LACC* dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’évaluer une réclamation, la cour siégeant en révision ne doit pas perdre de vue la règle d’interprétation formulée dans *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (p. 356), et reproduite dans *Banque canadienne de l’Ouest* (par. 75) :

 Chaque fois qu’on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu’elle n’entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit.

1. En l’espèce, le juge qui a autorisé la charge DE sous le régime de la *LACC* n’a pas pris en compte le fait que les participants au régime des salariés avaient une créance protégée par une fiducie réputée, et il n’a pas non plus mentionné expressément que les créanciers ordinaires, tels les participants au régime des cadres, n’avaient pas reçu avis de la motion en autorisation du prêt DE. Il a toutefois examiné des facteurs se rapportant à la fin réparatrice de la *LACC* et conclu qu’Indalex avait effectivement démontré que la réalisation des objets de la *LACC* serait compromise en l’absence de la charge DE. Je crois utile de citer les motifs qu’il a exprimés à l’appui de sa décision d’autoriser la charge DE le 17 avril 2009 ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61) :

 [traduction]

a) les requérantes ont besoin de fonds supplémentaires pour soutenir l’exploitation pendant leur période de restructuration sur la base de la continuité;

b) la marge de manœuvre que le financement DE procurerait aux requérantes aurait l’avantage de leur permettre de trouver une solution préservant la continuité de leur exploitation;

c) les requérantes ne disposent d’aucune autre solution permettant la continuité de l’exploitation;

d) vu le degré d’intégration de l’exploitation d’Indalex Canada et d’Indalex É.-U., une solution indépendante est irréaliste;

e) vu les biens fournis en garantie par Indalex É.-U., le contrôleur juge peu probable qu’il faille réaliser la garantie postérieure au début de l’instance consentie à l’égard des avances supplémentaires aux É.-U. et il est convaincu que les avantages pour les intéressés dépassent de beaucoup le risque associé à cet aspect de la garantie;

f) les avantages du financement DE pour les intéressés et les créanciers l’emportent sur tout préjudice que pourrait causer aux créanciers non garantis l’octroi d’un financement garanti par une superpriorité grevant l’actif des requérantes;

g) l’avocat du contrôleur a examiné la garantie antérieure au début de l’instance, et il appert que la garantie postérieure au début de l’instance ne placera pas les créanciers non garantis des débiteurs canadiens dans une situation pire que celle où ils se trouvaient avant l’introduction de l’instance fondée sur la LACC, en raison des restrictions applicables à la garantie canadienne établies dans le projet d’ordonnance initiale modifiée et reformulée . . .

h) la prépondérance des inconvénients favorise l’approbation du financement DE. [par. 9]

1. Étant donné qu’il n’existait aucune autre solution pour préserver la continuité de l’exploitation, il est difficile d’accepter l’insinuation sans nuance de la Cour d’appel que les prêteurs DE auraient accepté que leur réclamation soit subordonnée à celles fondées sur la fiducie réputée. Rien dans la preuve présentée n’accrédite un tel scénario. Non seulement les conclusions de fait du juge chargé d’appliquer la *LACC* le contredisent, mais il a été démontré maintes et maintes fois que [traduction] « la priorité accordée au financement DE constitue un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 97). La dure réalité est que l’octroi de prêts est régi par les impératifs commerciaux des prêteurs, et non par les intérêts des participants ou par les considérations de politique générale qui ont incité les législateurs provinciaux à protéger les bénéficiaires de caisses de retraite. Les motifs exposés par le juge Morawetz lorsque, le 12 juin 2009, les participants au régime des cadres ont demandé pour la première fois que leurs droits soient réservés sont révélateurs. Selon lui, toute incertitude quant à savoir si les prêteurs refuseraient de consentir des avances ou s’ils auraient priorité dans le cas où des avances seraient consenties [traduction] « n’améliorerait pas la situation ». Il a conclu qu’en l’absence de solution de rechange la réparation demandée était « nécessaire et appropriée » (2009 CanLII 37906, par. 7-8).
2. En l’occurrence, le respect du droit provincial implique nécessairement le non-respect de l’ordonnance rendue en vertu du droit fédéral. D’un côté, le par. 30(7) de la *LSM* exige qu’une partie du produit de la vente lié aux biens décrits dans la loi provinciale soit versée à l’administrateur du régime de retraite par priorité sur les paiements aux autres créanciers garantis. D’un autre côté, l’ordonnance initiale modifiée accorde à la charge DE priorité sur [traduction] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative ou autre » (par. 45). Accorder priorité aux prêteurs DE relègue à un rang inférieur les créances des autres intéressés, notamment les participants. Cette priorité d’origine judiciaire fondée sur la *LACC* a le même effet qu’une priorité d’origine législative.  Les dispositions fédérales et provinciales sont inconciliables, car elles produisent des ordres de priorité différents et conflictuels. L’application de la doctrine de la prépondérance fédérale donne à la charge DE priorité sur la fiducie réputée.

C. *Indalex avait-elle des obligations fiduciaires envers les participants?*

1. Le fait que la charge DE ait préséance sur la fiducie réputée ou que les intérêts des participants au régime des cadres ne soient pas protégés par la fiducie réputée ne signifient pas que les participants n’ont pas le droit de recevoir un montant prélevé sur le fonds de réserve. Il faut encore examiner s’il est possible et s’il y a lieu d’imposer une réparation en equity — pouvant avoir préséance sur toutes les priorités — pour manquement par Indalex à une obligation fiduciaire.
2. La première étape de l’analyse relative à une obligation fiduciaire consiste à déterminer si de telles obligations existent et dans quel contexte elles s’appliquent. La Cour a reconnu que, dans certaines circonstances, l’administrateur d’un régime de retraite a des obligations fiduciaires envers les participants en vertu tant de la common law que de la législation (*Burke c. Cie de la Baie d’Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, par. 41). Il est clair que la relation entre les participants et Indalex, en sa qualité d’administrateur des régimes, présente les caractéristiques d’une relation fiduciaire. Ni Sun Indalex ni le contrôleur ne le contestent.
3. Sun Indalex et le contrôleur font cependant valoir que l’employeur n’est tenu à une obligation fiduciaire que lorsqu’il agit en qualité d’administrateur des régimes — lorsqu’il porte son « chapeau » d’administrateur des régimes. Hors du contexte de l’administration des régimes, lorsque le conseil d’administration prend des décisions dans l’intérêt supérieur de la société, il porte uniquement son « chapeau » de gestionnaire de la société. Selon cette optique, les décisions de l’employeur concernant la gestion de l’entreprise ne sont pas assujetties aux obligations fiduciaires de la société envers les participants à son régime de retraite et, par conséquent, ne peuvent entrer en conflit avec les intérêts des participants. Je ne puis accepter cette interprétation lorsqu’il s’agit de déterminer la portée des obligations fiduciaires qui incombent à un employeur en sa qualité d’administrateur d’un régime de retraite.
4. Seules peuvent administrer un régime de retraite les personnes ou entités qui y sont autorisées par la *LRR* (par. 1(1) et al. 8(1)a)). L’employeur fait partie de ces personnes ou entités. L’employeur constitué en société qui décide d’agir en qualité d’administrateur d’un régime accepte les obligations fiduciaires inhérentes à cette fonction. Puisque les administrateurs d’une société ont aussi une obligation fiduciaire envers la société, le fait que l’employeur puisse agir en qualité d’administrateur d’un régime de retraite signifie que l’al. 8(1)a) de la *LRR* repose sur la prémisse que les décisions de gestion de l’entreprise prises par les administrateurs n’engendreront pas toujours un conflit avec les obligations de la société envers les participants au régime de retraite. L’employeur doit toutefois être prêt à résoudre les conflits lorsqu’ils surgissent. Une procédure de réorganisation impose inévitablement un poids à un débiteur, mais ce fardeau ne libère pas l’employeur qui agit en qualité d’administrateur d’un régime de retraite de ses obligations fiduciaires.
5. Le paragraphe 22(4) de la *LRR* interdit expressément à l’administrateur d’un régime de permettre que son intérêt entre en conflit avec ses obligations à l’égard du régime de retraite. Par conséquent, l’employeur dont le propre intérêt ne coïncide pas avec celui des participants au régime doit se demander si cette divergence d’intérêts peut susciter un conflit et, le cas échéant, ce qu’il faut faire pour le résoudre. Lorsqu’il y a effectivement conflit, la métaphore des deux « chapeaux » n’est selon moi d’aucun secours. La solution ne consiste pas à déterminer si une décision peut être classifiée comme se rattachant à la gestion de la société ou à l’administration du régime de retraite. L’employeur peut très bien prendre une décision judicieuse concernant la gestion de la société et, néanmoins, porter préjudice aux intérêts des participants au régime. L’employeur qui administre un régime de retraite n’est pas autorisé à négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime et à favoriser les intérêts concurrents de la société sous prétexte qu’il porte le « chapeau » de dirigeant de la société. Ce sont les conséquences d’une décision, et non sa nature qui doivent être prises en compte.
6. Lorsque les intérêts de la société que l’employeur tente de servir se heurtent à ceux que l’employeur a le devoir de protéger en qualité d’administrateur du régime, il faut trouver une façon de veiller sur les intérêts des participants. Cela peut vouloir dire que la société les tiendra informés, qu’elle trouvera un administrateur substitut pour le régime, qu’elle nommera un avocat pour représenter les participants ou qu’elle résoudra le conflit par un autre moyen. La solution doit être adaptée au problème, et une solution donnée ne vaudra pas nécessairement pour tous les cas.
7. En l’espèce, il y avait bien conflit entre les obligations fiduciaires qui incombaient à Indalex en sa qualité d’administrateur des régimes et les décisions de gestion qu’elle devait prendre dans le meilleur intérêt de la société. Indalex avait certaines responsabilités en sa qualité d’administrateur des régimes. Par exemple, le par. 56(1) de la *LRR* l’obligeait à veiller à ce que les cotisations soient payées à leur date d’exigibilité et, si elles ne l’étaient pas, le par. 56(2) exigeait qu’elle en avise le surintendant. Il incombait également à Indalex, aux termes de l’art. 59, d’introduire une instance devant un tribunal compétent pour obtenir le paiement des cotisations dues, mais impayées. Indalex, en tant qu’employeur, a acquitté toutes les cotisations dues. Son insolvabilité compromettait toutefois le paiement des cotisations accumulées à la date de la liquidation. En cas d’insolvabilité, la créance de l’administrateur d’un régime à l’égard des cotisations accumulées constitue une réclamation prouvable.
8. Dans le contexte de la présente affaire, le fait qu’Indalex pouvait, en sa qualité d’administrateur des régimes de retraite, avoir à se réclamer à elle-même les cotisations accumulées l’amènerait à devoir adopter simultanément des positions opposées quant à savoir si des cotisations s’étaient accumulées à la date de la liquidation et si les déficits de capitalisation étaient protégés par une fiducie réputée. Cet exemple démontre qu’il existait manifestement un conflit entre les intérêts d’Indalex et ceux des participants. Indalex aurait dû prendre des mesures pour assurer la protection des intérêts des participants dès qu’elle a constaté, ou qu’elle aurait dû constater, l’existence d’un conflit potentiel. Elle ne l’a pas fait. Elle a, au contraire, contesté la position défendue par les participants. Elle a donc, à tout le moins, manqué à son obligation d’éviter les conflits d’intérêts (par. 22(4) *LRR*).
9. Comme les participants demandent une réparation en equity, il importe d’établir à quel moment Indalex aurait dû prendre des mesures pour veiller à ce que leurs intérêts soient protégés. Soulignons au préalable que l’analyse d’un conflit d’intérêts doit s’appuyer sur un contexte factuel et qu’il n’est ni nécessaire ni utile de tenter de décrire toutes les situations dans lesquelles un conflit est susceptible de surgir.
10. L’insolvabilité, comme je l’ai déjà mentionné, met en péril les cotisations de l’employeur. Cela ne signifie pas pour autant que la seule décision d’engager une procédure en matière d’insolvabilité constitue un manquement à une obligation fiduciaire. Le président d’Indalex à l’époque, M. Timothy R. J. Stubbs, a expliqué pourquoi une procédure en matière d’insolvabilité avait été engagée, le 3 avril 2009, dans une situation d’urgence. La dette d’Indalex envers son prêteur était en souffrance, la société s’exposait à des poursuites pour factures impayées, elle avait reçu un avis de résiliation de son assureur qui prenait effet le 6 avril et ses fournisseurs ne lui faisaient plus crédit. Indalex devait donc agir de toute urgence, avant qu’un créancier n’entame une procédure de mise en faillite, ce qui aurait compromis la poursuite de l’exploitation de l’entreprise et le maintien des emplois. Plusieurs raisons m’amènent à conclure que la suspension demandée en l’espèce n’a pas en elle-même placé Indalex en conflit d’intérêts.
11. Premièrement, la suspension ne fait que figer les droits des parties. La plupart du temps, elle s’obtient *ex parte*. C’est notamment pour éviter que les créanciers se ruent devant les tribunaux pour tenter d’obtenir des avantages que les procédures en matière d’insolvabilité ne leur procureraient pas qu’on s’abstient de donner avis de la motion initiale en suspension. Il semble plus équitable d’appliquer un processus unique au plus grand nombre possible de créanciers. Dans ce contexte, les participants sont sur le même pied que les autres créanciers, et ils ne bénéficient d’aucun droit spécial de recevoir un avis. Deuxièmement, l’une des conclusions de l’ordonnance demandée par Indalex exigeait que, sous réserve de quelques exceptions, tous les créanciers reçoivent signification de l’ordonnance dans un délai de 10 jours. L’avis permettait à tout intéressé de demander une modification de l’ordonnance. Troisièmement, Indalex était autorisée à verser toutes les prestations de retraite. Même si l’ordonnance excluait les paiements spéciaux de solvabilité, elle ne réglait pas les droits concurrents des créanciers, et la suspension permettait aux participants de présenter leurs arguments au sujet de la fiducie réputée, alors qu’ils en auraient tout simplement perdu le bénéfice dans le contexte d’une faillite, qui était la solution de rechange.
12. Bien que la suspension en elle-même n’ait pas placé Indalex en situation de conflit d’intérêts, les procédures qui ont suivi ont eu des conséquences négatives. Le 8 avril 2009, Indalex a déposé une motion en modification et reformulation de l’ordonnance initiale pour demander un financement DE. Cette motion avait été prévue. M. Stubbs avait mentionné dans son affidavit à l’appui de la demande d’ordonnance initiale que les prêteurs avaient consenti au financement, mais qu’Indalex devrait être autorisée à obtenir le financement pour poursuivre ses activités. Toutefois, le 8 avril, l’ordonnance initiale n’avait pas encore été signifiée aux participants. Un court préavis avait été donné au Syndicat, plutôt qu’à chacun des participants, mais le Syndicat n’a pas comparu. Les participants n’étaient tout simplement pas représentés lors de l’examen de la motion en modification de l’ordonnance initiale de suspension et en autorisation d’accorder la charge DE.
13. En demandant au tribunal d’autoriser une forme de financement selon laquelle un créancier se verrait accorder priorité sur tous les autres, Indalex demandait au tribunal chargé d’appliquer la *LACC* de faire échec à la priorité dont bénéficiaient les participants. Il s’agit d’un cas où les administrateurs d’Indalex ont permis que les intérêts de la société l’emportent sur ceux des participants. Ce faisant, ils ont peut-être rempli leurs obligations fiduciaires envers Indalex, mais ils ont fait en sorte qu’Indalex a manqué à ses obligations en tant qu’administrateur des régimes. L’intérêt de la société consistait à rechercher la meilleure façon de survivre dans un contexte d’insolvabilité. La poursuite de cet intérêt était incompatible avec le devoir de l’administrateur des régimes envers les participants de veiller à ce que toutes les cotisations soient versées aux caisses de retraite. En l’occurrence, ce devoir de l’administrateur des régimes impliquait, plus particulièrement, qu’il donne à tout le moins aux participants la possibilité d’exposer leurs arguments. Cela signifiait, au minimum, que les participants avaient droit à un avis raisonnable de la motion en autorisation du financement DE. La teneur de cette motion, présentée sans avis convenable, allait à l’encontre des intérêts des participants. Étant donné qu’Indalex soutenait la motion visant l’octroi d’une priorité à son prêteur, elle ne pouvait pas simultanément défendre l’existence d’une priorité fondée sur la fiducie réputée.
14. La Cour d’appel a constaté d’autres manquements. Je partage l’opinion du juge Cromwell qu’aucune des procédures subséquentes n’a porté atteinte aux droits des participants. La suite des événements, notamment la deuxième motion en approbation du financement DE et le processus de vente, était prévisible et, à cet égard, typique des réorganisations. Dans tous les cas, des avis ont été donnés. Les participants ont été représentés par des avocats compétents. Fait plus important, le tribunal a ordonné que des fonds soient réservés et qu’une audience soit tenue pour que les questions en litige soient pleinement débattues.
15. Le contrôleur et George L. Miller, le syndic de faillite d’Indalex É.-U., soutiennent que les participants auraient dû interjeter appel de l’ordonnance initiale modifiée autorisant la charge DE et qu’ils ne devaient pas être admis à prétendre plus tard que leur créance avait priorité sur celle des prêteurs DE. Ils plaident que la règle interdisant les contestations indirectes empêche les participants de contester l’ordonnance autorisant le financement DE. Cet argument n’est pas convaincant. Les participants n’ont pas reçu avis de la motion demandant au tribunal d’autoriser le financement DE. L’avocat des participants au régime des cadres a défendu leur position dès qu’il a pu le faire et l’a réitérée chaque fois qu’il en a eu l’occasion. À l’audition de la motion visant l’augmentation du prêt DE, il n’a retiré leur opposition que lorsqu’on lui a dit que son seul objet était d’augmenter le montant du prêt autorisé. Le juge chargé d’appliquer la *LACC* a fixé une date d’audience expressément pour la présentation des arguments qu’Indalex aurait pu faire valoir, en qualité d’administrateur des régimes, lorsqu’elle a demandé la modification de l’ordonnance initiale. La règle interdisant les contestations indirectes ne peut donc être invoquée maintenant pour empêcher les participants de défendre leurs intérêts.

D. *Y a-t-il lieu d’accorder une réparation en equity en l’espèce?*

1. La définition d’un « créancier garanti » à l’art. 2 de la *LACC* inclut la fiducie relative aux biens du débiteur. L’ordonnance initiale modifiée donne à la créance des prêteurs DE priorité sur toute fiducie [traduction] « d’origine législative ou autre » (par. 45). Indalex É.-U. a été subrogée aux prêteurs DE en conséquence de la garantie consentie dans la convention de prêt DE.
2. L’avocat des participants au régime des cadres soutient que, selon le principe de la subordination reconnue en equity, la créance d’Indalex É.-U. fondée sur la subrogation est subordonnée à celle des participants. Dans *Société d’assurance-dépôt du Canada c. Banque Commerciale du Canada*, [1992] 3 R.C.S. 558, notre Cour a examiné le principe de la subordination reconnue en equity. Elle ne l’a toutefois pas entériné, reportant l’examen de cette question à un autre moment (p. 609). Je n’ai pas non plus besoin de l’entériner ici. Il suffit de mentionner que la preuve ne révèle aucune inconduite ni injustice de la part des prêteurs, et qu’aucune partie ne conteste la validité du paiement, par Indalex É.-U., des 10 millions de dollars américains manquants.
3. Reste donc la fiducie par interprétation imposée par la Cour d’appel. Il est bien établi en droit qu’une réparation de la nature d’un droit de propriété n’est généralement accordée qu’à l’égard d’un bien ayant un lien direct avec un acte fautif ou d’un bien qui peut être rattaché à un tel bien. Je partage l’avis de mon collègue le juge Cromwell que cette condition n’est pas remplie en l’espèce et je souscris à ses motifs sur ce point.
4. En outre, je considère qu’il était déraisonnable pour la Cour d’appel de modifier l’ordre de priorité. Le manquement à l’obligation fiduciaire constaté en l’espèce consiste essentiellement en l’absence d’avis. Puisque les participants ont été autorisés à présenter leurs arguments lors d’une audience spécialement tenue pour statuer sur leurs droits, le tribunal chargé d’appliquer la *LACC* était pleinement en mesure d’évaluer la position des parties.
5. De plus, je vois difficilement comment les participants auraient pu améliorer leur position même s’ils avaient reçu avis de la motion en modification de l’ordonnance initiale. Le juge chargé d’appliquer la *LACC* a clairement indiqué que la seule solution permettant la vente de l’actif en tant qu’entreprise en exploitation était le financement DE — et la logique appuie cette conclusion. Les participants n’ont présenté aucune preuve contraire. Leur argumentation est uniquement fondée sur des conjectures. Ils invoquent d’autres affaires où des participants à des régimes ont reçu un avis et ont pu défendre pleinement leur position. Or, dans aucun des exemples qu’ils citent, les intéressés n’ont pu obtenir d’avantages additionnels. Qui plus est, les participants en l’espèce ont pu faire valoir pleinement leur position. Par conséquent, bien qu’Indalex ait manqué à son obligation fiduciaire d’informer les participants de la motion en modification de l’ordonnance initiale, leur créance demeure subordonnée à celle d’Indalex É.-U.

IV. Conclusion

1. Il existe des raisons valables d’accorder une protection spéciale aux participants à un régime de retraite lors de procédures en matière d’insolvabilité. Le législateur a envisagé la possibilité de leur accorder cette protection lorsqu’il a édicté les modifications les plus récentes à la *LACC*, mais il a décidé de s’en abstenir (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*,L.C. 2007, ch. 36, entrée en vigueur le 18 septembre 2009, TR/2009-68; voir aussi le projet de loi C-501, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et d’autres lois (protection des prestations)*, 3e sess., 40e lég., 24 mars 2010 (modifié par la suite par le Comité permanent de l’industrie, des sciences et de la technologie, 1er mars 2011)). Un rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a expliqué ainsi le choix fait par le législateur :

 Conscients de la vulnérabilité des actuels retraités, nous n’estimons toutefois pas qu’il faudrait modifier pour le moment les dispositions de la LFI concernant les créances liées à des retraites. Actuellement les retraités peuvent recevoir des prestations des Régimes de pensions du Canada et de rentes du Québec, de la Sécurité de la vieillesse et du Supplément de revenu garanti et disposent souvent d’économies personnelles et de REER pouvant leur assurer un revenu à la retraite. Il faut trouver un juste équilibre entre, d’une part, le souhait exprimé par certains de nos témoins de mieux protéger les retraités et les actuels cotisants à un régime de retraite professionnel et, d’autre part, les intérêts des autres. Nous le répétons, l’insolvabilité se caractérise de par sa nature même par des actifs insuffisants pour répondre aux besoins de chacun, et il faut faire des choix.

 Le Comité estime que, si l’on accordait la protection qu’ont demandée certains témoins, cela serait tellement injuste pour les autres intervenants qu’il ne peut le recommander. Par exemple, nous estimons qu’une superpriorité ou un fonds pourraient indûment réduire les fonds à répartir entre les créanciers. La disponibilité et le coût du crédit pourraient être touchés, de même que, par ricochet, tous les demandeurs de crédit au Canada.

(*Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2003), p. 109-110; voir aussi p. 98.)

1. Dans une procédure en matière d’insolvabilité, le tribunal chargé d’appliquer la *LACC* doit prendre en compte les obligations fiduciaires de l’employeur envers les participants en sa qualité d’administrateur de leurs régimes de retraite. Il doit accorder une réparation lorsque cette mesure est indiquée. Cependant, le tribunal ne doit pas utiliser l’equity pour accomplir ce qu’il aurait souhaité que le législateur fît.
2. Les participants ayant obtenu gain de cause sur les questions de la fiducie réputée et des obligations fiduciaires, je suis d’avis de ne les condamner aux dépens ni devant la Cour d’appel, ni devant notre Cour.
3. Je suis donc d’avis d’accueillir les pourvois principaux sans dépens devant notre Cour, d’annuler les ordonnances rendues par la Cour d’appel, à l’exception de celles figurant aux par. 9 et 10 du jugement de la Cour d’appel concernant l’appel des anciens cadres, et de rétablir les ordonnances du juge Campbell datées du 18 février 2010. Je suis d’avis de rejeter sans dépens le pourvoi du Syndicat des Métallos sur la question des dépens.

 Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Cromwell rendus par

 Le juge Cromwell —

I. Introduction

1. L’insolvabilité d’une entreprise met en péril de nombreux intérêts. Le créancier pourrait ne pas recouvrer sont dû, l’investisseur, perdre la somme investie et l’employé, se retrouver sans emploi. Lorsque l’entreprise est le promoteur du régime de retraite de ses employés, les prestations promises par le régime ne sont pas à l’abri du risque couru. Les faits à l’origine des présents pourvois illustrent la concrétisation de ce risque. Régimes de retraite et créanciers se retrouvent dans une situation où, à cause de l’insuffisance de l’actif, les uns sauvent leur mise, les autres non. De manière très générale, le présent pourvoi soulève la question de savoir de quelle manière le droit pondère les intérêts des bénéficiaires d’un régime de retraite et ceux d’autres créanciers.
2. Devenue insolvable, Indalex Limited, le promoteur et l’administrateur des régimes de retraite des salariés, a demandé la protection contre ses créanciers en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »). Toutes les cotisations pour service courant avaient alors été perçues, mais l’actif des régimes de retraite de la société ne permettait pas de verser aux participants les prestations de retraite promises. La société a pris une série de mesures, avalisées par le tribunal et jugées servir au mieux les intérêts de tous les intéressés, dont l’emprunt d’importantes sommes pour la poursuite de ses activités. Les personnes qui ont alors injecté les sommes nécessaires ont obtenu une superpriorité sur toutes les réclamations des autres créanciers. La vente de l’entreprise a permis la préservation de centaines d’emplois, mais le produit touché était inférieur à la dette. Le rang des réclamations des bénéficiaires des régimes de retraite a dès lors fait l’objet d’un litige. L’appelante, Sun Indalex Finance, LLC, a soutenu que sa créance avait préséance sur toutes les autres du fait de la superpriorité obtenue dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*. Le syndic de faillite des débitrices américaines (George L. Miller) et le contrôleur (FTI Consulting) se sont constitués parties appelantes. Les bénéficiaires des régimes de retraite ont fait valoir qu’ils avaient priorité en raison de la fiducie qui est réputée exister suivant la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* ») et de la fiducie par interprétation qui résultait des manquements allégués de la société à ses obligations fiduciaires.
3. La Cour d’appel de l’Ontario a donné raison aux bénéficiaires des régimes de retraite, et Sun Indalex, le syndic de faillite et le contrôleur se pourvoient aujourd’hui devant notre Cour. Voici les points de droit précis qui sont en litige :

A. La Cour d’appel a-t-elle eu tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR* s’appliquait au déficit de liquidation du régime des salariés?

B. A-t-elle eu tort de conclure qu’Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires en tant qu’administrateur des régimes de retraite et d’imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation?

C. A-t-elle eu tort de conclure que la superpriorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* ne conférait pas de préséance par application de la prépondérance fédérale?

D. Sa décision sur les dépens du Syndicat des Métallos (le « Syndicat ») est-elle entachée d’une erreur?

1. J’estime que la fiducie réputée ne vise pas les fonds en cause et, même si elle les visait, la superpriorité l’emporterait sur elle. Je conclus que la société a manqué à ses obligations d’administrateur des régimes et que les bénéficiaires auraient dû obtenir de meilleures garanties procédurales dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*. Cependant, j’estime que la Cour d’appel a tort de recourir à la fiducie par interprétation — une réparation en equity — pour écarter la superpriorité accordée par le tribunal saisi sur le fondement de la *LACC*. Je suis donc d’avis d’accueillir les principaux pourvois.

II. Faits et jugements dont appel

A. *Aperçu*

1. Les présents pourvois ont pour objet les sommes que les participants des régimes de retraite réclament au promoteur et administrateur des régimes, lequel est devenu insolvable.
2. Indalex Limited est la société mère de trois sociétés canadiennes inactives. Dans les présents motifs, Indalex Limited s’entend de la société à titre individuel, et « Indalex » du groupe de sociétés collectivement, sauf lorsque le contexte commande plus de précision. Indalex Limited est la filiale à cent pour cent de sa société mère américaine, Indalex Holding Corp., qui possédait et exploitait des entreprises connexes aux États-Unis par l’intermédiaire de ses filiales américaines (ci-après, les « débitrices américaines »).
3. Fin mars et début avril 2009, Indalex et les débitrices américaines sont devenues insolvables et ont demandé la protection contre leurs créanciers en application de la *LACC*, dans le cas d’Indalex, et du *United States Bankruptcy Code*, 11 U.S.C., chap. 11, dans le cas des débitrices américaines. Le litige à l’origine des pourvois porte sur la priorité accordée aux prêteurs dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* en contrepartie des fonds avancés à Indalex et sur la question de savoir si cette priorité vaut à l’égard des réclamations de deux des régimes de retraite d’Indalex quant aux sommes qui leur sont dues.
4. Indalex était le promoteur et l’administrateur de deux régimes enregistrés de retraite touchés par cette procédure, l’un pour les salariés, l’autre pour les cadres. Au moment où la protection a été demandée sous le régime de la *LACC*, le régime des salariés était en cours de liquidation — celle-ci devant avoir lieu le 31 décembre 2006 —, et on estimait qu’il en résulterait un déficit (fin 2007) d’environ 2,252 millions de dollars. Le régime des cadres, qui n’était pas en voie de liquidation, n’admettait plus de nouveaux participants depuis 2005. On estimait que son déficit de liquidation s’élèverait à environ 2,996 millions de dollars. Au moment d’engager la procédure fondée sur la *LACC*, toutes les cotisations normales pour service courant avaient été versées aux deux régimes.
5. Peu de temps après qu’Indalex eut obtenu la protection prévue par la *LACC*, le juge saisi l’a autorisée à obtenir un financement à titre de débiteur-exploitant (« DE ») afin qu’elle puisse poursuivre ses activités. Le tribunal a alors accordé aux prêteurs DE, un groupe de banques, une sûreté ayant priorité sur [traduction] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative ou autre » (ordonnance initiale, par. 35 (d.a. conjoint, vol. I, p. 123-124)). Les débitrices américaines garantissaient le remboursement de ces sommes.
6. Finalement, sur approbation du tribunal saisi sur le fondement de la *LACC*, Indalex a vendu son entreprise, mais l’acquéreur n’a pas repris à son compte les engagements de retraite. Le contrôleur nommé en vertu de la *LACC* a établi un fonds de réserve pour donner suite aux réclamations formulées dans l’éventualité où il y serait fait droit. Le produit de la vente n’étant pas suffisant pour rembourser les prêteurs DE, les débitrices américaines, qui s’étaient portées cautions, ont payé la différence et acquis de ce fait la créance prioritaire des prêteurs DE.
7. L’appelante, Sun Indalex, était un créancier garanti d’Indalex et des débitrices américaines avant l’entrée en jeu de la *LACC*. Elle prétend avoir droit à l’attribution du fonds de réserve au motif que, à titre de créancier garanti des débitrices américaines dans le cadre de la procédure de faillite engagée aux États-Unis, n’eût été leur versement, elle aurait pu toucher les 10,75 millions de dollars américains payés par elles à titre de cautions. Les bénéficiaires des régimes de retraite intimés prétendent que le fonds de réserve leur revient puisque leur déficit de liquidation est protégé par la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR*. Cette fiducie réputée est constituée d’« un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées [en anglais, « *accrued*»] à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements » (par. 57(4)). Ils invoquent également à l’appui de leur prétention l’existence d’une fiducie par interprétation découlant de l’omission d’Indalex de s’acquitter de ses obligations fiduciaires en tant qu’administrateur des régimes.
8. Les sommes contenues dans le fonds de réserve ne permettent pas de rembourser à la fois Sun Indalex et les régimes de retraite. La principale question que soulèvent les principaux pourvois est donc celle de savoir quel créancier a priorité.
9. Le juge de première instance a rejeté la thèse de la fiducie réputée avancée par les bénéficiaires des régimes et conclu que, pour ce qui concerne le déficit de liquidation, les bénéficiaires des régimes de retraite sont des créanciers chirographaires prenant rang après les créanciers bénéficiant d’une superpriorité et les créanciers garantis (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé cette décision et conclu que les déficits des régimes de retraite faisaient l’objet d’une fiducie réputée et d’une fiducie par interprétation qui prenaient rang avant les prêteurs DE et les autres créanciers garantis (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641). Sun Indalex, le syndic de faillite et le contrôleur se pourvoient aujourd’hui en appel.

B. *La procédure engagée par Indalex sous le régime de la LACC*

 (1) L’ordonnance initiale (d.a. conjoint, vol. I, p. 112)

1. Comme je l’indique précédemment, Indalex connaissait des difficultés financières et, le 3 avril 2009, elle a obtenu d’être protégée contre ses créanciers en application de la *LACC*. L’ordonnance (appelée ci-après « ordonnance initiale ») comportait entre autres des directives pour la signification aux créanciers et aux autres parties (par. 39-41). Elle prévoyait également que toute partie intéressée pouvait demander sa modification, à condition de signifier un avis à toute autre partie susceptible d’être touchée par la mesure (par. 46). Les parties reconnaissent que l’avis relatif à la demande présentée en vue d’obtenir l’ordonnance initiale n’a pas été signifié aux bénéficiaires des régimes de retraite, mais le tribunal saisi sous le régime de la *LACC* a néanmoins approuvé le mode et le délai de signification. Toutes les données sur les déficits des régimes de retraite figuraient dans les documents présentés au tribunal à l’appui de la demande, et l’ordonnance initiale faisait mention du paiement aux régimes des cotisations pour service courant de l’employeur.

 (2) L’ordonnance relative au financement DE (d.a. conjoint, vol. I, p. 129)

1. Le 8 avril 2009, dans cette ordonnance appelée ci-après « ordonnance DE », le juge saisi en application de la *LACC* — le juge Morawetz — a autorisé Indalex à obtenir un financement DE. Il a notamment ordonné ce qui suit :

- l’abrègement du délai d’avis (par. 1);

- la faculté d’Indalex de continuer de verser aux régimes de retraite les cotisations pour service courant, à l’exclusion de tout paiement spécial (al. 7a)et 9b));

- la mise à l’abri d’Indalex contre toute procédure, sauf consentement d’Indalex ou du contrôleur ou autorisation du tribunal, jusqu’au 1er mai 2009 (par. 15);

- l’octroi aux prêteurs DE de ce qu’on appelle une superpriorité :

 [traduction] LA COUR ORDONNE que chacune des charges relatives à l’administration, aux administrateurs et aux prêteurs DE (constituées et définies aux présentes) grève les biens, et que toutes aient priorité sur toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative ou autre (collectivement les « grèvements »), détenus par quiconque. [Je souligne; par. 45.]

- l’obligation d’Indalex de donner avis de l’ordonnance initiale à tous les créanciers connus, autres que les employés et les créanciers auxquels Indalex devait moins de 5 000 $, et la « faculté » qu’ont Indalex et le contrôleur de signifier l’ordonnance initiale aux parties intéressées (par. 49-50).

1. Dans ses motifs à l’appui de l’ordonnance DE, le juge Morawetz conclut que [traduction] « les requérantes [Indalex] ne disposent d’aucune autre solution permettant la continuité de l’exploitation » et que le financement DE s’impose ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61 (C.S.J. Ont.), al. 9c)). Il signale que, dans son rapport, le contrôleur tient l’approbation de l’accord de financement pour nécessaire et conforme à l’intérêt supérieur d’Indalex et des intéressés, dont ses créanciers, ses employés, ses fournisseurs et ses clients (par. 14-16).
2. Un avis de la motion qui a mené à l’ordonnance DE a été signifié au Syndicat représentant certains des participants des régimes des salariés, mais celui-ci n’a pas comparu. Le juge Morawetz ordonne expressément ce qui suit au sujet de la signification :

 [traduction] LA COUR ORDONNE l’abrègement du délai imparti pour signifier l’avis et le dossier de demande, de sorte que la demande puisse être régulièrement entendue ce jour même, et elle dispense la demanderesse de la signification de tout autre document s’y rapportant. [Ordonnance DE, par. 1]

 (3) L’ordonnance modifiant l’ordonnance DE (d.a. conjoint, vol. I, p. 156)

1. Le 12 juin 2009, le juge Morawetz a accueilli après audition la demande présentée par Indalex en vue d’être autorisée à emprunter une nouvelle tranche d’environ 5 000 000 $ aux prêteurs DE, ce qui portait l’emprunt total approuvé à 29 500 000 $ US.
2. L’avocat des anciens cadres a reçu les documents relatifs à l’instance la veille de l’audience. L’avocat du Syndicat a également reçu signification d’un avis. À l’audition de la demande, les anciens cadres (ainsi que les détenteurs de billets garantis de deuxième rang) ont demandé que [traduction] « leurs droits soient réservés quant à la réparation demandée » (2009 CanLII 37906 (C.S.J. Ont.), par. 4). Le juge Morawetz a opiné que toute [traduction] « réserve de droits » créerait de l’incertitude chez les prêteurs relativement au rang prioritaire de leur créance et pourrait inciter ces derniers à refuser d’avancer des fonds supplémentaires. En outre, les parties n’avaient proposé aucun autre mode d’accroissement du financement DE, lequel était à la fois [traduction] « nécessaire et opportun » et devait permettre, du moins l’espérait-on, « d’améliorer la situation des intéressés » (par. 5-9).

 (4) L’ordonnance relative à la vente par soumission ((2009), 79 C.C.P.B. 101 (C.S.J. Ont.))

1. Le 2 juillet 2009, Indalex a demandé l’approbation de la procédure projetée de vente par soumission de l’actif d’Indalex. Le juge Morawetz a jugé que l’offre-paravent de SAPA Holding AB (« SAPA ») pouvait être tenue pour valable. L’avocat des participants du régime des cadres a fait valoir que [traduction] « ni la situation ni le point de vue de ses clients n’avaient été pris en compte dans le cadre de la procédure » (par. 8). Le juge Morawetz a statué que ces éléments pourraient être examinés ultérieurement, lorsque l’approbation de la vente serait demandée (par. 10). Voici ce qu’il dit :

 [traduction] La situation des retraités est malheureuse. À l’heure actuelle, ils ne touchent pas ce qu’ils ont obtenu à l’issue de négociations. Or, la réalité demeure incontournable et la nature de l’insolvabilité des demanderesses fait en sorte que l’actif ne permet pas d’acquitter le passif. Les retraités ne sont pas les seuls à subir un préjudice. La présente instance vise à obtenir le meilleur résultat possible pour les intéressés. [Je souligne; par. 9.]

 (5)L’ordonnance d’approbation de la vente (d.a. conjoint, vol. I, p. 166)

1. Le 20 juillet 2009, Indalex a saisi le juge Campbell de deux motions.
2. Dans la première, Indalex demandait au tribunal d’approuver la vente à SAPA de son actif d’entreprise en exploitation, l’acquéreur ne reprenant à son compte aucun des engagements de retraite. Le juge Campbell a approuvé la vente.
3. Dans la deuxième motion, Indalex a demandé au tribunal d’approuver la distribution provisoire du produit de la vente aux prêteurs DE. L’avocat des participants du régime des cadres et le Syndicat, qui représentait certains des salariés, se sont opposés à cette distribution au motif qu’une fiducie d’origine législative protégeait les déficits de leurs régimes et qu’Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires envers eux. Le juge Campbell a ordonné au contrôleur de payer l’agent administratif des prêteurs DE par prélèvement sur le produit de la vente, mais également d’établir un fonds de réserve suffisant pour donner suite, entre autres choses, aux réclamations des bénéficiaires des régimes dans l’éventualité où il y serait fait droit. Il a ordonné que les débitrices américaines soient subrogées dans les droits des prêteurs DE jusqu’à concurrence du montant qu’elles avaient dû leur verser aux termes de la garantie (par. 14).

 (6) La vente et la distribution des fonds

1. SAPA a acheté l’actif d’Indalex le 31 juillet 2009. Compte tenu du fonds de réserve, la vente n’a pas généré de fonds suffisants pour rembourser intégralement les prêteurs DE, de sorte que les débitrices américaines ont versé à titre de cautions 10 751 247 $ US à ces derniers (motifs de la C.A., par. 65).

 (7) L’ordonnance visée par l’appel

1. Le 28 août 2009, le juge Campbell a entendu la thèse du Syndicat (qui représentait certains des participants du régime des salariés) et de l’avocat des participants du régime des cadres, à savoir que le déficit de liquidation était réputé détenu en fiducie. Dans une décision motivée par écrit datée du 18 février 2010, il rejette cette prétention et conclut que la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR* ne vise pas le déficit de liquidation. Le régime des cadres n’ayant pas été liquidé, il n’y avait donc pas de déficit de liquidation susceptible de faire l’objet d’une fiducie réputée. S’agissant du régime des salariés, le juge Campbell conclut que le déficit de liquidation n’équivaut pas à des cotisations qui sont « accumulées à la date de la liquidation », de sorte qu’il n’est pas réputé détenu en fiducie suivant le par. 57(4).
2. Indalex a demandé la levée de la suspension accordée dans l’ordonnance initiale afin de pouvoir faire cession de ses biens. Ne concluant pas à l’existence d’une fiducie réputée, le juge Campbell ne juge pas nécessaire de statuer sur la demande visant à faire lever la suspension.

 (8) L’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario

1. La Cour d’appel de l’Ontario accueille l’appel interjeté contre la décision du juge Campbell.
2. Au nom d’une formation unanime, la juge Gillese estime que la fiducie réputée du par. 57(4) s’applique au déficit de liquidation. Les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées [en anglais, « *accrued*»] à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » dont fait mention cette disposition englobent selon elle toutes les sommes que l’employeur devait au moment de la liquidation de son régime de retraite (par. 101). Plus particulièrement, elle conclut que la fiducie réputée du par. 57(4) s’applique au déficit de liquidation du régime des salariés. Elle refuse cependant de se prononcer sur l’application de la fiducie réputée au déficit du régime des cadres, lequel n’était pas liquidé à la date considérée (par. 110-112), ce qui n’était pas nécessaire puisqu’elle conclut à l’applicabilité de la fiducie par interprétation dans ce cas.
3. La juge Gillese conclut que la superpriorité accordée dans l’ordonnance DE ne prime pas la fiducie qui est réputée exister à l’égard du déficit de liquidation du régime des salariés. Le juge Morawetz n’a pas [traduction] « invoqué » la prépondérance fédérale ni conclu expressément que le droit fédéral écartait la fiducie réputée de droit provincial (par. 178-179). La juge Gillese opine également que, dans l’arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, notre Cour ne statue pas que l’ordre de priorité établi par la province qui est sans effet aux fins de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI*»), ne s’applique pas non plus pour les besoins de la *LACC* (par. 185-196). La fiducie réputée prend donc rang avant la sûreté DE.
4. Outre ses conclusions sur la fiducie réputée, la juge Gillese tranche que le fonds de réserve fait l’objet d’une fiducie par interprétation car, dans son rôle d’administrateur des régimes de retraite, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*.
5. Elle conclut qu’à titre d’administrateur de régime qui était également employeur, Indalex avait des obligations fiduciaires tant envers les bénéficiaires des régimes qu’envers la société (par. 129). À son avis, Indalex était tenue de respecter ses obligations envers les premiers et la seconde tout au long de la procédure fondée sur la *LACC* et elle a manqué à ses obligations envers les bénéficiaires des régimes de différentes manières. Indalex avait certes le droit d’engager une procédure sous le régime de la *LACC*, mais une telle mesure rendait les bénéficiaires des régimes vulnérables, ce qui lui imposait donc des obligations fiduciaires en tant qu’administrateur des régimes (par. 132-133). La juge Gillese impute à Indalex de nombreuses erreurs subséquentes commises dans l’administration des régimes : Indalex n’a pris aucune mesure dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* pour renflouer les régimes sous-capitalisés; elle a demandé la protection de la *LACC* sans en informer les bénéficiaires au préalable; elle a obtenu du financement DE en accordant à la créance des prêteurs une superpriorité sur toute « fiducie d’origine législative »; elle a obtenu ce financement sans en informer au préalable les bénéficiaires des régimes; elle a vendu son actif tout en sachant que l’acquéreur ne reprendrait à son compte aucun de ses engagements de retraite; elle a tenté de faire cession volontaire de ses biens, ce qui aurait fait échec aux prétentions des bénéficiaires relatives à la fiducie réputée (par. 139). La juge Gillese relève également que tout au long de la procédure fondée sur la *LACC*, Indalex était en conflit d’intérêts, car elle représentait à la fois la société et les bénéficiaires.
6. Va l’omission d’Indalex de s’acquitter de ses obligations fiduciaires, le fonds de réserve fait l’objet d’une fiducie par interprétation (par. 204). De plus, comme les bénéficiaires ont été lésés par Indalex, et que les débitrices américaines ne sont pas des [traduction] « tiers sans lien de dépendance » avec Indalex, la solution qui s’impose est de reconnaître l’existence d’une fiducie par interprétation en faveur des bénéficiaires (par. 204). Sa conclusion sur ce point vaut à la fois pour le régime des salariés et pour celui des cadres.

III. Analyse

A. *Première question en litige : La Cour d’appel a-t-elle tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) de la LRR s’applique au déficit de liquidation du régime des salariés?*

 (1) Introduction

1. Le principal point considéré en l’espèce est l’application ou l’inapplication de la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR* au déficit de liquidation, dont l’al. 75(1)b) prévoit le paiement.
2. La fiducie réputée du par. 57(4) vise les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Pour qu’il y ait fiducie réputée, le régime de retraite doit donc être liquidé et les sommes en question doivent remplir trois conditions. Il doit s’agir de (1) « cotisations de l’employeur », (2) « qui sont accumulées à la date de liquidation », (3) « mais qui ne sont pas encore dues ». Il y a déficit de liquidation « [lorsqu’]un régime de retraite est liquidé » (par. 75(1)). Je conviens avec mes collègues qu’il ne peut y avoir de fiducie réputée au bénéfice du régime des cadres, car celui-ci n’avait pas encore été liquidé à la date considérée. Par conséquent, les motifs qui suivent ne valent que pour le régime des salariés.
3. Les versements effectués pour combler le déficit de liquidation constituent des « cotisations de l’employeur [. . .] qui ne sont pas encore dues » au moment de la liquidation au sens de la *LRR*. Il s’agit donc essentiellement d’interpréter une disposition de la loi et de déterminer seulement si le déficit de liquidation décrit à l’al. 75(1)b) est « accumul[é] à la date de la liquidation ».
4. En première instance, le juge Campbell conclut qu’il ne l’est pas, alors que la Cour d’appel arrive à la conclusion contraire. La Cour d’appel estime essentiellement que la fiducie réputée du par. 57(4) [traduction] « vise toutes les cotisations de l’employeur qui sont exigibles suivant l’art. 75 », à savoir « toute somme due par l’employeur à la liquidation de son régime de retraite » (par. 101).
5. Sauf le respect qui lui est dû, je suis en désaccord avec la Cour d’appel pour trois raisons principales. Premièrement, suivant son sens ordinaire et grammatical le plus plausible, l’expression « accumulées à la date de la liquidation » renvoie aux sommes déterminées de façon précise immédiatement avant la date de prise d’effet de la liquidation du régime. Le déficit de liquidation n’est constaté qu’à l’issue de la liquidation, et il n’est ni déterminé ni déterminable à la date de liquidation prévue. Deuxièmement, le contexte législatif général me conforte dans ce point de vue. Le texte des par. 57(3) et (4) qui dispose qu’il y a fiducie réputée est repris presque en tous points à l’al. 75(1)a), ce qui permet de conclure que, dans les deux cas de fiducie réputée, le législateur renvoie à l’obligation qui existe à la liquidation suivant l’al. 75(1)a) et non à celle, supplémentaire et distincte, qui est liée au déficit de liquidation et qui découle de l’al. 75(1)b). Enfin, il appert à mon sens de l’évolution et de l’historique de ces dispositions que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet d’une fiducie réputée d’origine législative.
6. Avant d’interpréter le libellé en cause, il vaut la peine de situer dans leur contexte les obligations de l’employeur en cas de liquidation, ainsi que les dispositions sur la fiducie réputée qui font l’objet du présent litige.

 (2) Les obligations de l’employeur à la liquidation

1. La « liquidation » s’entend de la cessation d’un régime et de la répartition de son actif (voir la définition de « liquidation » au par. 1(1) de la *LRR*). L’obligation de l’employeur comporte alors deux volets principaux. Premièrement, suivant l’al. 75(1)a), son obligation correspond au versement d’« un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés et qui n’ont pas été versés à la caisse de retraite ». Sont visées les cotisations dues à la date de la liquidation, mais *non* les paiements exigés à l’al. 75(1)b) par suite de la liquidation (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 541-542). La seconde obligation vise le déficit de liquidation. L’employeur est tenu de verser toute somme supplémentaire requise du fait que la valeur de l’actif du régime de retraite est inférieure à celle de la totalité des droits à pension acquis de manière immédiate, accélérée ou réputée (Kaplan, p. 542). Sans entrer dans le détail, certains droits d’origine législative ne naissent qu’en cas de liquidation, tels certains enrichissements des prestations et la possibilité d’accélérer l’acquisition du droit à pension. La liquidation fait donc à l’employeur d’autres obligations en sus de celle de verser toutes les prestations prévues par le régime lui-même (voir, p. ex., art. 73-74; Kaplan, p. 542). Ainsi que le conclut la Cour d’appel, les paiements visés à l’al. 75(1)a) sont ceux que l’employeur devait verser pendant l’application du régime, tandis que l’al. 75(1)b) renvoie à son obligation de combler tout déficit de liquidation (par. 90-91).
2. Pour faciliter sa consultation, voici le libellé qui s’appliquait au moment considéré :

 **75.** (1)  Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l’employeur verse à la caisse de retraite :

 a)   d’une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n’ont pas été versés à la caisse de retraite;

 b)   d’autre part, un montant égal au montant dont :

 (i)   la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le surintendant déclare que le Fonds de garantie s’applique au régime de retraite,

 (ii)   la valeur des prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,

 (iii)   la valeur des prestations accumulées [en anglais, « *accrued*»] à l’égard de l’emploi en Ontario et qui résultent de l’application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l’article 74,

 dépassent la valeur de l’actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario.

1. Bien que la liquidation prenne effet à une date déterminée, il s’agit d’un processus, et non d’un moment ou d’une étape en particulier. Un événement la déclenche et elle se poursuit jusqu’à la répartition de la totalité de l’actif du régime. Au risque de trop simplifier, voici quelles sont les étapes du processus de liquidation.
2. L’actif et le passif du régime existant à la date de la liquidation doivent être établis. Rappelons que la valeur exacte du passif, bien que *circonscrite à cette date*, n’est ni déterminée ni déterminable *cette date-là*. La valeur du passif peut dépendre des choix qui s’offrent aux bénéficiaires dans le cadre du régime, ainsi que de l’exercice par ces derniers de certains droits légaux et de la levée des options que prévoit le régime. Les participants du régime doivent être avisés de la liquidation, ainsi que de leurs droits et de leurs options, et ils doivent avoir la possibilité d’effectuer leurs choix. L’administrateur du régime doit déposer un rapport de liquidation qui fait état de l’actif et du passif du régime, des prestations payables en application du régime et du mode d’attribution et de répartition de l’actif, y compris les priorités de paiement des prestations (*LRR*, par. 70(1), et R.R.O. 1990, règl. 909, art. 29 (le « règlement de la *LRR* »)).
3. Les prestations versées aux participants peuvent revêtir la forme de [traduction] « remboursements en espèces, de rentes immédiates ou différées, de transferts dans un régime enregistré d’épargne-retraite, [. . .]. La valeur de ces prestations correspond en principe à la valeur actuelle des prestations accumulées à la date de cessation du régime » (*The Mercer Pension Manual* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 10-41). La valeur actuelle est obtenue au moyen d’un calcul actuariel qui tient compte de différentes hypothèses, notamment quant au rendement et à l’espérance de vie.
4. Lorsque, après avoir calculé l’actif et le passif, le premier est inférieur au second, l’employeur (à savoir le promoteur du régime) comble le déficit de liquidation (*LRR*, al. 75(1)b)). Il peut étaler les versements sur une période de cinq ans (règlement de la *LRR*, par. 31(2)). Puisque le montant de ces versements tient à la différence entre l’actif du régime de retraite et les prestations dues aux bénéficiaires, il varie en fonction du marché et d’autres variables considérées dans le calcul sur la période autorisée de cinq ans.
5. Dans le cas du régime des salariés, par exemple, toutes les cotisations normales pour service courant avaient été versées au moment de la liquidation (motifs de la C.A., par. 33). Le déficit de liquidation a été estimé au départ à 1 655 200 $. Indalex a effectué des paiements spéciaux de 709 013 $ en 2007, puis de 875 313 $ en 2008. Or, le 31 décembre 2008, le déficit de liquidation s’établissait à 1 795 600 $, de sorte qu’il s’était accru au cours des deux ans écoulés, malgré les quelque 1,6 million de dollars versés (motifs de la C.A., par. 32). Indalex a versé en sus 601 000 $ en avril 2009 (motifs de la C.A., par. 32).

 (3) Les dispositions relatives à la fiducie réputée

1. La *LRR* renferme des dispositions visant à soustraire à la saisie par les autres créanciers de l’employeur les sommes dues à un régime de retraite que détient ou que doit l’employeur (Kaplan, p. 395). Ainsi, certaines cotisations au régime de retraite sont dont « réputées » détenues « en fiducie » par l’employeur pour le compte des employés ou des bénéficiaires du régime de retraite.
2. Deux fiducies réputées doivent être examinées en l’espèce, l’une visant les cotisations de l’employeur qui sont *dues, mais impayées*, l’autre les cotisations de l’employeur qui sont *accumulées, mais qui ne sont pas dues*. Cette seconde fiducie réputée est celle qui nous intéresse dans le présent pourvoi, mais il importe de comprendre la complémentarité des deux fiducies réputées.
3. La fiducie dont sont réputées faire l’objet les cotisations de l’employeur qui sont « dues et impayées » est créé au par. 57(3). La *LRR* et le règlement de la *LRR* renferment de nombreuses dispositions sur les cotisations de l’employeur et le moment de leur exigibilité. Voici quelles sont, en résumé, les cotisations exigées.
4. Pendant la durée du régime de retraite, l’employeur verse chaque mois les cotisations normales pour service courant dans les 30 jours qui suivent le mois pour lequel elles sont exigibles (règlement de la *LRR*, par. 4(4)3). Des paiements spéciaux sont également effectués pour combler un déficit entre l’actif et le passif du régime. Il peut y avoir « déficit à long terme » et « déficit de solvabilité », mais la distinction entre les deux n’importe pas pour les besoins des présents pourvois. L’administrateur du régime dépose périodiquement un rapport actuariel, lequel est susceptible de révéler un déficit (règlement de la *LRR*, art. 14). Pour combler un déficit à long terme, l’employeur effectue des versements mensuels égaux sur une période de 15 ans (règlement de la *LRR*, al. 5(1)b)). Dans le cas d’un déficit de solvabilité, l’employeur effectue des versements mensuels égaux pendant cinq ans (règlement de la *LRR*, al. 5(1)e)). Dès que ces versements normaux ou spéciaux sont dus, mais impayés, ils sont réputés faire l’objet de la fiducie créée au par. 57(3).
5. Je passe maintenant à la fiducie réputée du par. 57(4), celle sur laquelle nous sommes appelés à nous prononcer en l’espèce. Suivant cette disposition, « [s]i un régime de retraite est liquidé [. . .], l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».
6. Lorsqu’un régime de retraite est liquidé, il y a interruption des versements mensuels (intervalle appelé parfois « période tampon »). Au cours de cette période, des dettes ordinaires ou spéciales ont été contractées sans qu’elles soient immédiatement payables. Le paragraphe 58(1) dispose que l’argent qu’un employeur est tenu de verser « s’accumule sur une base quotidienne ». Puisque les sommes mentionnées au par. 57(4) ne sont pas encore dues, elles ne font pas l’objet de la fiducie dont l’existence est réputée au par. 57(3), laquelle ne vise que les paiements qui sont *dus*. Les deux dispositions s’appliquent donc de concert pour créer une fiducie à l’égard des obligations non exécutées de l’employeur qui sont « dues et impayées », ainsi qu’à l’égard des obligations qui ont pour objet des cotisations « accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ».

 (4) La méthode d’interprétation

1. Nous sommes aux prises avec l’interprétation de dispositions législatives et, suivant le principe bien établi, [traduction] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26). Dès lors, il ne fait aucun doute que l’obligation du promoteur de combler un déficit de liquidation échappe à la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR*. À mon avis, le déficit n’est pas « accumulé » [« *accrued*», en anglais] et n’est pas survenu pendant la période à laquelle renvoie l’expression « à la date de la liquidation ».

a) *Le sens ordinaire et grammatical des termes « accumulées » [« accrued »,* *en anglais] et* «*à la date de la liquidation*»

1. La Cour d’appel ne tient pas suffisamment compte du sens ordinaire et grammatical du libellé des dispositions en cause. Elle conclut que [traduction] « la fiducie réputée du par. 57(4) vise toutes les cotisations que l’employeur est tenu de verser suivant l’art. 75 » (par. 101 (je souligne)). Or, il ressort du libellé explicite de cette dernière disposition qu’il s’agit d’une conclusion erronée. L’alinéa 75(1)a) établit l’obligation de l’employeur à l’égard des paiements qui « sont dus [. . .] et qui n’ont pas été versés ». Ces paiements *ne* font donc *pas* l’objet de la fiducie réputée du par. 57(4), car celle-ci ne vise que les cotisations qui sont « accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». Les cotisations « dues » sont réputées détenues en fiducie suivant le par. 57(3), et non le par. 57(4) comme le conclut la Cour d’appel. Cette dernière estime en effet à tort que les cotisations qui « sont dues » peuvent être réputées détenues en fiducie comme celles qui « ne sont pas encore dues ».
2. À mon avis, suivant son sens ordinaire et grammatical le plus plausible, l’expression « accumulées à la date de la liquidation » employée au par. 57(4) renvoie aux sommes déterminées immédiatement avant la date de prise d’effet de la liquidation du régime.
3. Dans le contexte du par. 57(4), le sens ordinaire et grammatical d’« accumulées » veut que l’obligation soit « entièrement constituée » et que son montant soit « déterminé», même si elle peut ne pas être encore payable. Le déficit de liquidation n’est pas entièrement constitué ni son montant déterminé (ou déterminable) avant la date prévue pour la liquidation, ou le jour même, et ne peut donc pas être visé au par. 57(4).
4. Certes, le sens du terme « accumulées » [et plus encore celui de son équivalent anglais « *accrued* »] peut varier selon le contexte. En général, lorsque ce terme est employé de pair avec des droits légaux, son sens courant veut que le droit soit entièrement constitué, même si les répercussions financières de son exécution ne sont pas encore connues et ne peuvent l’être. Ainsi, en responsabilité délictuelle, on parle d’accumulation (au sens d’acquisition ou de naissance) de la cause d’action lorsque tous ses éléments sont réunis, même lorsque l’étendue du préjudice n’est pas encore connue ou ne peut l’être (voir, p. ex., *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53). Toutefois, lorsque le terme qualifie une somme, il renvoie généralement à un élément dont la valeur est actuellement mesurée ou mesurable, mais qui peut ou non être dû.
5. Dans certains contextes, il y a accumulation [en anglais, « *accrual* »] lorsque l’obligation vient à échéance. On dit du passif accumulé qu’il est [traduction] « dûment imputable » ou « exigible à une date prévue », ou encore, « entièrement constitué » (voir, p. ex., la définition d’« *accrued liability* » [passif accumulé] dans le *Black’s Law Dictionary* (9eéd. 2009), p. 997; D. A. Dukelow, *The* *Dictionary of Canadian Law* (4e éd. 2011), p. 13; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306, p. 312).
6. Dans d’autres cas, la somme qui s’est accumulée [en anglais, « *accrued* »] peut ne pas être encore exigible. Par exemple, on parle d’« intérêts accumulés » [« *accrued interest* »] au sens du montant précis des intérêts qui sont courus, mais qui ne sont pas encore exigibles. En anglais, *accrual* est utilisé dans le même sens dans l’expression « *accrual accounting* » (en français, « comptabilité d’exercice »). Suivant cette méthode, les [traduction] « opérations qui génèrent des revenus ou occasionnent des dépenses sont comptabilisées lorsque les revenus sont gagnés ou que les dépenses sont engagées » (B. J. Arnold, *Timing and Income Taxation : The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), p. 44). Le revenu est gagné lorsque le bénéficiaire [traduction] « a essentiellement accompli tout ce qu’il devait accomplir, à condition que la somme due puisse être déterminée et que sa perception ne fasse l’objet d’aucune incertitude » (P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7eéd. 2010), al. 6.5b); voir également le manuel de l’Institut canadien des comptables agréés, *Manuel de l’ICCA — Comptabilité*, partie II, ch. 1000, par. 41-44). La somme en cause doit alors être déterminée au moment où le droit de la toucher est acquis [« *accrued* »].
7. Dans l’arrêt *Hydro-Electric Power Commission*, la Cour, qui se prononçait uniquement sur le terme anglais « *accrued* », opine opportunément que ce terme se définit ainsi. Lors de la vente d’actions, le vendeur s’était engagé à remettre, une fois l’opération conclue, [traduction] « une somme équivalant selon lui aux sommes versées au fonds d’amortissement [des obligations et des débentures] qui sont alors accumulées [*accrued*], mais qui ne sont pas exigibles » (p. 344 (je souligne)). Suivant les conditions des obligations et des débentures, la société était tenue de payer, le 1er juillet de chaque année, un montant déterminé pour chacun des chevaux-vapeur électriques vendus et payés au cours de l’année civile précédente. Le litige portait sur le montant des sommes payables à ce titre une fois la vente conclue. Le juge Duff statue que, dans ce contexte, et selon un [traduction] « usage largement reconnu », le mot « *accrued* » renvoie au droit ou à l’obligation « entièrement constitué » (p. 312). Il ajoute :

 [traduction] Lorsqu’une somme forfaitaire doit être versée à une date déterminée et que, vu l’objet du paiement ou les clauses du contrat, la somme en question doit être considérée comme résultant de l’accumulation de sommes pour lesquelles le droit au paiement est entièrement constitué avant la date de paiement convenue, il est tout à fait conforme à l’usage des avocats qui consiste à voir dans chacun de ces éléments accumulés une somme « *accrued* » ou devenue exigible avant la date du paiement. [p. 316]

Par conséquent, chaque fois que naissait, suivant le contrat, l’obligation de verser une somme précise, le droit à l’exécution de cette obligation était acquis (ou « *accrued* »). Le droit était entièrement constitué, même s’il n’y avait pas encore exigibilité, car l’obligation d’effectuer le versement naissait ultérieurement. Pour arriver à cette conclusion, le juge Duff fait remarquer que le terme « *accrued* » (par opposition à « *due* ») est employé dans les obligations et les débentures, ce qui confirme l’interprétation selon laquelle « *accrued* » renvoie à une obligation entièrement constituée, mais dont l’exécution n’est pas encore exigible. De même, au par. 57(4), le terme « accumulées » [« *accrued* »] est utilisé par opposition à « dues ».

1. Selon ce que j’estime être le sens ordinaire du mot « accumulé » (en anglais, « *accrued* ») et sauf le respect que je porte à la juge Deschamps, je ne crois pas que l’on puisse considérer que le déficit de liquidation était « accumulé » à la date de la liquidation. De l’avis de ma collègue, « [p]uisque les employés cessent d’accumuler des droits lorsque le régime est liquidé, les droits qui servent au calcul des cotisations ont tous été accumulés avant la date de la liquidation » (par. 34) et « aucun passif ne s’accumule pendant ni après la liquidation » (par. 36). Pour elle, « [l]e fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable » (par. 37, citant *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.)).
2. Je ne saurais convenir qu’aucune obligation ne s’accumule pendant ou après la liquidation. Comme je le précise précédemment, le déficit de liquidation s’entend à l’al. 75(1)b) de la différence entre l’actif du régime et son passif calculé à la date de la liquidation. En cas de liquidation, la *LRR* confère aux employés des droits et des garanties dont ils ne bénéficieraient pas en d’autres circonstances (Kaplan, p. 532). La liquidation impose donc des obligations nouvelles à l’employeur. Plus particulièrement, en cas de liquidation, et seulement dans ce cas, l’art. 74 permet aux bénéficiaires de faire des choix quant au paiement de leurs prestations. Le passif du régime ne peut être établi avant ces choix. Contrairement à ce que laisse entendre ma collègue la juge Deschamps, le montant du déficit de liquidation dépend de droits qui ne prennent naissance qu’à la liquidation et à l’égard desquels les employés ne font des choix qu’après la liquidation.
3. En outre, le déficit de liquidation diffère après la liquidation puisque la somme à verser pour acquitter les obligations du promoteur du régime dépend du marché. L’article 31 durèglement de la *LRR* permet de répartir sur cinq ans les versements exigés à l’art. 75. Rappelons que le montant du déficit de liquidation fluctuera au cours de cette période (j’ai déjà fait état de la manière dont il a considérablement varié dans le cas du régime des salariés visé en l’espèce). C’est pourquoi, malgré les estimations effectuées périodiquement après la liquidation pour déterminer le montant que l’employeur doit verser, le montant du déficit de liquidation n’est ni déterminé ni déterminable à la date de la liquidation.
4. J’examine maintenant le sens ordinaire et grammatical des mots « à la date de la liquidation » (en anglais, « *to the date of the wind up »*) employés au par. 57(4). À mon avis, cette expression fait en sorte que seules sont visées les cotisations accumulées avant la date de la liquidation, et non les sommes qui font l’objet d’une obligation qui ne prend naissance que le jour de la liquidation (en anglais, « *on the date of the wind up*»)et qui correspondent au déficit de liquidation.
5. Si l’intention du législateur avait été d’englober la date de la liquidation, il aurait employé le libellé voulu. Par exemple, l’al. 68(2)c) de la *LRR*, modifié en 2010 (ch. 24, par. 21(2)), précise dans sa version anglaise quels syndicats doivent recevoir avis de la liquidation :

 **68.** . . .

 (2)  *If the employer or the administrator, as the case may be, intends to wind up the pension plan, the administrator shall give written notice of the intended wind up to*,

. . .

 c) *each trade union that represents members of the pension plan or that, on the date of the wind up* [à la date de la liquidation]*, represented the members, former members or retired members of the pension plan*;

Contrairement à la formule « *to the date of wind up*», l’expression « *on the date of wind up* » englobe clairement la date de la liquidation. (La version française ne se prête pas à une autre interprétation.) De même, le par. 70(6), qui figurait dans la *LRR* jusqu’en 2012 (abr. L.O. 2010, ch. 9, par. 52(5)), énonce ce qui suit :

 **70.** . . .

 (6)  À la liquidation partielle d’un régime de retraite, les participants, les anciens participants et les autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu du régime de retraite ont des droits et prestations qui ne sont pas inférieurs aux droits et prestations qu’ils auraient à la liquidation totale du régime de retraite à la date de prise d’effet de la liquidation partielle [*on the effective date of the partial wind up*].

Il appert de l’expression anglaise « *on the effective date of the partial wind up* » que les participants ont droit aux prestations à compter de la date de la liquidation partielle, c’est-à-dire qu’ils peuvent les réclamer à compter de la liquidation elle-même. Le législateur s’exprime ainsi lorsqu’il veut qu’une période englobe une date précise. À l’opposé, lorsqu’il dit en anglais « *to the date of the wind up* » (en français, « à la date de la liquidation »), il n’entend pas englober la date où survient la liquidation. Cette conclusion prend en outre appui sur l’architecture de la *LRR*,ainsi que sur son évolution et son historique. J’y reviendrai brièvement.

1. Bref, le sens ordinaire et grammatical le plus plausible d’« accumulées à la date [*to the date*] de la liquidation » veut que soient visées les sommes entièrement constituées et déterminées immédiatement avant la date prévue de liquidation. Ainsi, l’obligation liée au déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b) n’est donc pas « accumul[é] à la date [*to the date*] de la liquidation » comme l’exige le par. 57(4). De plus, comme cette obligation naît lorsque le régime de retraite est liquidé (al. 75(1)b)), son objet ne peut donc pas être « accumul[é] à la date de la liquidation » (par. 57(4)).

b) *Le régime de la Loi*

1. Je le répète, l’art. 57 dispose que les sommes dues à un régime de retraite sont réputées détenues en fiducie. La disposition applicable en l’espèce est le par. 57(4). Il est utile de se pencher sur ces fiducies réputées en liaison avec les obligations de versement qui les font naître. Plus précisément, il s’agit de considérer la relation entre, d’une part, les fiducies dont l’existence est réputée aux par. 57(3) et (4) et, d’autre part, le par. 75(1), qui prescrit certains versements à la liquidation. Selon ma collègue la juge Deschamps, le libellé du par. 75(1) « fait élégamment écho à celui qui crée la fiducie réputée à la liquidation » (par. 42), de sorte que la fiducie réputée doit englober le déficit de liquidation. Je ne suis pas d’accord. À mon avis, la fiducie réputée ne fait écho qu’à l’al. 75(1)a), lequel ne porte pas sur le déficit de liquidation. Il ressort de la correspondance existant entre les fiducies créées et l’al. 75(1)a), et de l’absence d’une telle correspondance avec l’al. 75(1)b) que le déficit de liquidation ne fait pas l’objet d’une fiducie réputée.
2. Je rappelle la différence entre les fiducies réputées des par. 57(3) et (4). Pendant la durée du régime, l’employeur peut omettre d’effectuer les versements auxquels il est tenu. La fiducie créée au par. 57(3) vise ces versements, car il s’agit de sommes « dues et impayées ». Cependant, lorsque le régime est liquidé, des versements demeurent en suspens en ce sens que le droit y afférent est entièrement constitué, mais que les sommes en cause ne sont pas encore dues. La situation se présente pendant la période tampon mentionnée précédemment où les paiements normaux et spéciaux s’accumulent chaque jour conformément au par. 58(1), mais peuvent ne pas être dus au moment de la liquidation. Bien que le par. 57(3) ne puisse s’appliquer à ces paiements parce qu’ils ne sont pas encore dus, la fiducie créée au par. 57(4) les englobe, car l’obligation s’y rapportant est « accumulé[e] à la date de la liquidation », mais les sommes en question ne sont « pas encore dues ».
3. L’élément important réside dans le rapport entre ces deux dispositions créant une fiducie et les versements exigés aux al. 75(1)a) et 75(1)b) en cas de liquidation. Ces deux alinéas visent des sommes de nature différente. L’alinéa 75(1)a) renvoie au passif accumulé avant la liquidation et qui résulte de l’application d’autres dispositions de la Loi, alors que l’al. 75(1)b) crée un passif entièrement nouveau qui naît seulement une fois le régime liquidé. Nul ne conteste, pour autant que je sache, que les deux alinéas renvoient à des passifs différents et que le déficit de liquidation visé en l’espèce correspond à l’obligation prévue à l’al. 75(1)b). Les parties ne contestent pas que l’al. 75(1)a) *ne* vise *pas* les paiements visant à combler le déficit de liquidation.
4. Il est frappant de constater à quel point le libellé de l’al. 75(1)a) — qui ne porte pas sur le déficit de liquidation — s’apparente à celui des par. 57(3) et (4), qui créent des fiducies. Le paragraphe 57(3) vise les « cotisations de l’employeur qui sont dues et impayées », alors que le par. 57(4) a pour objet les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». Les deux types de cotisations de l’employeur entrent dans le champ d’application de l’al. 75(1)a), lequel renvoie aux « paiements qui [. . .] sont dus [. . .] et qui n’ont pas été versés » (qui sont donc réputés détenus en fiducie suivant le par. 57(3)) ou qui sont « accumulés, et qui n’ont pas été versés » (qui sont donc réputés détenus en fiducie suivant le par. 57(4), dans la mesure où ils sont accumulés à la date de la liquidation). La grande ressemblance du libellé des par. 57(3) et (4), d’une part, et du texte de l’al. 75(1)a), d’autre part, et l’absence de toute correspondance entre le libellé de ces dispositions créant une fiducie et le texte de l’al. 75(1)b) donnent à penser que l’objet des fiducies dont l’existence est réputée aux par. 57(3) et (4) s’entend de l’obligation faite à l’al. 75(1)a), et non du déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b). On comprend difficilement que le législateur, s’il a voulu que l’obligation de combler le déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b) bénéficie de l’application du par. 57(4), ait repris le seul libellé de l’al. 75(1)a) pour créer les fiducies. En toute déférence, si comme le dit ma collègue la juge Deschamps, des libellés se font élégamment écho, ce sont ceux de la fiducie réputée et de l’al. 75(1)a), et non ceux de la fiducie réputée et du déficit de liquidation.
5. L’architecture de la *LRR* me conforte dans l’opinion que le sens ordinaire et grammatical des termes qui y sont employés n’emporte pas l’application du par. 57(4) au déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b).

c) *L’évolution et l’historique législatifs*

1. L’évolution et l’historique législatifs peuvent constituer un élément important du contexte global dans lequel une disposition législative doit être interprétée. L’évolution législative s’entend des diverses formulations successives du texte de loi, alors que l’historique législatif s’entend des éléments touchant à sa conception, à son élaboration et à son adoption (voir, p. ex., *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 43).
2. Il appert tant de l’évolution de la *LRR* que de son historique que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet de la fiducie réputée. L’évolution et l’historique de la *LRR* étant plutôt complexes et parfois difficiles à suivre, je les examine brièvement avant de me livrer à une analyse plus approfondie.
3. La fiducie réputée a fait son apparition dans la *LRR* en 1973. À cette époque, elle visait les cotisations des salariés que détenait l’employeur et les cotisations de l’employeur qui étaient dues, mais impayées. En 1980, la *LRR* a été modifiée de sorte que la fiducie réputée englobe toutes les cotisations de l’employeur, qu’elles soient dues ou non. En outre, de nouvelles dispositions permettaient aux salariés de faire des choix et exigeaient des versements supplémentaires de l’employeur lorsque le régime était liquidé. La réforme de 1980 a créé de l’incertitude sous deux rapports. Premièrement, on se demandait si les versements requis à la liquidation faisaient l’objet de la fiducie réputée et, deuxièmement, si certaines cotisations de l’employeur faisaient l’objet d’un privilège à raison du montant visé par la fiducie réputée. En 1983, ces deux points ont été clarifiés. Les articles ont été remaniés et leur libellé reformulé afin de préciser que le déficit de liquidation était distinct des sommes réputées détenues en fiducie, et que le privilège et la fiducie réputée portaient sur un même montant. En 1982, le ministre responsable a confirmé que *la fiducie réputée n’a jamais été censée s’appliquer au déficit de liquidation*.
4. Pour ma collègue la juge Deschamps, cet historique reflèterait l’évolution de l’intention du législateur que la protection couvre d’abord « uniquement les cotisations dues [puis s’étende à tous] les montants dus ou accumulés à la liquidation » (par. 42). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. À mon avis, l’historique et l’évolution de la *LRR* jusqu’en 1983 inclusivement montrent que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet de la fiducie réputée. Qui plus est, il appert de l’évolution de la *LLR* postérieure à 1983 que cette intention demeure inchangée.

 (i) *The* *Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113

1. Aussi loin que je puisse remonter, la fiducie réputée a vu le jour dans la *LRR* par suite de l’adoption de la *Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113, art. 6. L’existence d’une fiducie a été réputée à l’égard, d’une part, des cotisations des salariés au régime de retraite touchées par les employeurs (par. 23*a*(1), ce qui s’apparente à la fiducie prévue au par. 57(1) actuel) et, d’autre part, des cotisations de l’employeur devenues exigibles aux termes du régime (par. 23*a*(3), ce qui s’apparente aux cotisations de l’employeur « qui sont dues et impayées » et qui sont réputées détenues en fiducie en application du par. 57(3) actuel). Le texte intégral de ces dispositions et de celles mentionnées ci-après, jusqu’à la version actuelle datant de 1990, figure en annexe.

 (ii) *The* *Pension Benefits Amendment Act,* *1980*, S.O. 1980, ch. 80

1. L’Ontario a entrepris une réforme majeure des régimes de retraite qui a débouché sur l’adoption de la *Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80 (voir Kaplan, p. 54-56). Je m’attacherai aux dispositions sur la fiducie réputée et à leur interaction avec le passif issu de la liquidation. Pour faciliter la consultation, je renvoie aux dispositions selon leur nouvelle numérotation datant de la refonte de 1980 (R.S.O. 1980, ch. 373). La loi de 1980 a accru la portée de la fiducie réputée quant aux cotisations de l’employeur. Même si elles ne sont pas du tout claires, les nouvelles dispositions semblent faire en sorte que les cotisations de l’employeur, qu’elles soient exigibles ou non, dont le montant est établi comme si le régime avait été liquidé à la date considérée, fassent l’objet d’une fiducie réputée et d’un privilège.
2. Après la réforme de 1980, l’incertitude persistait quant à savoir si la fiducie réputée visait toutes les cotisations exigibles de l’employeur une fois le régime liquidé. Suivant le par. 23(4), était détenu en fiducie, à une date donnée, un montant devant être déterminé [traduction] « comme si le régime avait été liquidé à cette date ». Or, les dispositions de 1980 ne précisaient pas expressément les éléments à inclure dans ce calcul. Aux termes du par. 21(2) de la loi de 1980, à la liquidation, l’employeur était tenu de verser « les sommes dont le versement aurait été par ailleurs requis pour satisfaire aux critères de solvabilité [. . .] jusqu’à la date de la cessation ou de la liquidation du régime ». L’article 32 disposait cependant que, à la liquidation, l’employeur effectuait un versement « [e]n plus » de celui exigé au par. 21(2). Restait à savoir si l’intention du législateur était que ce dernier paiement soit détenu en fiducie.
3. Il n’était pas clair non plus que l’objet du privilège était le même que celui de la fiducie réputée. Suivant le par. 23(3), [traduction] « les participants ont un privilège sur l’actif de l’employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans les livres de comptes, qu’il y soit consigné ou non ». Ce passage figure entre deux parties de la disposition qui renvoient expressément à la fiducie réputée, mais l’intention du législateur demeure incertaine quant à savoir si c’est le même montant qui est visé chaque fois.

 (iii) *The* *Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2

1. Les modifications de 1983 ont considérablement précisé la portée de la fiducie réputée et du privilège et elles ont circonscrit les cotisations de l’employeur qui en faisaient l’objet. Il en ressort que ni la fiducie réputée ni le privilège n’ont pour objet le déficit de liquidation; le ministre responsable a confirmé que telle était l’intention du législateur en apportant les modifications.
2. La nouvelle disposition a été modifiée par l’art. 3 de la loi de 1983 pour devenir le par. 23(4), lequel disposait dès lors ce qui suit :

 [traduction]

 **23.** . . .

 (4) L’employeur qui, dans le cadre d’un régime de retraite, est tenu de cotiser à ce régime est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants du régime une somme égale au total

 (a) de toutes les sommes que l’employeur est tenu de verser au régime pour acquitter

 (i) le coût du service courant et

 (ii) les paiements spéciaux prescrits par règlement,

 qui sont dus aux termes du régime ou du règlement, et qui n’ont pas été versés;

 (b) lors de la cessation ou de la liquidation du régime, toute autre somme que l’employeur est tenu de payer en vertu de l’alinéa 21 (2) a).

Suivant l’alinéa 21(2)a), l’employeur est tenu, lors de la liquidation, de verser un montant égal au *coût du service courant et aux paiements spéciaux* qui [traduction] « sont accumulés à la date de la cessation ou de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui, suivant les conditions du régime et le libellé du règlement, ne sont pas encore dus ». La disposition prévoit en outre que ces postes sont réputés s’accumuler sur une base quotidienne. Il est donc clair, suivant le par. 23(4), que seuls sont détenus en fiducie les paiements spéciaux et le coût du service courant qui sont accumulés, sur une base quotidienne, jusqu’à la date de la liquidation, celle-ci comprise. Le déficit de liquidation ne fait manifestement pas l’objet de la fiducie réputée.

1. La disposition relative au versement supplémentaire exigé à la liquidation établit aussi clairement que ce versement n’est pas réputé détenu en fiducie. Le montant de ce versement supplémentaire est précisé à l’art. 32, dont le libellé est très semblable à celui de l’al. 75(1)b). Il s’agit premièrement de la somme garantie par le Fonds de garantie et, deuxièmement, de l’excédent des prestations de retraite acquises en vertu du régime sur l’actif du régime. Le paragraphe 32(2) dispose que le versement exigé de l’employeur *s’ajoute* à celui exigé au par. 21(2) (lequel s’apparente à celui que vise l’actuel al. 75(1)a) et donc que *seul ce dernier* est réputé détenu en fiducie. Force est de conclure que, en 1983, le déficit de liquidation échappait à la fiducie réputée.
2. Les modifications de 1983 ont également clarifié la portée du privilège en précisant qu’elle était identique à celle de la fiducie réputée. Le paragraphe 23(5) précisait que le privilège ne valait que pour les sommes réputées détenues en fiducie suivant le par. 23(4) (à savoir le *coût du service courant et les paiements spéciaux accumulés à la date de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui ne sont pas encore dus*).
3. Deux choses sont donc claires. L’objet du privilège et de la fiducie réputée est le même et il exclut le déficit de liquidation.
4. L’historique législatif renferme un passage bref mais important qui me paraît dissiper tout doute éventuel à cet égard. Lors de la première lecture du projet de modification de 1983, le ministre responsable, l’honorable Robert Elgie, a déclaré ce qui suit :

 [traduction] La première série de modifications examinée aujourd’hui apporte les changements administratifs nécessaires pour atteindre l’objectif que nous avons fixé vers la fin de 1980, à savoir garantir les prestations de retraite après la liquidation d’un régime de retraite à prestations déterminées. Ces modifications préciseront les moyens grâce auxquels cet objectif pourra être atteint.

 Dans le projet de loi 214 [la réforme de 1980], les employés bénéficiaient d’un privilège sur l’actif de l’employeur à l’égard des cotisations versées au régime de retraite et perçues par l’employeur, ainsi que des cotisations de l’employeur accumulées. . .

 Malheureusement, la portée du privilège fait l’objet de différentes interprétations juridiques. On a fait valoir que le montant protégé grâce au privilège comprenait toute somme éventuelle due par l’employeur à la liquidation du régime, ce qui n’a jamais été voulu par le législateur et n’était pas nécessaire pour assurer la protection souhaitée. La modification apportée à l’article 23 précise l’intention qui sous-tend le projet de loi 214. [Je souligne.]

(Ontario (Hansard), no 99, 2e sess., 32e lég., 7 juillet 1982, p. 3568)

Les modifications de 1983 ont fait en sorte que la portée du privilège corresponde exactement à celle de la fiducie réputée en ce qui a trait aux cotisations accumulées de l’employeur. Il ressort donc de l’extrait qui précède que le législateur n’a jamais voulu que la fiducie réputée ou le privilège s’appliquent à « toute somme éventuelle due par l’employeur » lors de la liquidation (à savoir, le déficit de liquidation). À mon sens, il est donc pour ainsi dire établi que, en 1983, le législateur entendait accomplir précisément le contraire de ce qui, selon la Cour d’appel, aurait résulté de ces modifications.

1. L’évolution législative ultérieure montre que l’intention du législateur n’a pas changé. En fait, les modifications subséquentes révèlent clairement son intention d’exclure de la fiducie réputée les obligations de l’employeur qui naissent seulement lors de la liquidation du régime.

 (iv) *Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35

1. Les modifications apportées à la *LRR* en 1987 l’ont essentiellement fait évoluer jusqu’à sa version actuelle. Elles ont précisé davantage la portée des fiducies réputées. Dans la Loi de 1983, un même paragraphe créait une fiducie réputée pour les cotisations de l’employeur qui étaient dues mais impayées (al. 23(4)a)) et une autre pour les cotisations de l’employeur qui étaient accumulées jusqu’à la date de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui n’étaient pas encore dues (al. 23(4)b), qui renvoyait à l’al. 21(2)a)). Dès 1987, les deux fiducies ont fait l’objet de paragraphes distincts et leur portée a été davantage circonscrite. En outre, après la réforme de 1987, il n’était plus nécessaire de renvoyer à une autre disposition (l’ancien al. 21(2)a)) pour déterminer la portée de la fiducie créée pour les paiements accumulés, mais non encore dus. Par conséquent, si le fond des dispositions n’a pas été modifié en 1987, leur forme a été simplifiée.
2. Le nouveau par. 58(3) (identique au par. 57(3) actuel) a remplacé l’ancien al. 23(4)a), lequel créait une fiducie pour les cotisations de l’employeur dues mais impayées. Le paragraphe 58(4) (identique au par. 57(4) actuel) a remplacé l’ancien al. 23(4)b) et, en partie, l’al. 21(2)a), et dispose que, dès la liquidation, les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » sont détenues en fiducie.
3. La modification de 1987 montre également que le législateur était conscient de la différence entre « à la date de la liquidation » et « à la date [de la liquidation], celle-ci comprise » et qu’il a choisi la première formule. C’est ce qui appert d’un changement léger, mais important, apporté au libellé des dispositions en cause. L’ancienne disposition, l’al. 23(4)b), par son renvoi à l’al. 21(2)a), englobait le coût du service courant et les paiements spéciaux [traduction] « accumulés à la date de cessation ou de liquidation, celle-ci comprise ». Dans la nouvelle disposition, le par. 58(4), les mots « celle-ci comprise » sont supprimés pour donner le libellé actuel. À mon sens, cette suppression appuie l’intention du législateur d’*exclure* du champ d’application de la fiducie réputée les obligations qui naissent seulement *à la* date même de la liquidation. En toute déférence, l’historique législatif n’étaye pas le point de vue de ma collègue la juge Deschamps selon lequel il y aurait eu, au fil de l’évolution législative, accroissement de la portée de la fiducie réputée. C’est plutôt le contraire.
4. En résumé, voici ce que je conclus de l’évolution et de l’historique législatifs. La loi établit une distinction entre deux types d’obligation de l’employeur qui sont pertinents en l’espèce. Il y a d’une part les cotisations requises pour acquitter le coût du service courant et d’autres paiements qui sont dus ou qui sont accumulés sur une base quotidienne jusqu’à la date considérée. Il s’agit des paiements prévus à l’actuel al. 75(1)a), à savoir les paiements qui sont dus ou accumulés, mais qui n’ont pas été versés. Et d’autre part, il y a les cotisations supplémentaires exigées lorsque le régime est liquidé (ou, comme j’y renvoie précédemment, le déficit de liquidation). Ces paiements font l’objet de l’al. 75(1)b). Il appert de l’évolution et de l’historique législatifs que les fiducies réputées des par. 57(3) et (4) devaient seulement englober les cotisations du premier type et que le législateur n’a jamais voulu que les obligations ultérieures de l’employeur qui naissent une fois le régime liquidé fassent l’objet d’une fiducie réputée ou d’un privilège.

d) *L’objet de la loi*

1. L’exclusion du déficit de liquidation de la fiducie réputée est conforme aux objectifs généraux de la loi. Les dispositions sur les régimes de retraite ont une importante vocation de protection. Or, le législateur n’entend pas atteindre son objectif de protection à n’importe quel prix, son intention étant clairement de le mettre en balance avec d’autres intérêts importants dans le cadre d’un régime soigneusement conçu (*Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 13-14).
2. Dans le cas qui nous intéresse, le législateur a créé des fiducies à l’égard des cotisations qui sont dues ou accumulées à la date de la liquidation afin de protéger, dans une certaine mesure, les droits des bénéficiaires d’un régime de retraite et ceux des employés contre les réclamations des autres créanciers de l’employeur. Or, il y a de bonnes raisons de penser que c’est en raison d’autres objectifs concurrents que le législateur s’est abstenu d’accroître la portée de la fiducie réputée et d’y inclure le déficit de liquidation.
3. Premièrement, si le législateur avait voulu créer une fiducie applicable à la totalité des obligations de l’employeur qui découlent de la liquidation d’un régime, il lui aurait été aisé de s’exprimer beaucoup plus simplement et clairement.
4. Deuxièmement, si on considère la situation avec un certain recul, il pourrait fort bien être néfaste de protéger le déficit de liquidation au moyen de la fiducie réputée. Il pourrait en effet en résulter une grande incertitude pour les autres créanciers et prêteurs éventuels, une incertitude qui pourrait non seulement compliquer l’exercice des droits des créanciers, mais aussi compromettre l’accès d’une entreprise en difficulté aux fonds des prêteurs. L’ampleur des obligations à la liquidation peut être considérable et, lorsque l’entreprise demeure en exploitation, on ne peut savoir quelle sera cette ampleur sur une période de cinq ans. Le quantum de ces obligations peut, comme le montrent les faits de la présente espèce, fluctuer radicalement pendant cet intervalle. De telles obligations peuvent rendre très difficile l’évaluation de la solvabilité de l’emprunteur et plus difficile encore la juste répartition des paiements entre les créanciers.
5. Je conviens certes que la protection des régimes de retraite constitue un objectif important, mais il n’appartient pas à la Cour de décider de la mesure dans laquelle cet objectif sera poursuivi ou d’autres intérêts en souffriront. Dans sa conclusion, la juge Deschamps souligne que même si la protection des régimes de retraite constitue un objectif valable, les tribunaux ne doivent pas recourir à l’equity pour modifier les priorités du législateur qui sous-tendent la *LACC*. Il s’agit d’une question de politique générale, et les tribunaux doivent déférer à la décision du législateur (motifs de la juge Deschamps, par. 82). À mon avis, les propos de ma collègue sur ce point valent également pour les décisions de politique générale qui sous-tendent le texte de la *LRR*. Il appartient à l’Assemblée législative de l’Ontario de décider du degré de protection qu’il convient d’accorder aux bénéficiaires d’un régime de retraite. Au vu du libellé de la *LRR*, j’hésite à inférer que le législateur a voulu conférer une vaste protection avec tous les inconvénients que cela pouvait comporter. En somme, l’interprétation que je préconise s’accorde avec l’approche équilibrée du législateur dans la protection du droit à des prestations.
6. C’est pourquoi j’estime que la Cour d’appel a tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) vise le déficit de liquidation.

B. *Deuxième question en litige : La Cour d’appel a-t-elle tort de conclure qu’Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires en tant qu’administrateur des régimes de retraite et d’imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation?*

 (1) Introduction

1. La Cour d’appel conclut que, dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes de retraite (par. 116). En guise de réparation, elle impose une fiducie par interprétation à l’égard du fonds de réserve et permet ainsi aux bénéficiaires des régimes de retraite de recouvrer l’intégralité de leur créance de préférence à tous les autres créanciers, notamment ceux auxquels le tribunal aaccordé une superpriorité sous le régime de la *LACC*.
2. Les manquements relevés par la Cour d’appel sont de trois ordres. D’abord, Indalex n’a pas respecté l’interdiction faite au fiduciaire de se trouver en conflit d’intérêts car, dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*, ses intérêts d’entreprise insolvable s’opposaient à son obligation d’administrateur d’agir au mieux des intérêts des participants et des bénéficiaires des régimes (par. 142). Selon la Cour d’appel, ce conflit d’intérêts constituait à lui seul un manquement d’Indalex à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes. Deuxièmement, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires en demandant, sans en informer au préalable les bénéficiaires des régimes, la protection offerte par la *LACC* (par. 139). Troisièmement, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires en sollicitant puis en obtenant diverses mesures dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*, dont la « superpriorité » de la créance des prêteurs DE, l’approbation de la vente de l’entreprise alors qu’elle savait que nul versement ne serait fait aux régimes sous-capitalisés en sus des sommes protégées par les fiducies réputées d’origine législative, et en demandant sa mise en faillite dans l’intention de faire échec aux prétentions relatives à la fiducie réputée (par. 139). En guise de réparation de ces manquements à l’obligation fiduciaire, la cour a imposé une fiducie par interprétation.
3. À mon sens, la Cour d’appel confère une portée excessive aux obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes et elle relève des manquements qui n’en sont pas. Indalex a seulement manqué à son obligation fiduciaire lorsque, une fois devenue insolvable, ses intérêts sont clairement entrés en conflit avec son obligation fiduciaire d’administrateur d’assurer le versement aux régimes de toutes les cotisations devenues exigibles. Son manquement réside dans l’omission non pas d’éviter ce conflit, qui était en soi inévitable, mais de pallier le problème en veillant à ce que les bénéficiaires des régimes puissent être représentés dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant. Je conclus également que la fiducie par interprétation ne saurait être accordée à titre de réparation pour ce manquement.
4. Ce volet des pourvois commande de répondre à deux questions que j’examine successivement :

(i) Quelles étaient les obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes de retraite, et y a-t-il eu manquement à ces obligations?

(ii) Dans l’affirmative, l’imposition d’une fiducie par interprétation constituait-elle une réparation appropriée?

 (2) Quelles étaient les obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes de retraite, et y a-t-il eu manquement à ces obligations?

a) *Principes juridiques*

1. Les appelants ne contestent pas que, en tant qu’administrateur des régimes de retraite, Indalex avait des obligations fiduciaires envers les participants et que, à ce titre, elle ne pouvaient agir que dans l’intérêt des bénéficiaires des régimes. Point n’est besoin, aux fins du pourvoi, de déterminer si l’administrateur d’un régime de retraite est fiduciaire en soi ou *ad hoc*, bien qu’il soit assurément rare qu’un tel administrateur n’ait pas d’obligations fiduciaires dans l’exercice de cette fonction (*Burke c. Cie de la Baie d’Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, par. 41, conf. 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1, par. 55).
2. Or, la conclusion portant que, à titre d’administrateur des régimes, Indalex avait des obligations fiduciaires envers les bénéficiaires marque le début de l’examen, et non sa fin, car les obligations fiduciaires n’existent pas en général, mais découlent des intérêts juridiques qui sont précisément en jeu et s’y rattachent (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 31). Comme l’affirme le juge La Forest dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd*., [1989] 2 R.C.S. 574 :

 La nature particulière de cette obligation [du fiduciaire] peut varier selon les rapports concernés [. . .] [C]e ne sont pas tous les droits découlant de rapports présentant des caractéristiques fiduciaires qui justifient une demande pour manquement à une obligation fiduciaire. . .

. . .

La prétention qu’il y a manquement à une obligation fiduciaire ne peut se fonder que sur le manquement aux obligations particulières qui découlent des rapports dits fiduciaires. . . [Je souligne; p. 646-647.]

1. Il convient donc d’apprécier la nature et la portée de l’obligation fiduciaire dans le cadre juridique applicable à la relation dont est issue cette obligation (voir, p. ex., *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175, par. 141; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 36-37; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403, par. 41). À titre d’exemple, la règle générale veut que le fiduciaire ait un devoir de loyauté doublé d’une obligation d’éviter tout conflit d’intérêts (voir, p. ex., *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, par. 35; *Lac Minerals*, p. 646-647). Toutefois, il peut se révéler nécessaire d’adapter cette règle générale au cadre juridique dans lequel doit être exercée une obligation fiduciaire en particulier. Tel est, à mon humble avis, le cas en l’espèce.

b) *Le cadre juridique de la double fonction d’Indalex à titre d’administrateur de régime et d’employeur*

1. Pour déterminer la nature et la portée de la fonction et des obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes, nous devons considérer le cadre juridique dans lequel évolue l’administrateur. Ce cadre juridique découle principalement des documents constitutifs des régimes de retraite et des dispositions pertinentes de la *LRR*, des sources qui doivent être examinées avant toutes autres pour déterminer les obligations fiduciaires spécifiques qui incombent à l’administrateur dans ce contexte.
2. En ce qui concerne d’abord les documents constitutifs des régimes de retraite, considérons ceux relatifs au régime des salariés. Ils confient à la société l’administration du régime (art. 13.01). Le terme « société » s’entend d’Indalex Limited, et toute mention par le régime d’une mesure prise ou d’un pouvoir discrétionnaire exercé par la société suppose qu’Indalex agit par l’entremise du conseil d’administration ou d’une personne autorisée par celui-ci aux fins du régime (art. 2.09). Suivant l’art. 13.01, le [traduction] « comité de gestion du conseil d’administration de la société nomme un comité de retraite et de prestations pour agir au nom de la société dans l’exercice de sa fonction d’administrateur du régime. Le comité de retraite et de prestations se prononce de manière définitive sur toute question relative au fonctionnement, à l’interprétation et à l’application du régime ». Le comité de retraite et de prestations a donc pour mandat d’agir pour le compte de la société et, suivant l’art. 2.09, ses actes sont assimilés à ceux de la société. L’article 13.02 énonce les fonctions du comité, dont l’exercice de toute fonction administrative qui ne relève pas du gestionnaire de la caisse, de l’actuaire ou de l’émetteur de tout contrat de rente collective (par. 13.02(1)).
3. La *LRR* attribue également pouvoirs et obligations à l’administrateur d’un régime. L’article 22 énumère les obligations générales faites à l’administrateur, dont trois importent particulièrement dans les présents pourvois :

 **22.** (1) [Soin, diligence et compétence] 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.

(2)  [Connaissances et compétences particulières] L’administrateur d’un régime de retraite apporte à l’administration du régime de retraite et à l’administration et au placement des fonds de la caisse de retraite toutes les connaissances et compétences pertinentes que l’administrateur possède ou devrait posséder en raison de sa profession, de ses affaires ou de sa vocation.

. . .

(4)  [Conflit d’intérêts] L’administrateur, ou si l’administrateur est un comité de retraite ou un conseil de fiduciaires, un membre du comité ou du conseil qui est l’administrateur du régime de retraite ne permet pas sciemment que son intérêt entre en conflit avec ses attributions à l’égard du régime de retraite.

1. Il n’est pas étonnant que les pouvoirs et les obligations légaux de l’administrateur soient de nature administrative. La plupart ont trait à la gestion interne de la caisse de retraite et à la relation entre l’administrateur du régime de retraite, les bénéficiaires et le surintendant des services financiers (le « surintendant »). Mentionnons la demande au surintendant d’enregistrer le régime ou de le modifier, et le dépôt de la déclaration annuelle (art. 9, 12 et 20 de la *LRR*), la transmission aux bénéficiaires et aux bénéficiaires éventuels admissibles de renseignements et de documents (par. 10(1)12 et 25), l’observation de la *LRR* et de son règlement d’application, ainsi que des documents constitutifs du régime (art. 19), l’envoi aux bénéficiaires d’un avis relatif à une modification projetée qui réduirait les prestations (art. 26), le paiement de la valeur de rachat d’une pension différée (art. 42) et le dépôt d’un rapport de liquidation advenant la cessation du régime (art. 70).
2. Deux autres dispositions importent particulièrement en l’espèce. L’article 56 dispose que l’administrateur a l’obligation de veiller à ce que les cotisations soient versées à la date d’exigibilité et d’en informer le surintendant lorsqu’elles ne l’ont pas été; l’art. 59 habilite l’administrateur à engager une instance judiciaire en cas de défaut de paiement.
3. Les obligations fiduciaires de l’employeur-administrateur envers les bénéficiaires d’un régime ont trait aux attributions légales et autres susmentionnées; il s’agit des « intérêts juridiques particuliers » auxquels se rattachent les obligations fiduciaires de l’employeur-administrateur.
4. Un autre aspect important du contexte juridique dans lequel s’inscrivent les obligations fiduciaires d’Indalex à titre d’administrateur des régimes tient à sa double fonction d’employeur et d’administrateur. L’alinéa 8(1)a) de la *LRR* autorise expressément ce double rôle, mais il crée une situation où une même entité peut devoir s’acquitter de deux ensembles distincts d’obligations fiduciaires (les unes envers la société, les autres envers les participants du régime de retraite).
5. Telle était la situation d’Indalex. À titre d’employeur-administrateur, Indalex agissait par l’entremise de son conseil d’administration, de sorte que ce dernier avait des obligations fiduciaires envers les participants des régimes. Le conseil d’administration avait également l’obligation fiduciaire d’agir au mieux des intérêts de la société (*Loi canadienne sur les sociétés par actions*,L.R.C. 1985, ch. C-44, al. 122(1)*a*); *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, par. 36). Pour déterminer ce qui est au mieux des intérêts de l’entreprise, le conseil d’administration peut considérer les intérêts des actionnaires, des employés, des créanciers et d’autres personnes. Or, lorsque ces intérêts ne sont pas concordants ou peuvent entrer en conflit, il appartient aux administrateurs, dans le respect de la loi et dans l’exercice de son appréciation commerciale, de déterminer ce qui sert au mieux les intérêts de la société. Par conséquent, le conseil d’administration d’Indalex, en tant qu’employeur-administrateur, ne pouvait pas toujours agir dans le seul intérêt des bénéficiaires des régimes, mais devait aussi s’acquitter de ses obligations envers la société Indalex.

c) *Manquements à l’obligation fiduciaire*

1. Au vu de ces principes juridiques, j’examine les conclusions de la Cour d’appel concernant les manquements d’Indalex à ses obligations fiduciaires à titre d’administrateur des régimes. Je le répète, ces manquements sont de trois ordres : l’existence du conflit d’intérêts, les mesures prises dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* pour réduire ses obligations vis-à-vis des régimes de retraite et la demande présentée en vue de faire faillite.

 (i) Conflit d’intérêts

1. Il faut d’abord se demander en quoi consiste, dans le cas d’Indalex, un conflit d’intérêts ou d’obligations entre sa fonction de décideur commercial et celle d’administrateur de régime, et quelles mesures elle doit alors prendre?
2. La Cour d’appel conclut en fait qu’il y a conflit d’intérêts dès qu’Indalex prend une décision de nature commerciale [traduction] « susceptible d’avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132) et qu’il y a alors manquement immédiat de l’employeur-administrateur à ses obligations fiduciaires envers les participants des régimes de retraite. En toute déférence, il s’agit d’une interprétation beaucoup trop extensive. On ne saurait dire qu’il y a conflit d’intérêts uniquement parce que l’employeur, dans l’exercice de son pouvoir de gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, prend une mesure susceptible d’avoir une incidence sur les bénéficiaires des régimes.
3. Telle est la conclusion qui découle nécessairement du contexte législatif. L’existence de conflits apparents qui sont inhérents à la double fonction exercée par une même personne ne peut constituer un manquement à l’obligation fiduciaire, car ces conflits sont expressément autorisés par la loi, laquelle permet à une personne d’exercer les deux fonctions. Rappelons que la *LRR* permet expressément à l’employeur d’administrer un régime (al. 8(1)a)). En outre, les intérêts commerciaux de la société-employeur en général et les intérêts des bénéficiaires d’un régime de retraite liés à l’obtention des prestations promises risquent presque toujours d’entrer en conflit. Toute décision commerciale importante est susceptible de nuire à la solvabilité de la société et, partant, à sa capacité de respecter ses obligations à l’égard du régime. Sous réserve des limites prévues par les documents constitutifs du régime de retraite et de la loi en général, l’employeur peut modifier unilatéralement le régime, voire y mettre fin, des mesures qui peuvent fort bien ne pas cadrer avec les intérêts des bénéficiaires du régime.
4. De même, les conflits d’intérêts relevés par la Cour d’appel — ceux inhérents à l’appréciation commerciale de l’employeur — ne peuvent emporter à eux seuls le manquement à l’obligation fiduciaire de l’administrateur. Là encore, c’est ce qui appert du régime législatif, qui permet expressément à l’employeur d’administrer un régime.
5. Comment devons-nous donc déterminer s’il y a conflit d’intérêts dans ce contexte?
6. Dans *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, le juge Binnie renvoie au *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), § 121, pour expliquer à quelles conditions il y a conflit d’intérêts dans le cadre de la relation entre l’avocat et son client (par. 31). À mon avis, le même principe général, adapté aux circonstances, vaut pour l’employeur-administrateur. Il y a donc conflit d’intérêts lorsqu’il existe un risque important que les obligations de l’employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d’un régime. Je rappelle cependant que l’obligation de l’employeur-administrateur de représenter les bénéficiaires d’un régime ne s’entend que des attributions et des fonctions énoncées précédemment.
7. J’estime dès lors que la Cour d’appel a tort de conclure qu’il y avait conflit d’intérêts aussitôt qu’Indalex prenait une décision [traduction] « susceptible d’avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132). Elle interprète de manière beaucoup trop extensive la notion de conflit éventuel d’intérêts ou d’obligations et celle d’obligation fiduciaire de l’administrateur d’un régime.

(ii) Mesures prises par Indalex dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* afin de réduire ses obligations vis-à-vis des régimes de retraite et avis de ces mesures

1. Pour la Cour d’appel, Indalex a manqué à son obligation fiduciaire du seul fait qu’elle a engagé une procédure en application de la *LACC* tout en sachant que les régimes étaient sous-capitalisés, et ce, sans en informer au préalable les bénéficiaires des régimes (par. 139). Si j’interprète bien ses motifs, la décision d’entreprendre cette démarche relevait uniquement de l’administration de la société, et non de l’administration des régimes de retraite (par. 131). La difficulté résidait selon elle dans le risque que la procédure réduise les obligations de la société vis-à-vis des régimes de retraite au détriment des bénéficiaires (par. 131-132).
2. En toute déférence, je ne suis pas d’accord. Comme ma collègue la juge Deschamps, j’estime que, à elle-seule, la mesure initiale visant à protéger la société contre ses créanciers ne plaçait pas Indalex en situation de conflit d’intérêts ou d’obligations (motifs de la juge Deschamps, par. 72).
3. Premièrement, il importe de rappeler que la procédure de la *LACC* n’a pas pour objet de défavoriser les créanciers, mais bien de trouver une solution à l’insolvabilité d’une société qui soit constructive pour tous les intéressés. Comme le fait remarquer ma collègue la juge Deschamps dans *Century Services*,au par. 15 :

 . . . la *LACC* [. . .] a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d’exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d’éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif.

Dans le même arrêt (par. 59), elle cite également en l’approuvant l’extrait suivant des motifs du juge Doherty, dissident, dans *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57 :

 [traduction] La loi est réparatrice au sens le plus pur du terme, en ce qu’elle fournit un moyen d’éviter les effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu’économique — de la faillite ou de l’arrêt des activités d’une entreprise, à l’initiati[ve] des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

C’est pourquoi j’incline très peu à conclure que l’employeur-administrateur manque à ses obligations envers les participants des régimes de retraite du seul fait qu’il engage une procédure sur le fondement de la *LACC*.

1. Deuxièmement, les faits de la présente affaire n’appuient pas la prétention selon laquelle les intérêts de l’employeur s’opposaient à ceux des bénéficiaires des régimes quant à la décision de se prévaloir ou non de la protection de la *LACC*. On ne saurait sérieusement soutenir qu’une autre mesure aurait protégé davantage les droits des bénéficiaires des régimes. Ni la Cour d’appel ni les parties n’avancent quelque autre solution qui eût été préférable à la protection contre les créanciers demandée sous le régime de la *LACC*. Indalex éprouvait de graves difficultés financières et ses options étaient limitées : elle pouvait présenter une proposition à ses créanciers (suivant la *LACC* ou la *LFI*) ou faire faillite. Qui plus est, les attributions de l’administrateur des régimes n’englobaient pas le fait d’assurer la solvabilité de la société, et un administrateur indépendant n’aurait pu raisonnablement s’attendre à être consulté relativement à la décision du promoteur des régimes de se prévaloir de la protection de la *LACC*. Enfin, la demande présentée sur le fondement de la *LACC* n’a pas réduit les obligations de l’employeur vis-à-vis des régimes de retraite, si ce n’est temporairement quant à l’obligation d’effectuer des paiements spéciaux, et c’était la seule mesure susceptible de permettre aux régimes de retraite d’obtenir de la société insolvable les sommes qui leur étaient dues. L’administrateur-employeur ne s’est donc pas trouvé en conflit d’intérêts ou d’obligations lorsqu’il a demandé protection afin de demeurer en exploitation au bénéfice de tous les intéressés.
2. La Cour d’appel conclut en outre que la société a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de donner aux bénéficiaires des régimes un avis de sa demande initiale de protection sous le régime de la *LACC*. Je me range encore une fois à l’opinion de ma collègue la juge Deschamps, qui exprime son désaccord avec cette conclusion. Dans sa version en vigueur au moment de la procédure, le par. 11(1) de la *LACC* disposait qu’une partie pouvait engager une procédure sous le régime de la *LACC* sans en donner avis aux intéressés :

 **11.**  (1) Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu’une demande est faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, le tribunal, sur demande d’un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l’ordonnance prévue au présent article.

1. Malgré la nouvelle numérotation issue des modifications apportées à la Loi en septembre 2009 (L.C. 2005, ch. 47, art. 128, entrée en vigueur le 18 septembre 2009, TR/2009-68), la disposition est foncièrement demeurée la même. Le tribunal saisi en vertu de la *LACC* dispose du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance initiale *ex parte*. L’exercice de ce pouvoir n’est pas toujours indiqué, mais il peut l’être, voire se révéler nécessaire, afin d’empêcher [traduction] « les créanciers de réaliser leurs créances en se ruant littéralement sur l’actif dès qu’ils sont informés des difficultés financières du débiteur » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 55 (« *Rescue!* »); voir également *Algoma Steel Inc.,* *Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194, par. 7). Les intimés ne contestent pas l’exercice par le juge Morawetz de son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance *ex parte* en l’espèce*.*
2. Il ne s’ensuit cependant pas qu’il est toujours nécessaire ou acceptable de rendre une ordonnance initiale *ex parte*. Sans prétendre à l’exhaustivité ni vouloir trancher définitivement la question, je fais simplement remarquer l’existence d’au moins trois cas de figure où les tribunaux atténuent l’effet négatif que pourrait avoir sur les créanciers l’ordonnance rendue sans préavis aux parties susceptibles d’être touchées. Premièrement, lorsque la situation de la société débitrice n’est pas urgente, les tribunaux se montrent réticents à accorder une ordonnance *ex parte*. Dans *Rescue!*, Janis P. Sarra explique que les tribunaux s’attendent de plus en plus à ce que, avant de solliciter une suspension sous le régime de la *LACC*, la demanderesse informe les intéressés au préalable de son intention (p. 55). Par exemple, dans *Marine Drive Properties Ltd., Re*,2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47, le juge Butler opine que, [traduction] « [d]ans le cadre d’une procédure fondée sur la *LACC*, une demande initiale ne saurait être présentée sans préavis pour le seul motif que cette loi s’applique. Les éléments présentés doivent permettre au tribunal de conclure à l’existence d’une situation d’urgence » (par. 27). Deuxièmement, dans l’ordonnance initiale, les tribunaux précisent que les parties peuvent présenter une nouvelle demande afin d’obtenir l’annulation de l’ordonnance en tout ou en partie (*Rescue!*,p. 55). Soulignons que l’ordonnance initiale du juge Morawetz confère cette faculté (par. 46). Enfin, les tribunaux ne rendent une ordonnance initiale qu’à l’égard des questions qui doivent être tranchées sans délai et ils diffèrent le règlement des autres jusqu’à ce que tous les intéressés aient reçu avis de la demande. Ainsi, dans *Timminco Ltd., Re*,2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169, le juge Morawetz circonscrit l’ordonnance initiale rendue en application de la *LACC* de telle sorte qu’une priorité n’est accordée qu’aux parties auxquelles un avis de la demande a été donné. La décision de suspendre ou non les paiements spéciaux ou d’octroyer ou non aux créanciers une priorité sur les bénéficiaires des régimes de retraite est reportée à une date ultérieure, soit jusqu’à ce que les parties susceptibles d’être touchées aient été avisées. Le tribunal adopte une démarche apparentée dans l’affaire *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII). Dans son ordonnance initiale fondée sur la *LACC*, le juge Gascon reporte la décision de suspendre ou non le versement des cotisations pour service antérieur ou des paiements spéciaux aux régimes de retraite en cause jusqu’à ce que les parties susceptibles d’être touchées reçoivent avis de la demande (par. 7).
3. En l’espèce, l’omission de donner avis de la demande initiale présentée sur le fondement de la *LACC* ne constituait pas un manquement à l’obligation fiduciaire. La décision d’Indalex d’agir à titre d’employeur-administrateur ne peut conférer aux bénéficiaires des régimes plus d’avantages que si l’administration de leurs régimes avait été confiée à un tiers indépendant. Dans ce dernier cas, Indalex n’aurait pas été tenue de révéler à ce tiers son intention d’engager une procédure sous le régime de la *LACC.* Les intimés demandent à notre Cour d’attribuer à Indalex, l’administrateur, l’avantage que détient Indalex, l’employeur, grâce à sa connaissance de certaines données, dans des circonstances où l’employeur n’aurait vraisemblablement pas communiqué ces données. Je ne suis pas disposé à brouiller ainsi la distinction entre la fonction d’employeur et celle d’administrateur.
4. Je conclus qu’Indalex n’a pas manqué à son obligation fiduciaire en engageant la procédure fondée sur la *LACC* ou en omettant d’informer les bénéficiaires des régimes de son intention d’obtenir une ordonnance initiale fondée sur la *LACC*.
5. Je me penche maintenant sur la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle la demande et l’obtention des ordonnances DE sans préavis aux bénéficiaires des régimes, ainsi que la demande et l’obtention de l’approbation de la vente constituaient des manquements à l’obligation fiduciaire.
6. D’abord, je conviens avec la Cour d’appel que [traduction] « même si la décision initiale d’engager une procédure sous le régime de la *LACC* est de nature strictement commerciale [. . .], toutes les décisions ultérieures prises pendant l’instance ne le sont pas pour autant » (par. 132). C’est à cette étape que les intérêts commerciaux d’Indalex sont entrés en conflit avec ses obligations d’administrateur des régimes de retraite.
7. Les ordonnances DE auraient fort bien pu faire en sorte qu’Indalex ne puisse plus s’acquitter de ses obligations de capitalisation vis-à-vis des bénéficiaires des régimes. Lorsque, à l’issue de son appréciation commerciale et sur le fondement de la *LACC*, Indalex a sollicité des ordonnances qui auraient eu ou auraient pu avoir une telle conséquence, elle était en conflit avec son obligation d’administrateur des régimes de veiller au versement de toutes les cotisations dès leur exigibilité.
8. Je ne crois cependant pas que la seule existence de ce conflit d’intérêts et d’obligations constituait en soi un manquement à l’obligation fiduciaire dans les circonstances. Je le rappelle, la *LRR* autorise expressément l’employeur à administrer un régime, et les dispositions législatives relatives au conflit d’intérêts doivent être interprétées et appliquées en conséquence. En outre, un administrateur indépendant n’aurait eu aucun rôle décisionnel à jouer dans le déroulement de la procédure fondée sur la *LACC.* À mon sens, la difficulté résidait en l’espèce non pas dans l’existence du conflit, mais bien dans l’omission d’Indalex de prendre quelque mesure afin que les bénéficiaires des régimes aient la possibilité de veiller à la protection de leurs intérêts dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant. En résumé, le manquement ne tenait pas à l’existence du conflit, mais plutôt à l’omission de prendre les mesures qu’elle commandait.
9. Malgré l’omission d’Indalex de pallier le conflit d’intérêts, les bénéficiaires des régimes ont eux-mêmes pris des mesures pour être représentés aux étapes ultérieures de l’instance fondée sur la *LACC.* Les conséquences du manquement d’Indalex ont ainsi été atténuées; je reviendrai plus en détail sur ce point au moment de me pencher sur la fiducie par interprétation.
10. Néanmoins, aux fins du bon déroulement de toute procédure susceptible d’être engagée ultérieurement en application de la *LACC*, je saisis l’occasion d’offrir des repères en examinant brièvement les mesures que l’employeur-administrateur pourrait prendre pour pallier un tel conflit. Avant toute chose, l’employeur-administrateur qui se trouve en situation de conflit doit en informer le juge saisi sur le fondement de la *LACC.* Il ne suffit pas d’inscrire les bénéficiaires sur la liste des créanciers; le juge doit être informé que le débiteur, en sa qualité d’administrateur de régime, est en conflit d’intérêts ou susceptible de l’être.
11. Étant donné son expertise et ses connaissances dans ce domaine, le juge saisi en vertu de la *LACC* est bien placé pour déterminer la meilleure façon de faire en sorte que les bénéficiaires d’un régime soient dûment représentés au moment même où se déroule la procédure fondée sur la *LACC*.Informé de l’existence du conflit, le juge peut juger opportun de nommer, aux conditions qui lui paraissent indiquées, un administrateur ou un avocat indépendant à titre d’*amicus curiae*. Il est en effet arrivé qu’un juge nomme un avocat — et détermine les conditions de son mandat — pour représenter dans une instance fondée sur la *LACC* des personnes ayant intenté une action en responsabilité délictuelle, des clients, des pensionnés et des employés non syndiqués (*Rescue!*,p. 278; voir, p. ex., *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206 (C.S.J. Ont.)). Dans d’autres cas, le juge peut estimer qu’il est possible de donner avis aux bénéficiaires du régime sans recourir à quelque intermédiaire. À mon sens, la transmission d’un avis, même si elle est souhaitable, peut ne pas toujours être réaliste, et la décision s’y rapportant devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge. En revanche, le juge peut décider de limiter les prélèvements sur le financement DE jusqu’à ce que les bénéficiaires aient reçu un avis (*Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 24). En définitive, il appartient au juge d’exercer son pouvoir discrétionnaire et d’arrêter la ou les mesures appropriées. Comme l’exprime bien la Cour d’appel, ce qu’il faut se rappeler c’est que l’entreprise insolvable qui est également administrateur de régime ne peut [traduction] « simplement ignorer les obligations qui lui incombent en tant qu’administrateur des régimes une fois qu’elle a décidé de se prévaloir de la protection de la *LACC*» (par. 132).
12. J’estime que la Cour d’appel conclut à tort qu’Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes en prenant diverses mesures dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*. Je conviens cependant avec elle qu’Indalex a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de faire ce qu’il fallait pour que les bénéficiaires des régimes puissent être dûment représentés dans le cadre de cette procédure comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant.

 (iii) La motion présentée en vue de faire faillite

1. Indalex a aussi demandé la levée de la suspension accordée sur le fondement de la *LACC* afin qu’elle puisse faire cession de ses biens. Comme le dit le juge Campbell, cette démarche [traduction] « visait à donner effet à l’ordre de priorité qu’Indalex faisait valoir à l’encontre de la fiducie réputée » (par. 52). La Cour d’appel conclut qu’il s’agit d’un manquement aux obligations fiduciaires d’Indalex, car la motion a été présentée [traduction] « afin de faire échec aux prétentions relatives à la fiducie réputée et d’obtenir le transfert du fonds de réserve aux [débitrices américaines] » (par. 139). En toute déférence, je ne suis pas d’accord.
2. Il était certainement loisible à Indalex, l’employeur, de présenter une motion en vue de faire cession volontaire de ses biens. L’administrateur d’un régime de retraite n’a ni obligation, ni pouvoir à cet égard. Le problème en l’espèce tient non pas à la présentation de la motion, mais plutôt à ce qu’Indalex a omis de s’attaquer véritablement au problème du conflit entre ses intérêts commerciaux et ses obligations d’administrateur des régimes.
3. En résumé, j’estime qu’Indalex n’a pas manqué à une obligation fiduciaire lorsqu’elle a engagé la procédure fondée sur la *LACC* ou demandé la mesure en cause. Il y a eu manquement parce qu’Indalex n’a pas fait en sorte que les intérêts des bénéficiaires des régimes de retraite soient effectivement défendus dans le cadre de la procédure liée à son insolvabilité, en particulier lorsqu’elle a demandé l’approbation du financement DE et de la vente, puis présenté une motion en vue de faire faillite.

 (3) *Convenait-il en l’espèce d’imposer une fiducie par interprétation?*

1. La question qui se pose ensuite est celle de savoir si, comme le conclut la Cour d’appel, l’imposition d’une fiducie par interprétation constitue une réparation adéquate du manquement à l’obligation fiduciaire.
2. La Cour d’appel exerce son pouvoir discrétionnaire d’imposer une fiducie par interprétation, et cet exercice commande la déférence. Une telle mesure ne peut être infirmée en appel que si l’exercice du pouvoir discrétionnaire s’appuie sur un principe erroné (*Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85, cité dans *Soulos* *c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, par. 54, le juge Sopinka (dissident, mais pas sur ce point)). En toute déférence, les conclusions erronées de la Cour d’appel sur la portée des obligations fiduciaires de l’administrateur du régime nous obligent à revoir les conditions de l’imposition d’une fiducie par interprétation. Qui plus est, la Cour d’appel commet selon moi une erreur de principe lorsqu’elle conclut que l’actif convoité résulte du manquement à l’obligation fiduciaire, de sorte qu’il serait injuste que la partie fautive se l’approprie.
3. Comme je le mentionne précédemment, la Cour d’appel statue que le fonds de réserve fait l’objet d’une fiducie par interprétation à l’intention des bénéficiaires des régimes à raison d’un montant égal au déficit de liquidation global des deux régimes. En d’autres termes, une fois Indalex devenue insolvable, les bénéficiaires des régimes avaient droit au paiement de l’intégralité de leurs créances grâce à l’imposition judiciaire d’une fiducie prenant rang avant les créances garanties, ainsi que les créances chirographaires, à supposer que le régime des cadres n’ait bénéficié d’aucune fiducie réputée.
4. J’expose précédemment les raisons pour lesquelles je diffère d’opinion avec la Cour d’appel en ce qui concerne le manquement à l’obligation fiduciaire d’Indalex. Vu mes conclusions sur la nature du manquement susceptible de donner droit à réparation, je crois que la fiducie par interprétation ne saurait être imposée en l’espèce et que la Cour d’appel commet une erreur de principe en exerçant son pouvoir discrétionnaire d’accorder cette réparation.
5. Je suis en désaccord avec la Cour d’appel sur plusieurs points au sujet de la fiducie par interprétation; il ne me paraît pas du tout évident que l’une ou l’autre des conditions auxquelles une telle fiducie peut être imposée est remplie en l’espèce. Je n’examine cependant en détail que l’un de ces points. Comme je l’explique ci-après, l’imposition d’une fiducie par interprétation par suite d’un manquement à une obligation fiduciaire ne constitue une réparation appropriée que si un actif déterminable résulte des actes de l’auteur du manquement et qu’il serait injuste que ce dernier ou, parfois, un tiers, conserve cet actif. Or, selon moi, un tel actif n’a pas résulté de l’omission d’Indalex de pallier véritablement les conflits d’intérêts auxquels donnait lieu la procédure fondée sur la *LACC*.
6. La Cour d’appel reconnaît que, sauf lorsqu’il est question d’enrichissement sans cause, l’arrêt *Soulos* s’applique en matière de fiducie par interprétation imposée en guise de réparation. Aux paragraphes 19-45 de cet arrêt, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) écrit qu’une fiducie par interprétation peut constituer une réparation appropriée du manquement à l’obligation fiduciaire. Au paragraphe 45, elle énonce quatre conditions qui doivent généralement être réunies pour qu’une fiducie par interprétation puisse être imposée. Même si, dans *Soulos*, la juge McLachlin précise bien qu’il s’agit de conditions qui doivent « généralement » être réunies, toutes les parties au pourvoi conviennent qu’elles doivent toutes être respectées pour que le tribunal puisse imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation par suite d’un manquement à une obligation fiduciaire. Ces quatre conditions sont les suivantes :
	* + 1. le défendeur doit avoir été assujetti à une obligation en *equity*, c’est-à-dire une obligation du type de celles dont les tribunaux d’*equity* ont assuré le respect, relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens [ou de l’actif];
			2. il faut démontrer que la possession des biens [ou de l’actif] par le défendeur résulte des actes qu’il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l’obligation que l’*equity* lui imposait à l’égard du demandeur;
			3. le demandeur doit établir qu’il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d’autres personnes comme le défendeur s’acquittent de leurs obligations;
			4. il ne doit pas exister de facteurs qui rendraient injuste l’imposition d’une fiducie par interprétation eu égard à l’ensemble des circonstances de l’affaire; par exemple, les intérêts des créanciers intervenants doivent être protégés. [par. 45]
7. Je doute que la deuxième condition — la possession des biens (ou de l’actif) par Indalex résultant du manquement à ses obligations — soit remplie. Il y a fiducie par interprétation lorsque la loi impose à une personne de détenir un bien précis pour autrui (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, *Waters’ Law of Trusts in Canada* (3e éd. 2005), p. 454 (« *Waters* »)). Lorsqu’une telle réparation est accordée par suite d’un manquement à une obligation ou d’un enrichissement sans cause, elle vise à « empêcher [les personnes] de conserver des biens qu’en toute “conscience” elles ne devraient pas être autorisées à garder » (*Soulos*, par. 17). Il s’ensuit donc que la fiducie par interprétation peut certes constituer une réparation convenable dans divers cas, mais que la possession de biens doit généralement résulter des actes de la partie fautive (parfois, d’un tiers) vis-à-vis du demandeur, cette partie ou ce tiers fautif ne pouvant alors en toute justice et conscience garder les biens. Ce n’est pas le cas en l’espèce.
8. La Cour d’appel conclut que cette deuxième condition est respectée car [traduction] « [l]’actif [les sommes constituant le fonds de réserve] est directement lié à la procédure dans le cadre de laquelle Indalex a manqué à son obligation fiduciaire » (par. 204). À mon humble avis, cette conclusion s’appuie sur des principes de droit erronés. Pour satisfaire à la deuxième condition, il faut démontrer que la possession de l’actif par Indalex *résulte* du manquement à son obligation, et non seulement, comme le croit la Cour d’appel, qu’il y a un « lien » entre l’actif et la « procédure » dans le cadre de laquelle Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires. Rappelons que, dans *Soulos*, *l’acquisition par le défendeur de l’immeuble en cause était la conséquence directe du manquement à son devoir de loyauté* envers le demandeur (par. 48). Telle n’est pas la situation en l’espèce. Comme le dit notre Cour dans l’arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 995, dans le contexte d’une allégation d’enrichissement sans cause,

 pour qu’il y ait fiducie par interprétation, le demandeur doit établir qu’il a, du fait de sa contribution, un lien direct avec le bien qui se trouve grevé d’une fiducie.

1. Même si le manquement à l’obligation fiduciaire diffère grandement de l’enrichissement sans cause, dans l’arrêt *Lac Minerals*,le juge La Forest (avec l’accord du juge Lamer sur ce point) applique un critère semblable à une réparation liée au droit de propriété. Dans cette affaire,la fiducie par interprétation faisait suite à un acte fautif (p. 678, cité dans *Waters*, p. 471). Les remarques du juge La Forest confirment le caractère strict de la norme applicable à l’imposition judiciaire d’une fiducie par interprétation :

 La fiducie par interprétation confère un droit de propriété, mais ce droit ne peut exister que si un droit à une réparation a déjà été établi. Dans la grande majorité des cas, la fiducie par interprétation ne sera pas la réparation appropriée. [. . .] [I]l n’y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu’en présence d’un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d’un droit de propriété. [p. 678]

1. Le manquement intervenu en l’espèce consiste dans l’omission d’Indalex de pallier véritablement les conflits d’intérêts qu’a fait naître la procédure fondée la *LACC.* (Le manquement qui aurait découlé de la motion présentée en vue de faire faillite n’a pas à être considéré puisque la motion n’a été examinée et ne peut donc pas avoir permis l’entrée en possession de l’actif.) L’actif en cause correspond au fonds de réserve constitué par prélèvement sur le produit de la vente de l’entreprise en exploitation d’Indalex. Ce manquement d’Indalex n’est pas à l’origine des fonds que le contrôleur a conservés en constituant le fonds de réserve.
2. Quelle peut être l’issue de l’allégation des intimés selon laquelle il y a eu manquement aux exigences de procédure? Suivant la plus favorable, ni le financement DE ni la vente n’auraient été approuvés. Or, cette thèse est irrémédiablement viciée. Premièrement, en ce qui concerne la procédure d’approbation du financement DE, aucun élément de preuve n’établit que si Indalex avait pallié ses conflits dans le cadre de cette procédure, le financement aurait été refusé ou autorisé à d’autres conditions. Parfaitement informé de la situation des régimes de retraite, le juge saisi sur le fondement de la *LACC* estime que le financement DE [traduction] « s’impose », que « les requérantes ne disposent d’aucune autre solution permettant la continuité de l’exploitation » et que « les avantages du financement DE pour les intéressés et les créanciers l’emportent sur tout préjudice que pourrait causer aux créanciers non garantis l’octroi d’un financement garanti par une superpriorité » (motifs du juge Morawetz, 8 avril 2009, par. 6 et 9). En fait, les intimés réclament des fonds qui ont été obtenus uniquement grâce à la procédure qu’ils contestent aujourd’hui. Vu l’absence d’éléments de preuve voulant que des modalités de financement plus avantageuses aient pu être obtenues, et comme le juge est bien conscient de l’existence des réclamations des bénéficiaires des régimes et qu’il conclut que le financement DE s’impose, la prétention des intimés est non seulement conjecturelle, mais va aussi directement à l’encontre des conclusions du juge.
3. En ce qui concerne l’approbation de la vente et de la répartition de l’actif, il est clair que les bénéficiaires des régimes ont été représentés de manière indépendante, mais que cette mesure n’a rien changé au résultat. En juillet 2009, devant le juge Campbell, pendant toute l’audition des motions visant l’approbation de la vente et la répartition provisoire du produit de la vente, les intérêts des deux régimes ont bel et bien été défendus, même si Indalex n’y a peut-être pas été pour grand-chose.
4. Par l’entremise d’un avocat compétent, les retraités du régime des cadres se sont opposés à la vente en arguant que, selon le septième rapport du contrôleur, les valeurs de liquidation permettaient aux créanciers chirographaires de recouvrer plus d’argent. Le juge saisi des motions a rejeté leur opposition [traduction] « au motif qu’aucun élément de preuve n’appuyait clairement cette prétention et que, de toute façon, l’opération approuvée garantissait la valeur de l’actif pour les fournisseurs et les clients, et préservait environ 950 emplois » (motifs du juge Campbell en première instance, par. 13 (je souligne)). Les retraités du régime des cadres et le Syndicat, qui représentait certains participants du régime des salariés, a contesté la répartition projetée du produit de la vente. Il a dès lors été convenu que le juge entendrait leurs arguments au plus tôt et que le contrôleur conserverait des fonds suffisants pour donner suite aux prétentions des retraités dans le cas où il y serait fait droit (motifs du juge Campbell en première instance, par. 14-16).
5. Aucun élément de preuve n’appuie la prétention que l’actif constituant le fonds de réserve découle du manquement d’Indalex à son obligation fiduciaire en tant qu’administrateur de régime. Je suis donc d’avis que la Cour d’appel a tort de conclure que la deuxième condition à remplir pour qu’une fiducie par interprétation puisse être imposée — démontrer que la possession des biens par le défendeur résulte des manquements à ses obligations envers le demandeur — a été remplie.
6. Voici deux autres remarques au sujet de la fiducie par interprétation. L’une des préoccupations principales de la Cour d’appel est que, à défaut d’une telle fiducie par interprétation, le fonds de réserve se retrouve en la possession de sociétés ayant un lien de dépendance avec Indalex. Les débitrices américaines ont réclamé l’octroi du fonds de réserve en faisant valoir les sommes versées en exécution de leur garantie des prêts DE et qu’elles étaient par conséquent subrogées aux droits des créanciers DE et bénéficiaient de la priorité accordée à ces derniers. Sun Indalex a présenté une réclamation dans le cadre de la procédure de faillite intentée aux É.-U. à titre de créancier garanti des débitrices américaines. La Cour d’appel formule sa réticence comme suit : [traduction] « Permettre à Sun Indalex de recouvrer des sommes pour le compte [des débitrices américaines] équivaudrait à autoriser le débiteur d’obligations fiduciaires à tirer profit de manquements à celles-ci, et ce, au détriment des créanciers de ces obligations » (par. 199).
7. À mon humble avis, cette approche comporte deux failles. Les débitrices américaines ont dû véritablement débourser de l’argent pour honorer leurs garanties. De plus, à moins qu’un fondement juridique permette de faire abstraction de la personnalité morale distincte de chacune des entreprises, leur existence distincte doit être respectée. Ni les parties ni la Cour d’appel n’ont avancé un tel fondement.
8. Enfin, il convient de signaler que l’imposition d’une fiducie par interprétation est une mesure totalement disproportionnée au manquement d’Indalex à son obligation fiduciaire. Ce manquement — l’omission de pallier véritablement les conflits d’intérêts nés à l’occasion de la procédure fondée sur la *LACC* — n’a pas eu d’incidence défavorable sur les bénéficiaires des régimes par suite de la procédure d’approbation de la vente dont a résulté la possession des « biens » en cause. Les intérêts des régimes ont été dûment défendus avant que la vente ne soit approuvée et les fonds répartis. Tout compte fait, le tribunal a néanmoins estimé que la vente était dans le meilleur intérêt de l’entreprise. À mon humble avis, priver les autres créanciers de 6,75 millions de dollars pour réparer ce manquement est disproportionné au point d’être déraisonnable.
9. L’imposition judiciaire d’une fiducie par interprétation longtemps après les faits à titre de réparation risque de nuire à la certitude qui est essentielle à l’activité commerciale et qui est particulièrement importante lorsqu’il s’agit de financer le sauvetage d’une entreprise insolvable. Imposer une fiducie par interprétation par suite du manquement à l’obligation fiduciaire de veiller à ce que les bénéficiaires des régimes de retraite jouissent de garanties procédurales, alors qu’ils en ont bénéficié dans les faits, se révèle inéquitable au vu de l’ensemble des circonstances.
10. Je conclus que la fiducie par interprétation ne constitue pas une réparation appropriée en l’espèce et que la Cour d’appel a tort, sur le plan des principes, de l’imposer.

C. *Troisième question en litige : La Cour d’appel a-t-elle tort de conclure que la superpriorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC ne confère pas de préséance par application de la prépondérance fédérale?*

1. Bien que je ne sois pas d’accord avec ma collègue la juge Deschamps en ce qui concerne la portée de la fiducie réputée du par. 57(4), je conviens que si une fiducie est réputée exister en l’espèce, la créance DE prend rang avant elle en application de la doctrine de la prépondérance fédérale (par. 48-60).

D. *Quatrième question en litige : La décision de la Cour d’appel sur les dépens du Syndicat est-elle entachée d’une erreur?*

 (1) Introduction

1. L’adjudication des dépens en Cour d’appel s’est révélée assez complexe. Bien que le volet du présent pourvoi relatif aux dépens ne vise que ceux adjugés au Syndicat, il convient de revoir en détail l’ordonnance du tribunal inférieur sur les dépens afin de bien saisir les prétentions de cette partie.
2. Pour ce qui concerne les dépens en Cour d’appel, il n’y a pas d’adjudication favorable ou défavorable au contrôleur étant donné l’entente préalable conclue avec les anciens cadres et le Syndicat. La Cour d’appel ordonne toutefois que les anciens cadres et le Syndicat, qui ont gain de cause, se voient adjuger sur la base de l’indemnisation partielle des dépens de 40 000 $, frais et débours compris, payables solidairement par Sun Indalex et le syndic américain (décision relative aux dépens, 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, par. 7).
3. Le surintendant, Morneau Shepell Ltd., et les anciens cadres ont conclu une entente en ce qui concerne les honoraires et les débours, et la Cour d’appel l’a approuvée. Les anciens cadres ont obtenu, sur la base d’une indemnisation complète, la somme de 269 913,78 $ pour les honoraires et les débours, payable par prélèvement sur la caisse de retraite des cadres correspondant aux prestations de retraite accumulées respectivement par les 14 anciens cadres, puis répartie entre ces derniers selon leurs droits respectifs à pension aux termes du régime. En d’autres termes, les dépens ne devaient pas être supportés par les trois membres du régime des cadres qui n’ont pas pris part à l’instance (décision de la C.A. relative aux dépens, par. 2). Les dépens de l’appel payables par Sun Indalex et le syndic américain devaient être versés à la caisse du régime des cadres puis répartis entre les 14 anciens cadres selon leurs droits à pension suivant leur régime.
4. Le Syndicat a demandé le paiement de ses dépens à partir de la caisse du régime des salariés. La Cour d’appel a cependant rejeté la demande au motif que le Syndicat se trouvait dans une [traduction] « situation fondamentalement différente » de celle des anciens cadres (décision relative aux dépens, par. 3). Ces derniers étaient bénéficiaires de la caisse de retraite (14 des 17 participants au régime), ils avaient consenti au paiement des dépens à partir de leurs droits respectifs à des prestations et ceux qui n’avaient pas consenti à ce prélèvement n’étaient pas tenus à ce paiement. En revanche, le Syndicat était l’agent négociateur (et non le bénéficiaire) de seulement 7 des 169 participants du régime des salariés, dont aucun n’avait été avisé du paiement des frais de justice par prélèvement sur leur régime, ou y avait consenti. En outre, le Syndicat a demandé et demande toujours que ses dépens soient payés à partir de la caisse de retraite, ce qui diffère sensiblement de l’ordonnance rendue en faveur des anciens cadres. Ces derniers ont expressément fait en sorte que leur décision d’engager l’instance ne compromette pas les prestations de retraite des participants qui n’avaient pas retenu les services d’un avocat, même s’ils auraient évidemment tiré avantage d’un dénouement favorable au régime des cadres. Le Syndicat n’entend pas mettre les 162 participants qu’il ne représente pas à l’abri du risque lié à la poursuite. Il demande que tous les participants partagent ce risque même s’ils ne représentent que 7 d’entre eux. La démarche du Syndicat était donc substantiellement différente de celle des anciens cadres et que la cour a approuvée.

 (2) Norme de contrôle

1. Dans *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, le juge Rothstein statue que « l’adjudication des dépens est un exemple typique d’une décision discrétionnaire » (par. 126). L’attribution discrétionnaire de dépens ne doit donc être annulée en appel que si le tribunal inférieur « a commis une erreur de principe ou si cette attribution est nettement erronée » (*Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303, par. 27).

 (3) Analyse

1. Je ne vois en l’espèce aucune raison de revenir sur la décision de la Cour d’appel quant aux dépens. À mon avis, les prétentions du Syndicat reposent en grande partie sur une interprétation erronée de la décision de la Cour d’appel à cet égard. Contrairement à ce que fait valoir le Syndicat, la Cour d’appel *ne* tient *pas* le consentement des bénéficiaires du régime pour une condition préalable au paiement des dépens à partir de la caisse de retraite. Il est aussi erroné de laisser entendre que la décision relative aux dépens fait en sorte que [traduction] « les bénéficiaires ne peuvent être indemnisés des dépens que lorsqu’il existe un surplus dans la caisse de retraite en fiducie » ou qu’ils ne peuvent « financer l’exercice d’un recours lorsque la caisse est déficitaire » (mémoire du Syndicat, par. 71 et 76). Je ne considère pas non plus que, dans sa brève décision, la Cour d’appel établit la règle qu’un syndicat représentant les bénéficiaires d’une caisse de retraite ne peut être indemnisé de ses dépens par la caisse de retraite parce qu’il n’est pas lui-même bénéficiaire.
2. La thèse du Syndicat paraît avoir pour prémisses le droit qu’il aurait au paiement des dépens parce qu’il satisfait au critère qu’il formule à cet égard dans son mémoire et, puisque les participants du régime des cadres ont obtenu le paiement de leurs dépens à partir de leur caisse de retraite, le droit du Syndicat au paiement de ses dépens par prélèvement sur la caisse de retraite des salariés. J’estime néanmoins que ces prémisses ne sont pas valables.
3. La décision d’ordonner le paiement de dépens à partir d’une caisse de retraite demeure discrétionnaire. Dans *Nolan*, le juge Rothstein considère les différentes questions que se posent les tribunaux pour décider d’adjuger ou non à une partie des dépens qui seront payés par prélèvement sur une fiducie de retraite. Dans *Nolan*, la première considération générale était celle de savoir si l’objet du litige est la bonne administration de la fiducie. Pour se prononcer, les tribunaux se sont posé les questions suivantes : (1) le litige concerne-t-il essentiellement l’interprétation des documents constitutifs du régime; (2) vise-t-il à clarifier un aspect problématique du droit applicable; (3) constitue-t-il le seul moyen de préciser les droits des parties; (4) la mauvaise administration est-elle alléguée; (5) y a-t-il absence d’incidence sur les autres bénéficiaires de la fiducie? (*Nolan*,par. 126).
4. La deuxième considération générale examinée au par. 127 de l’arrêt *Nolan* est celle de savoir si le litige a été de nature contradictoire, ce qui soulève les questions suivantes : (1) la partie déboutée alléguait-elle le manquement à l’obligation fiduciaire; (2) le litige ne servait-il que les intérêts d’une catégorie de participants, et si les demandeurs avaient eu gain de cause, des dépens auraient-ils été imposés à d’autres participants; (3) le litige avait-il quelque fondement?
5. Je ne crois pas qu’il convienne de faire des deux considérations retenues dans *Nolan* (lesquelles constituent le critère applicable au paiement des dépens que formule le Syndicat) le critère qui permet de déterminer le droit à l’adjudication des dépens dans le contexte des régimes de retraite. Il est préférable de voir dans les facteurs énoncés dans *Nolan* — et dans la jurisprudence qui y est citée — des considérations de grande importance qui orientent les tribunaux dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de dépens.
6. Comme l’instance engagée en l’espèce portait sur des points de droit nouveaux, son issue était incertaine et les demandeurs couraient le risque d’être déboutés. La Cour d’appel opine essentiellement que le Syndicat, qui représentait seulement 7 des 169 participants du régime, ne devait pas être en mesure, dans les faits, d’imposer à tous les participants du régime, dont la plupart n’étaient pas membres du Syndicat, les risques inhérents au litige sans les consulter. Quels que puissent être les arguments invoqués à l’encontre de la décision de la Cour d’appel à la lumière de l’issue favorable du recours et du partage par tous les participants du régime des gains obtenus, l’échec du recours ne saurait justifier que tous les participants d’un régime déjà sous-capitalisé subissent les conséquences pécuniaires du risque couru.
7. Suivant la seconde prémisse de la prétention du Syndicat, si les participants du régime des cadres obtiennent paiement de leurs dépens à partir de leur caisse de retraite, les participants du régime des salariés devraient l’obtenir également. Or, telle n’est pas la teneur exacte de l’ordonnance de la Cour d’appel relative au régime des cadres.
8. Suivant cette ordonnance, seule la partie de la caisse de retraite attribuable aux participants qui ont pris part au recours — la grande majorité d’entre eux, faut-il le préciser — contribue au paiement des dépens même si tous les participants du régime tirent avantage du dénouement favorable. La Cour d’appel signale d’ailleurs ce qui suit :

 [traduction] Les retraités représentés par avocat, soit 14 des 17 participants du régime des cadres, ont consenti au paiement des dépens à partir de leurs droits respectifs à des prestations, et ceux qui n’ont pas consenti à ce prélèvement ne seront pas tenus au paiement. [Décision relative aux dépens, par. 3]

1. La Cour d’appel approuve donc un accord sur les dépens qui n’expose pas à un risque supplémentaire les fonds constituant les caisses de retraite et devant permettre le versement des prestations auxquelles ont droit ceux qui n’appuient pas l’exercice du recours. Par conséquent, elle n’applique pas au régime des cadres le critère qui, selon le Syndicat, vaudrait pour le paiement des dépens, car l’ordonnance relative aux dépens découle d’un accord et elle ne prévoit pas le paiement des dépens par prélèvement sur la caisse de retraite dans sa globalité.
2. S’agissant de la demande du Syndicat, nul accord n’est intervenu au même effet, et ce n’était pas seulement les participants derrière le recours qui s’exposaient au risque lié à l’issue de celui-ci.
3. Je ne vois aucune erreur de principe dans le refus de la Cour d’appel d’ordonner que les dépens du Syndicat soient payés à partir de la caisse de retraite, étant donné surtout l’issue du pourvoi devant notre Cour. Je suis d’avis de rejeter sans frais le pourvoi du Syndicat relatif aux dépens.

IV. Dispositif

1. Je suis d’avis d’accueillir les pourvois de Sun Indalex, de FTI Consulting et de George L. Miller, d’annuler les ordonnances de la Cour d’appel de l’Ontario et de rétablir celles rendues par le juge Campbell le 18 février 2010, sauf dans la mesure précisée ci-après.
2. En ce qui concerne les dépens, je suis d’avis d’annuler les ordonnances de la Cour d’appel sur les dépens afférents aux appels interjetés devant elle et d’ordonner que chacune des parties paie ses propres dépens devant la Cour d’appel et devant notre Cour.
3. Je suis d’avis de ne pas modifier les par. 9 et 10 de l’ordonnance de la Cour d’appel rendue concernant l’appel des anciens cadres, de sorte que les débours et honoraires de ces derniers, établis sur la base de l’indemnisation complète, qui totalisent 269 913,78 $, soient payés par prélèvement sur la partie de la caisse de retraite du régime des cadres correspondant aux prestations de retraite accumulées respectivement par les 14 anciens cadres; plus particulièrement, les dépens seront répartis entre les 14 anciens cadres en fonction de leurs droits respectifs à pension aux termes du régime et ne seront pas supportés par les trois autres participants.
4. Je suis d’avis de rejeter sans frais le pourvoi interjeté par le Syndicat relativement aux dépens.

 Version française des motifs des juges LeBel et Abella rendus par

 Le juge LeBel (dissident) —

I. Introduction

1. Les participants à deux régimes de retraite établis par Indalex Limited (« Indalex ») risquent de perdre au moins la moitié de leurs prestations de retraite du fait de l’insolvabilité de leur employeur et de l’arrangement homologué par la Cour supérieure de justice de l’Ontario en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »). La Cour d’appel de l’Ontario a jugé que ces participants avaient droit à une réparation. Mes collègues, les juges Deschamps et Cromwell, arrivent à la conclusion contraire, pour des motifs différents et en partie contradictoires. Avec égard pour leur opinion, et à l’instar de la Cour d’appel, je suis d’avis que la fiducie par interprétation peut s’appliquer en l’espèce et devrait être imposée, pour les motifs qui suivent.
2. Je ne résumerai pas les faits de l’affaire, mes collègues les ayant déjà exposés. Je m’y reporterai au besoin dans mes motifs. Cependant, avant d’expliquer mes divergences d’opinions avec mes collègues, j’indiquerai brièvement les questions de droit sur lesquelles je souscris, en totalité ou en partie, à leurs motifs.
3. À l’instar de mes collègues, je conclus que le régime des cadres ne pouvait être protégé par aucune fiducie réputée résultant de l’application du par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* »), puisque ce régime n’avait pas été liquidé lorsque la procédure fondée sur la *LACC* a été enclenchée. Comme la juge Deschamps, je conclus à l’existence d’une fiducie réputée dans le cas du déficit de liquidation du régime des salariés. Je reconnais toutefois aussi que la priorité de la créance des prêteurs au débiteur-exploitant (« DE ») sur toutes les autres l’emporte, par application du principe de la prépondérance fédérale. Je conviens également qu’il faut rejeter l’appel interjeté par le Syndicat des Métallos sur la question des dépens.
4. Toutefois, malgré le respect que je porte à mes collègues, je conçois différemment d’eux la nature et la portée des obligations fiduciaires de l’employeur qui choisit d’administrer un régime de retraite régi par la *LRR*. Sa double fonction n’autorise pas l’employeur à faire preuve de laxisme dans la définition et l’exercice de ses obligations fiduciaires, ni ne justifie ses actes répréhensibles. Au contraire, comme je l’expliquerai, j’estime qu’Indalex a non seulement manqué à ses obligations envers les bénéficiaires, mais adopté en fait une démarche qui allait à l’encontre de leurs intérêts. La gravité de ces manquements justifiait amplement la décision de la Cour d’appel d’imposer une fiducie par interprétation. Dans cette mesure, je suis d’avis de confirmer les motifs de la juge Gillese et le jugement de la Cour d’appel (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

II. Les obligations fiduciaires de l’employeur en sa qualité d’administrateur d’un régime de retraite

1. Avant d’analyser les obligations de l’employeur à titre d’administrateur d’un régime de retraite visé par la *LRR*, il faut examiner la situation des bénéficiaires. Qui sont-ils? À quelle période de leur vie en sont-ils? En quoi consistent leurs points vulnérables? Une relation fiduciaire s’entend de la relation factuelle et juridique entre un bénéficiaire vulnérable et un fiduciaire qui détient et peut exercer un pouvoir sur le bénéficiaire dans les situations prévues par la loi. L’analyse d’une telle relation nécessite un examen attentif des caractéristiques du bénéficiaire. Il ne faut pas s’en tenir à une perspective théorique et détachée, en négligeant de voir, très concrètement, comment la relation fonctionne et comment il est possible de la fausser, de la faire dévier ou d’en abuser, comme ce fut le cas en l’espèce.
2. Les bénéficiaires se trouvaient dans une position de grande vulnérabilité par rapport à Indalex. Ils ne jouissaient pas de la protection que l’existence d’un administrateur indépendant aurait pu leur assurer. Ils n’avaient pas la possibilité de donner leur avis ni de participer aux décisions à l’égard de la gestion des régimes. Toute l’information sur les régimes et sur leur situation leur provenait d’Indalex, à titre à la fois d’employeur et d’administrateur. Leur vulnérabilité particulière découlait essentiellement de leur relation avec Indalex, qui assumait cette double fonction (*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 68, le juge Cromwell). La nature de cette relation a entraîné des conséquences très concrètes sur leurs intérêts. Par exemple, comme le signale la juge Gillese dans ses motifs (par. 40), les décisions prises au fil de la gestion du régime des cadres et pendant la procédure fondée sur la *LACC* risquent de faire perdre aux participants entre la moitié et les deux tiers de leurs prestations, à moins d’une injection de fonds. Dans le cas des bénéficiaires retraités ou en fin de carrière, il s’agit probablement de pertes permanentes. Leur vie et leurs attentes s’en trouvent profondément affectées. Pour la plupart d’entre eux, ces pertes sont irrémédiables; aucun arrangement ne leur permettra d’entamer une nouvelle étape de leur vie. Nous ne devons pas considérer la situation des bénéficiaires comme une conséquence indirecte regrettable, mais inévitable, des fluctuations de l’économie. À mon avis, la loi devrait offrir une certaine protection aux bénéficiaires, et c’est ce que la Cour d’appel a tenté de faire en imposant la fiducie par interprétation.
3. Indalex se trouvait en situation de conflit d’intérêts dès qu’elle a envisagé de demander la protection de la *LACC* et de proposer un arrangement à ses créanciers. Du point de vue de l’entreprise, on ne pourrait guère trouver à redire à cette décision. Il s’agissait d’une décision d’affaires. Cependant, Indalex jouait en même temps le rôle de fiduciaire à l’égard des participants aux régimes et des retraités, et c’est là où le bât blesse. L’analogie avec les « deux chapeaux » ne constitue pas un moyen de défense pour Indalex. Elle ne pouvait pas mettre la relation fiduciaire de côté à sa guise lorsque cette relation entrait en conflit avec ses obligations ou ses décisions d’affaires. Tout au long de la procédure intentée sous le régime de la *LACC* et jusqu’à la nomination d’un administrateur indépendant (Morneau Shepell Ltd.) qui s’est substitué à elle, elle demeurait une fiduciaire.
4. Certes, la *LRR* autorise un employeur à agir à titre d’administrateur d’un régime de retraite en Ontario. Le législateur admet dans ces cas la possibilité d’un conflit d’intérêts. Néanmoins, à mon avis, rien dans la *LRR* ne permet de conclure que l’employeur, en sa qualité d’administrateur, serait assujetti à une norme moindre ou assumerait des fonctions et des obligations moins strictes qu’un administrateur indépendant. Il demeure un fiduciaire aux termes de la loi et en common law (*LRR*, par. 22(4)). L’employeur n’est pas tenu d’assumer le fardeau de l’administration des régimes de retraite qu’il a convenu d’établir ou qui sont le fruit de décisions antérieures. Par contre, s’il choisit de l’assumer, une relation fiduciaire prend naissance et l’on s’attend à ce que l’employeur soit capable d’éviter ou de régler les conflits d’intérêts susceptibles d’intervenir. Lorsque cela se révèle impossible, l’employeur demeure soumis à ses obligations fiduciaires et ne peut s’en débarrasser sommairement.
5. Dès qu’Indalex a envisagé la possibilité d’engager une procédure fondée sur la *LACC* et a opté pour cette solution, il aurait dû lui paraître évident que sa décision engendrerait des conflits avec les intérêts des bénéficiaires des régimes de retraite, en contravention au par. 22(4) de la *LRR*, et que la situation deviendrait insoutenable. Compte tenu de la nature des obligations qui lui incombaient à titre d’administrateur et de fiduciaire, Indalex ne pouvait plus coiffer « deux chapeaux ». Indalex avait le devoir de protéger les intérêts de la société, mais elle devait aussi s’acquitter de ses obligations fiduciaires envers les participants et bénéficiaires des régimes. Je ne lui reproche pas d’avoir présenté une demande sous le régime de la *LACC*, mais plutôt de ne pas avoir alors renoncé à administrer les régimes. Elle a même continué à les administrer pendant la procédure en vue de conclure un arrangement. D’autres conflits d’intérêts et manquements à ses obligations fiduciaires ainsi qu’aux règles fondamentales d’équité procédurale devant la Cour supérieure ont découlé de cette décision initiale. Qui plus est, Indalex a conservé tout au long de cette procédure une attitude fortement contraire aux intérêts des bénéficiaires, malgré le fait qu’elle administrait toujours les régimes, à tout le moins théoriquement.
6. Si la *LRR* offre à l’employeur le choix d’agir à titre d’administrateur d’un régime de retraite, elle ne l’autorise pas à manquer aux obligations fiduciaires qui découlent de cette fonction et il ne faudrait pas conclure qu’elle invite les tribunaux à escamoter les conséquences de tels manquements. Cette faculté de choisir présuppose la capacité de l’employeur-administrateur d’éviter les conflits d’intérêts qui entraînent de tels manquements. L’employeur qui choisit d’agir à titre d’administrateur ne saurait prétendre se trouver dans la même situation que l’État qui s’acquitte des obligations fiduciaires que lui impose la Constitution ou la loi à l’égard de certains groupes de la société. Ces obligations incombent à l’État, non pas par choix, mais en raison de son rôle. Dans ces circonstances, l’État est souvent appelé à concilier des intérêts opposés avec ses obligations envers la société en général (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*,2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 37-38) en s’acquittant de ses obligations fiduciaires. Si Indalex devait concilier des intérêts et des obligations contradictoires, comme elle le prétend, elle ne pouvait pas conserver la fonction d’administrateur qu’elle avait assumée de son plein gré. La solution consistait non pas à mettre en veilleuse sa fonction d’administrateur avec les obligations fiduciaires en découlant, mais à y renoncer et à la transférer avec diligence à un administrateur indépendant.
7. Il était loisible à Indalex de demander la protection de la *LACC*. Toutefois, il lui fallait dans ce cas prendre des mesures pour éviter les conflits d’intérêts. Son inaction a forcé les participants aux régimes à se débrouiller de leur mieux pour rattraper le train en marche une fois que le processus de financement DE assorti d’une priorité sur toutes les autres créances avait été mis en branle. Compte tenu de la manière dont ce processus a été engagé, un délai considérable s’est écoulé avant que les bénéficiaires puissent y participer réellement. Dans les faits, le Syndicat des Métallos, qui ne représentait qu’un petit nombre de bénéficiaires du régime des salariés, a agi en leur nom après le début du processus. Pour leur part, les participants au régime des cadres ont retenu les services d’un avocat. Cependant, du début à la fin, ils se sont heurtés à des difficultés concernant les avis, les délais et leur capacité de participer au processus. En effet, tout au long de la procédure intentée sous le régime de la *LACC*, le contrôleur et Indalex semblent s’être souciés davantage d’écarter les participants aux régimes que de veiller à ce qu’ils puissent être entendus. Le passage suivant des arguments présentés devant notre Cour par Morneau Shepell Ltd., l’administrateur ultérieur du régime, résume bien la conduite d’Indalex et du contrôleur à l’égard des bénéficiaires, dont les observations ne semblaient jamais tomber à point :

 [traduction] Lorsque l’avocat représentant les retraités a comparu à nouveau à l’audience sur la motion en approbation du processus de vente par soumission, ses objections ont été considérées comme prématurées :

 À mon avis, les questions soulevées par les retraités n’ont aucune incidence sur le processus de vente par soumission. Les retraités pourront soulever ces questions lorsqu’une motion en homologation d’une opération sera présentée — ce qui n’est pas le cas maintenant.

 Ce n’est que lorsque l’avocat a comparu relativement à la motion en homologation de la vente, conformément aux directives du juge des requêtes, que les préoccupations des bénéficiaires du régime de retraite ont finalement été entendues. À ce moment-là, selon les appelants, l’intervention des bénéficiaires arrivait trop tard et constituait une contestation indirecte de l’ordonnance DE initiale. Or, il ne peut pas être toujours soit trop tôt soit trop tard pour les groupes intéressés. [m.i., par. 54-55]

1. Je ne saurais passer sous silence la tentative ratée d’Indalex de faire cession de ses biens en faillite après l’homologation de la vente de l’entreprise. Cette manoeuvre visait entre autres à nuire aux intérêts des participants aux régimes. À l’époque, Indalex cumulait toujours ses deux fonctions, du moins sur le plan juridique. Cependant, ses obligations fiduciaires ne se trouvaient de toute évidence pas au centre de ses préoccupations. Les conflits d’intérêts se sont multipliés au cours de la procédure. Au lieu d’essayer de les régler, Indalex les a balayés du revers de la main. Elle a ainsi manqué à ses obligations fiduciaires et aux prescriptions du par. 22(4) de la *LRR*.

III. L’équité procédurale dans une procédure intentée sous le régime de la *LACC*

1. La manière dont l’instance s’est déroulée devant la Cour supérieure résultait, du moins en partie, du non-respect par Indalex de ses obligations fiduciaires. Les points de procédure soulevés devant la cour n’ont pas permis d’atténuer les conséquences de ces manquements. Certes, les bénéficiaires ont finalement obtenu ou reçu certains renseignements concernant la procédure et ils ont pu être représentés par un avocat à diverses étapes, mais l’esprit et les principes du système canadien de justice civile n’ont pas été respectés, et c’est là le problème fondamental.
2. Je reconnais que, souvent, le temps presse dans ce genre de procédure. La situation d’un débiteur nécessite la prise de mesures rapides et efficaces. Un litige qui s’éternise, comme certaines actions civiles, ne saurait convenir pour l’application de la *LACC*. Toutefois, la procédure prévue par cette loi n’est pas de nature purement administrative. Il s’agit également d’un processus judiciaire, assujetti à ce titre aux principes du système contradictoire. Les règles fondamentales de ce système ne sauraient être bafouées. Toutes les parties intéressées ont droit à une procédure équitable qui leur permet d’exprimer leur point de vue et d’être entendues. Il ne suffit pas à cet égard de répondre que rien d’autre ne pouvait être tenté, qu’il n’existait pas de solution meilleure ou, essentiellement, qu’entendre les participants aurait constitué une perte de temps. Dans toute procédure, que ce soit en droit administratif, pénal ou civil, le droit d’être informé et celui d’être entendu d’une manière ou d’une autre demeurent des principes fondamentaux de la justice. Ils demeurent applicables sous le régime de la *LACC*, comme le font remarquer certains auteurs et juges (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 55-56; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 5 (le juge Farley). Ces principes n’ont pas été respectés en l’espèce, et mes collègues le reconnaissent, mais minimisent les conséquences de tels manquements et vices de procédure.

IV. Imposition d’une fiducie par interprétation

1. Dans les circonstances, la décision de la Cour d’appel d’imposer une fiducie par interprétation ne me paraît pas erronée (par. 200-207). Il s’agit d’une décision équitable conforme aux exigences de la justice, selon les principes énoncés par notre Cour dans les arrêts *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, et *Soulos c. Korkontzilas*,[1997] 2 R.C.S. 217. Pareille réparation pour le tort causé par Indalex est fondée (*Soulos*, par. 36, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). Les faits de l’espèce respectent les quatre conditions qui justifient généralement l’imposition d’une fiducie par interprétation (*Soulos*, par. 45), comme le constate la juge Gillese aux par. 203-204 de ses motifs : (1) le défendeur était assujetti à une obligation en equity relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens; (2) il a été démontré que la possession des biens par le défendeur résultait des actes qu’il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l’obligation que l’equity lui imposait à l’égard du demandeur; (3) le demandeur a établi qu’il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d’autres personnes comme le défendeur s’acquittent de leurs obligations; (4) il n’existe pas de facteurs qui rendraient injuste l’imposition d’une fiducie par interprétation eu égard à l’ensemble des circonstances de l’affaire, comme la protection des intérêts des créanciers intervenants.
2. En imposant pareille réparation, la Cour d’appel a exercé la compétence inhérente des tribunaux de concevoir une réparation en equity en réponse non seulement à une question de procédure, mais également à une question de fond. L’article 9 de la *LACC* est formulé en termes généraux et n’a pas pour effet de priver le tribunal du pouvoir de combler au besoin les lacunes du droit pour rendre justice aux parties (G. R. Jackson et J. Sarra, « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law, 2007* (2008), 41, p. 78-79).
3. En imposant la fiducie, la Cour n’a pas négligé le fait qu’Indalex et Indalex É.-U. constituent des personnes morales distinctes. Elle a tenu compte à juste titre de leurs rapports étroits, la seconde contrôlant dans les faits la première. Il était possible, voire nécessaire, de prendre ces rapports en compte pour déterminer si la fiducie par interprétation constituait une réparation adéquate en l’espèce.
4. Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de confirmer la fiducie par interprétation et de rejeter l’appel avec dépens en faveur des intimés.

**ANNEXE**

*The Pension Benefits Amendment Act, 1973*,S.O. 1973, ch. 113

[traduction]

 **6.** La même loi est modifiée par l’adjonction de ce qui suit :

23*a.*—(1)  Toute somme qu’un employeur reçoit d’un employé conformément à une entente relative à son versement par l’employeur à titre de cotisation salariale est réputée détenue en fiducie par l’employeur en vue de son versement, après qu’il l’a reçue, au régime de retraite à titre de cotisation salariale, et l’employeur ne peut s’en approprier quelque partie ni la transformer à son usage personnel ou à un autre usage non autorisé par la fiducie.

 (2)  Pour les besoins du paragraphe 1, la somme qu’un employeur prélève sur une somme payable à l’employé, notamment par retenue salariale, est réputée constituer une somme que l’employeur reçoit de l’employé.

 (3)  Toute somme qu’un employeur doit verser à un régime de retraite à titre de cotisation patronale et qui est exigible aux termes du régime est réputée détenue en fiducie par l’employeur en vue de son versement au régime de retraite conformément à celui-ci, à la présente loi et au règlement, et l’employeur ne peut s’approprier ni transformer à son usage personnel ou à tout autre usage non autorisé par le régime quelque partie du montant qui doit être versé à la caisse.

*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1980, ch. 373

[traduction]

 **21.**. . .

 (2)  À la cessation ou à la liquidation d’un régime de retraite déposé en vue de son agrément en vertu de l’article 17, l’employeur est tenu de verser à l’assureur, à l’administrateur ou au fiduciaire du régime de retraite les sommes dont le versement aurait été par ailleurs exigible pour satisfaire aux critères de solvabilité, et ce, jusqu’à la date de la cessation ou de la liquidation du régime.

. . .

 **23.**—(1)  L’employeur qui reçoit une somme d’un employé conformément à une entente relative à son versement par l’employeur à un régime de retraite à titre de cotisation salariale est réputé la détenir en fiducie jusqu’à son versement au régime de retraite, et ce, qu’il l’ait conservée séparément ou non, et l’employé a un privilège sur l’actif de l’employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans les livres de compte, qu’il y soit consigné ou non.

. . .

 (3)  L’employeur qui est tenu de cotiser à un régime de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants au régime une somme dont le montant est calculé conformément au paragraphe (4), et ce,

 *a*)   que la cotisation de l’employeur soit payable ou non aux termes du régime ou de la présente Loi et

 *b*)   que l’employeur l’ait conservée séparément ou non,

et les participants ont un privilège sur l’actif de l’employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans des livres de compte, qu’il y soit consigné ou non.

 (4)  Aux fins de déterminer le montant qui est réputé détenu en fiducie en application du paragraphe (3) à une date précise, le calcul est effectué comme si le régime avait été liquidé à cette date.

. . .

 **32.**En plus des sommes que l’employeur est tenu de payer en application du paragraphe 21 (2), lors de la cessation ou de la liquidation d’un régime de retraite à prestations déterminées ou lorsqu’une modification fait en sorte qu’un régime n’est plus un régime de retraite à prestations déterminées, l’employeur est tenu de combler la différence entre

 *a*)   la valeur de l’actif du régime et

 *b*)   la valeur des prestations de retraite garanties suivant le paragraphe 31 (1) et de toutes autres prestations de retraite auxquelles le droit est acquis aux termes du régime,

et l’employeur verse à l’assureur, au fiduciaire ou à l’administrateur du régime de retraite les sommes ainsi requises de la manière prévue par règlement.

*Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2

[traduction]

 **2.**  **Le paragraphe 21 (2) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :**

 (2)  Lors de la cessation ou de la liquidation d’un régime de retraite enregistré, l’employeur dont les employés bénéficient du régime verse à l’administrateur, à l’assureur ou au fiduciaire du régime

a)   une somme dont le montant est égal

 (i)   au coût du service courant et

 (ii)   aux paiements spéciaux prescrits par règlement,

 qui sont accumulés à la date de la cessation ou de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui, suivant les conditions du régime et le libellé du règlement, ne sont pas encore dus;

b)   toute autre somme qui, aux termes du régime de retraite ou du règlement, est due par l’employeur au régime de retraite, mais qui n’a pas été versée à la date de la cessation ou de la liquidation.

 (2a)  Pour les besoins de l’alinéa (2) a), le coût du service courant et les paiements spéciaux sont réputés s’accumuler sur une base quotidienne.

 **3.  L’article 23 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :**

 **23.**—(1)  L’employeur qui reçoit de l’argent d’un employé en vertu d’un arrangement précisant que l’employeur versera cet argent à un régime de retraite en tant que cotisation de l’employé aux termes du régime de retraite est réputé détenir cet argent en fiducie pour l’employé jusqu’à ce que l’employeur verse cet argent au régime de retraite.

 (2)  Pour l’application du paragraphe (1), toute retenue à la source ou autre somme prélevée par l’employeur est réputée constituer de l’argent que l’employeur reçoit de l’employé.

 (3)  L’administrateur ou le fiduciaire du régime de retraite a un privilège sur l’actif de l’employeur à raison d’un montant égal à la somme réputée détenue en fiducie suivant le paragraphe (1).

 (4)  L’employeur qui, dans le cadre d’un régime de retraite, est tenu de cotiser à ce régime est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants du régime une somme égale au total

 a)   de toutes les sommes que l’employeur est tenu de verser au régime pour acquitter

 (i)  le coût du service courant et

 (ii)   les paiements spéciaux prescrits par règlement

 qui sont dus aux termes du régime ou du règlement, et qui n’ont pas été versés;

 b) lors de la cessation ou de la liquidation du régime, toute autre somme que l’employeur est tenu de payer en vertu de l’alinéa 21 (2) a).

 (5)  L’administrateur ou le fiduciaire du régime de retraite a un privilège sur l’actif de l’employeur à raison d’un montant égal à celui de la somme qui est réputée détenue en fiducie suivant le paragraphe (4).

(6)  Les paragraphes (1) et (4) s’appliquent que les sommes mentionnées soient conservées séparément ou non.

. . .

 **8.  Les articles 32 et 33 de la même loi sont abrogés et remplacés par ce qui suit :**

 **32.**—(1)  L’employeur dont les employés participent à un régime de retraite à prestations déterminées par lequel il est lié ou auquel il est partie et qui fait l’objet d’une liquidation partielle ou totale est tenu de verser à l’administrateur, à l’assureur ou au fiduciaire du régime un montant égal à l’excédent de la valeur des prestations de retraite garanties par l’article 31 et de la valeur des prestations de retraite acquises suivant le régime de retraite à prestations déterminées sur la valeur de l’actif du régime établie conformément au règlement applicable au paiement des prestations de retraite accumulées eu égard aux états de services en Ontario.

 (2)  Le versement que l’employeur est tenu d’effectuer suivant le paragraphe (1) s’ajoute à celui exigé au paragraphe 21 (2).

 (3)  L’employeur verse à l’assureur, au fiduciaire ou à l’administrateur du régime de retraite à prestations déterminées, de la manière prescrite par règlement, toute somme dont le versement est exigé au paragraphe (1).

*Loi de 1987 sur les regimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35

 **58.**(1)  L’employeur qui reçoit de l’argent d’un employé en vertu d’un arrangement précisant que l’employeur versera cet argent à une caisse de retraite en tant que cotisation de l’employé aux termes du régime de retraite, est réputé détenir cet argent en fiducie pour l’employé jusqu’à ce que l’employeur verse cet argent à la caisse de retraite.

. . .

 (3)  L’employeur qui est tenu de cotiser à une caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont dues et impayées à la caisse de retraite.

 (4)  Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

. . .

 **59.**(1)  L’intérêt sur l’argent qu’un employeur est tenu de verser à une caisse de retraite s’accumule sur une base quotidienne.

 (2)  L’intérêt sur les cotisations est calculé et crédité à des taux qui ne sont pas inférieurs aux taux prescrits et conformément aux exigences prescrites.

. . .

 **75.**(1)  En Ontario, un participant à un régime de retraite dont le total de l’âge plus le nombre d’années d’emploi continu ou d’affiliation continue est d’au moins cinquante-cinq, à la date de prise d’effet de la liquidation totale ou partielle, a droit à l’une des pensions suivantes :

 a)   une pension conforme aux conditions du régime de retraite si, aux termes du régime de retraite, le participant est admissible au paiement immédiat d’une prestation de retraite;

 b)   une pension conforme aux conditions du régime de retraite, commençant à la plus antérieure des dates suivantes :

 (i)   la date normale de retraite prévue par le régime de retraite,

 (ii)   la date à laquelle le participant aurait droit à une pension non réduite aux termes du régime de retraite si celui-ci n’était pas liquidé et que l’affiliation du participant avait continué jusqu’à cette date;

 c)   une pension réduite dont le montant correspond à celui à verser aux termes du régime de retraite commençant à la date à laquelle le participant aurait droit à la pension réduite en vertu du régime de retraite si celui-ci n’était pas liquidé et que l’affiliation du participant avait continué jusqu’à cette date.

. . .

 **76.**(1)  Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l’employeur verse à la caisse de retraite :

 a)   d’une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n’ont pas été versés à la caisse de retraite;

 b)  d’autre part, un montant égal au montant dont :

 (i)   la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si la Commission déclare que le Fonds de garantie s’applique au régime de retraite,

 (ii)  la valeur des prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,

 (iii)   la valeur des prestations accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et qui résultent de l’application du paragraphe 40 (3) (règle des 50 pour cent),

 dépassent la valeur de l’actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario.

*Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8

 **57.**(1)  [Bien en fiducie] L’employeur qui reçoit de l’argent d’un employé en vertu d’un arrangement précisant que l’employeur versera cet argent à une caisse de retraite en tant que cotisation de l’employé aux termes du régime de retraite, est réputé détenir cet argent en fiducie pour l’employé jusqu’à ce que l’employeur verse cet argent à la caisse de retraite.

 (2)  [Sommes retenues] Pour l’application du paragraphe (1), l’argent retenu des sommes payables à l’employé par l’employeur, que ce soit par retenues salariales ou autrement, est réputé être de l’argent que l’employeur a reçu de l’employé.

 (3)  [Cotisations accumulées] L’employeur qui est tenu de cotiser à une caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont dues et impayées à la caisse de retraite.

 (4)  [Liquidation] Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

. . .

 **58.** (1)  [Accumulation] L’argent qu’un employeur est tenu de verser à une caisse de retraite s’accumule sur une base quotidienne.

 (2)  [Intérêt] L’intérêt sur les cotisations est calculé et crédité à des taux qui ne sont pas inférieurs aux taux prescrits et conformément aux exigences prescrites.

. . .

 **74.**(1)  [Événements déclencheurs] Le présent article s’applique si une personne cesse d’être un participant à la date de prise d’effet de l’un des événements déclencheurs suivants :

 1. La liquidation du régime de retraite, si sa date de prise d’effet tombe le 1er avril 1987 ou après cette date.

 2. La cessation, par l’employeur, de l’emploi d’un participant, si sa date de prise d’effet tombe le 1er juillet 2012 ou après cette date, la présente disposition ne s’appliquant toutefois pas si la cessation se produit dans les circonstances visées au paragraphe (1.1).

 3. L’arrivée d’autres événements prescrits dans les circonstances prescrites par règlement.

 (1.1)  [Idem : cessation d’emploi] La cessation de l’emploi n’est pas un événement déclencheur si elle résulte d’un acte d’inconduite délibérée, d’indiscipline ou de négligence volontaire du participant qui n’est pas frivole et que l’employeur n’a pas toléré, ou qu’elle se produit dans les autres circonstances prescrites.

 (1.2)  [Exceptions : choix fait par certains régimes de retraite] Le présent article ne s’applique pas à l’égard d’un régime de retraite conjoint ou d’un régime de retraite interentreprises tant qu’un choix fait en vertu de l’article 74.1 pour le régime et les participants est en vigueur.

 (1.3)  [Prestation] En Ontario, un participant à un régime de retraite dont le total de l’âge plus le nombre d’années d’emploi continu ou d’affiliation continue est d’au moins 55, à la date de prise d’effet de l’événement déclencheur, a droit à l’une des pensions suivantes :

 a) une pension conforme aux conditions du régime de retraite si, aux termes de celui-ci, il est admissible au paiement immédiat d’une prestation de retraite;

 b) une pension conforme aux conditions du régime de retraite, commençant à la première des dates suivantes :

 (i) la date normale de retraite prévue par le régime de retraite,

 (ii) la date à laquelle il aurait droit à une pension non réduite aux termes du régime de retraite si l’événement déclencheur ne s’était pas produit et que son affiliation avait continué jusqu’à cette date;

 c) une pension réduite dont le montant correspond à celui à verser aux termes du régime de retraite commençant à la date à laquelle il aurait droit à la pension réduite en vertu du régime de retraite si l’événement déclencheur ne s’était pas produit et que son affiliation avait continué jusqu’à cette date.

 (2)  [Partie d’année] Pour déterminer le total de l’âge plus l’emploi ou l’affiliation, un crédit d’un douzième est accordé pour chaque mois d’âge et pour chaque mois d’emploi ou d’affiliation continus à la date de prise d’effet de l’événement déclencheur.

 (3)  [Participant pendant 10 ans] Les prestations de raccordement offertes aux termes du régime de retraite auxquelles un participant aurait droit si l’événement déclencheur ne s’était pas produit et que l’affiliation du participant continuait, sont incluses dans le calcul de la prestation de retraite prévue au paragraphe (1.3) dans le cas d’une personne qui a accumulé au moins 10 années d’emploi continu chez l’employeur ou qui est un participant depuis au moins 10 ans.

 (4)  [Prestation de raccordement distribuée proportionnellement] Pour l’application du paragraphe (3), si la prestation de raccordement offerte aux termes du régime de retraite ne se rapporte pas à des périodes d’emploi ou d’affiliation au régime de retraite, la prestation de raccordement est distribuée selon le rapport qui existe entre la période réelle d’emploi du participant à la période d’emploi que le participant aurait faite à la première date à laquelle le membre aurait droit au paiement de prestations de retraite et d’une pleine prestation de raccordement aux termes du régime de retraite si l’événement déclencheur ne s’était pas produit.

 (5)  [Avis de licenciement] L’affiliation à un régime de retraite qui est liquidé inclut la période de préavis de licenciement exigé en vertu de la partie XV de la *Loi de 2000 sur les normes d’emploi*.

 (6)  [Champ d’application du par. (5)] Le paragraphe (5) ne s’applique pas afin de calculer le montant de la prestation de retraite d’un participant qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite, à moins que le participant verse les cotisations à l’égard de la période de préavis de licenciement.

 (7)  [Consentement de l’employeur] Pour l’application du présent article, si le consentement de l’employeur est une condition d’admissibilité au droit de recevoir une prestation accessoire, l’employeur est réputé avoir donné son consentement.

 (7.1)  [Consentement de l’administrateur : régimes de retraite conjoints] Pour l’application du présent article, si le consentement de l’administrateur d’un régime de retraite conjoint est une condition d’admissibilité au droit de recevoir une prestation accessoire, l’administrateur est réputé avoir donné son consentement.

 (8)  [Calcul de la prestation de retraite] La prestation mentionnée à l’alinéa (1.3) a), b) ou c) à l’égard de laquelle un participant a rempli toutes les conditions d’admissibilité prévues au présent article est incluse dans le calcul de la prestation de retraite du participant ou de sa valeur de rachat.

. . .

 **75.** (1) [Responsabilité de l’employeur à la liquidation] Si un régime de retraite est liquidé, l’employeur verse à la caisse de retraite :

 a) d’une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n’ont pas été versés à la caisse de retraite;

 b) d’autre part, un montant égal au montant dont :

 (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le surintendant déclare que le Fonds de garantie s’applique au régime de retraite,

 (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,

 (iii) la valeur des prestations accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et qui résultent de l’application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l’article 74,

 dépassent la valeur de l’actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario.

 *Pourvois de Sun Indalex Finance, George L. Miller et FTI Consulting accueillis, les juges* LeBel *et* Abella *sont dissidents. Pourvoi du Syndicat des Métallos rejeté.*

 Procureurs de l’appelante Sun Indalex Finance, LLC : Goodmans, Toronto.

 Procureurs de l’appelant George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7 : Chaitons, Toronto.

 Procureurs de l’appelante FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d’Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d’Indalex Limited : Stikeman Elliott, Toronto.

 Procureurs de l’appelant/intimé le Syndicat des Métallos : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

 Procureurs des intimés Keith Carruthers, et autres : Koskie Minsky, Toronto.

 Procureurs de l’intimée Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau Sobeco, société en commandite) : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

 Procureur de l’intimé/intervenant le Surintendant des services financiers : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

 Procureurs de l’intervenant l’Institut d’insolvabilité du Canada : Thornton Grout Finnigan, Toronto.

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

 Procureurs de l’intervenante la Fédération canadienne des retraités : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

 Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation : McMillan, Montréal.

 Procureurs de l’intervenante l’Association des banquiers canadiens : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.