

ONGLET 19



Revue 2016

Printemps 2016 - Tome 75

A Bridge Over Troubled Waters: Why the Class Action Is a Child of Our Times and a Harbinger of Things to Come
Shaun E. FINN

Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite ?
Alain PRÉVOST

Terre et ciel dans le droit québécois du mariage - Commentaire sur le jugement *Droit de la famille - 16244*
Harith AL-DABBAGH

Discrimination fondée sur l'origine nationale par un ordre professionnel : les enseignements de la décision *Association of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61
Geneviève ST-LAURENT

L'emploi légitime de la force policière en vertu de l'article 25 du *Code criminel* canadien
David VACHON-ROSEBERRY

La réforme du cadre juridique réglementant les mesures anti-OPA : chronique d'une occasion manquée
Xavier BOULET

CHRONIQUE

Droit international. Omar Khadr : criminel de guerre ? Une analyse d'accusations sans fondements en droit international
Camille MARQUIS BISSONNETTE,
Fannie LAFONTAINE et Julia GRIGNON

Droit criminel. Quand le droit criminel s'invite dans l'arène sportive : le dopage comme fraude
Simon ROY et Éric LEBLANC

La Revue

Barreau
du Québec



Revue 2016
Printemps 2016 – Tome 75

A Bridge Over Troubled Waters: Why the Class Action Is a
Child of Our Times and a Harbinger of Things to Come

Shaun E. FINN 1

Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes
de retraite ?

Alain PRÉVOST 23

Terre et ciel dans le droit québécois du mariage –
Commentaire sur le jugement *Droit de la famille – 16244*

Harith AL-DABBAGH 65

Discrimination fondée sur l'origine nationale par un ordre
professionnel : les enseignements de la décision *Association
of Professional Engineers and Geoscientists of
Alberta v. Mihaly*, 2016 ABQB 61

Geneviève ST-LAURENT 95

L'emploi légitime de la force policière en vertu de l'article 25
du *Code criminel* canadien

David VACHON-ROSEBERRY 115

Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite ?

Alain PRÉVOST

Résumé

Depuis la crise financière de 2008, plusieurs entreprises ayant instauré des régimes complémentaires de retraite ont éprouvé des difficultés financières et n'ont ainsi pas été en mesure de les financer adéquatement. Malheureusement, de nombreux travailleurs et retraités ont ainsi vu leurs prestations de retraite être réduites, parfois de manière très importante. Pourtant, la législation existante offre depuis longtemps un mécanisme juridique visant à protéger le financement des régimes complémentaires de retraite : la fiducie réputée. Ces dispositions créent une fiction juridique que des biens de l'employeur ayant une valeur égale aux sommes devant être versées à la caisse de retraite sont réputés être soustraits de son patrimoine de façon à les mettre à l'abri des réclamations de ses autres créanciers. Toutefois, l'efficacité de ce mécanisme laisse grandement à désirer en cas d'insolvabilité de l'employeur.

Au cours des dernières années, les tribunaux québécois ont eu à se prononcer à au moins quatre reprises sur l'application de dispositions législatives constituant une fiducie réputée à l'égard des sommes dues à une caisse de retraite. Toutefois, les décisions qui ont été rendues dans les affaires *White Birch*, *Timminco*, *Aveos* et *Bloom Lake* semblent difficiles à concilier. Dans le présent article, l'auteur examine ces quatre décisions intervenues dans le cadre de procédures engagées en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* en vue d'en tirer les principales conclusions et d'inciter le législateur à clarifier la situation.

Abstract

Since the 2008 financial crisis, several employers sponsoring supplemental pension plans have experienced financial difficulties that have precluded them from adequately funding these pension plans. As a result, many workers and retirees have unfortunately had their pension benefits reduced, sometimes significantly. Yet, a legal device designed to protect the funding of supplemental pension plans has for long been part of pension legislation: a deemed trust. Such provisions create a legal fiction that assets of the employer in an amount equal to the sums to be paid to the pension fund are deemed to form no part of the estate of the employer so as to protect these assets from the claims of other creditors. However, this device has not really been effective in the case of insolvent employers.

Over the last few years, Québec courts have had to rule in at least four instances on the application of provisions creating a deemed trust for amounts due to a pension fund. However, decisions rendered in the matter of *White Birch*, *Timminco*, *Aveos* and *Bloom Lake* are somewhat difficult to reconcile. Based on a review of these four recent decisions involving proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, this article attempts to lay out the main conclusions to be drawn from these decisions and also to encourage legislators to clarify the situation.

Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite ?

Alain PRÉVOST*

Introduction	27
1. Contexte historique	30
2. La loi ontarienne	34
2.1 L'affaire <i>Indalex</i>	35
3. La loi québécoise	37
3.1 L'affaire <i>White Birch</i>	39
3.2 L'affaire <i>Timminco</i>	41
4. La loi fédérale	46
4.1 L'affaire <i>Aveos</i>	47
4.2 L'affaire <i>Bloom Lake</i>	51
Conclusion	59

* Avocat à la retraite et membre du Barreau du Québec. L'auteur a fait carrière au ministère de la Justice du Canada et y a notamment occupé le poste d'avocat général du Bureau du surintendant des institutions financières de 1996 à 2014. Les avis exprimés dans ce texte n'engagent toutefois que son auteur.

Introduction

L'augmentation croissante de l'espérance de vie en amène plusieurs à s'interroger sur le financement de la retraite et, de façon plus particulière, sur la pérennité des régimes de retraite existants, tant publics que privés¹. La santé financière des caisses de retraite a particulièrement été éprouvée par la crise financière de 2008 de même que par le ralentissement économique et la faiblesse soutenue des taux d'intérêt qui en ont découlé. La transformation du marché de l'emploi inquiète également. Cette situation a notamment amené les gouvernements à instaurer des mesures telles les régimes volontaires d'épargne-retraite² tandis que d'autres proposent la bonification des régimes publics existants³ ou encore la création de nouveaux régimes publics⁴.

En ce qui concerne les régimes privés, plusieurs entreprises qui avaient instauré des régimes complémentaires de retraite au bénéfice de leurs employés ont éprouvé des difficultés financières et n'ont ainsi pas été en mesure de les financer adéquatement. La situation est particulièrement difficile pour les régimes à prestations déterminées⁵. Malheureusement, de nombreux travailleurs et retraités ont ainsi vu leurs prestations de retraite être réduites, parfois de manière très importante. Si les cotisations ayant déjà été versées à la caisse de retraite sont à l'abri des créanciers de

1. Voir notamment le rapport du Comité d'experts sur l'avenir du système de retraite québécois, *Innovier pour pérenniser le système de retraite*, gouvernement du Québec, 2013 (ci-après le Rapport D'Amours).
2. Au fédéral, la *Loi sur les régimes de pension agréés collectifs*, L.C. 2012, ch. 16, et au Québec, la *Loi sur les régimes volontaires d'épargne-retraite*, RLRQ, ch. R-17.0.1.
3. Notamment le Régime de pensions du Canada et son pendant québécois le Régime de rentes du Québec.
4. Voir notamment la *Loi de 2015 sur le Régime de retraite de la province de l'Ontario*, L.O. 2015, ch. 5, de même que la recommandation du Rapport D'Amours de mettre en place une rente longévité.
5. Il existe deux grands types de régimes complémentaires de retraite : les régimes à prestations déterminées (PD) et les régimes à cotisations déterminées (CD). Les régimes PD comportent l'engagement de verser une rente de retraite établie en fonction d'une formule prédéterminée. Les régimes CD ne comportent pas de tel engagement, la rente versée étant simplement fonction du capital accumulé. Plus récemment, de nouveaux types de régimes plus flexibles ont également fait leur apparition, notamment les régimes à prestations cibles.

l'employeur puisqu'elles sont détenues par un fiduciaire ou par un assureur, il n'en est pas de même pour les cotisations devant être versées par l'employeur. Pourtant, la législation existante offre depuis longtemps un mécanisme juridique visant à protéger le financement des régimes complémentaires de retraite ; il s'agit de la fiducie réputée. De telles dispositions créent une fiction juridique que des biens de l'employeur ayant une valeur égale aux sommes devant être versées à la caisse de retraite sont réputés être soustraits de son patrimoine de façon à les mettre à l'abri des réclamations de ses autres créanciers⁶. Ces dispositions prennent évidemment toute leur importance en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice. Elles visent ainsi à accroître les chances que les retraités et les autres bénéficiaires du régime puissent effectivement toucher les prestations de retraite qui leur ont été promises. Il faut toutefois reconnaître que l'efficacité de ce mécanisme laisse grandement à désirer en cas d'insolvabilité de l'employeur. Les tribunaux ont notamment tendance à leur donner une interprétation restrictive du fait que les fiducies réputées visent souvent des sommes importantes qui viendraient réduire d'autant le gage commun des créanciers. Plusieurs déplorent d'ailleurs le faible degré de protection que la législation canadienne accorde aux réclamations des bénéficiaires des régimes de retraite en cas d'insolvabilité de l'employeur⁷.

Au cours des dernières années, les tribunaux québécois ont eu à se prononcer à au moins quatre reprises sur l'application de dispositions législatives constituant une fiducie réputée à l'égard des sommes dues à une caisse de retraite. Par ailleurs, au cours de la même période, la Cour suprême du Canada s'est prononcée

6. Au fédéral, la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985), ch. 32 (2^e suppl.), par. 8(2) (ci-après la LNPP ou loi fédérale). Au Québec, la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, R.L.R.Q., ch. R-15.1, art. 49 (ci-après la LRRCR ou loi québécoise). En Ontario, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, par. 57(3) et (4) (ci-après la LRR ou loi ontarienne).

7. "The most recent legislative amendments enhanced the priority of wage and pension claims under Canadian Insolvency Law. Still, internationally, Canada falls near the bottom of more than 60 countries in its protection of employees and pensioners in insolvency. Canada should consider further enhancement of the priorities granted." ; Janis SARRA, *Examining the Insolvency Toolkit, Report of the Public Meetings on the Canadian Commercial Insolvency Law System*, juillet 2012, p. 96 ; https://www.insolvency.ca/en/literesources/resources/Examining_the_Insolvency_Toolkit_Dr._J_Sarra_2012.pdf.

dans l'affaire *Indalex*⁸ sur des dispositions semblables de la loi ontarienne.

Toutefois, les décisions que les tribunaux québécois ont rendues en la matière semblent difficiles à concilier. Ainsi, dans l'affaire *White Birch*⁹, le juge Mongeon a d'abord conclu que la fiducie réputée de la loi québécoise n'était pas valide, notamment du fait qu'elle ne respectait pas les conditions essentielles à la constitution d'une véritable fiducie. Le même juge s'est toutefois ravisé dans l'affaire *Timminco*¹⁰ en y concluant que la fiducie réputée de la loi québécoise était bel et bien valide et qu'elle avait préséance sur les droits des créanciers garantis. Dans l'affaire *Aveos*¹¹, le juge Schragger¹² a conclu que la fiducie réputée de la loi fédérale n'avait pas préséance sur les droits des créanciers garantis dont la sûreté avait été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée. Enfin, dans l'affaire *Bloom Lake*¹³, le juge Hamilton a conclu que la fiducie réputée de la loi fédérale était implicitement écartée par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹⁴ de sorte qu'elle ne faisait pas obstacle à l'octroi d'une superpriorité en vertu de cette loi. Il importe de souligner qu'aucune de ces décisions de la Cour supérieure du Québec n'a été portée en appel, si ce n'est qu'une requête pour permission d'appel a été rejetée dans l'affaire *Bloom Lake*¹⁵.

À partir de l'étude de ces quatre décisions récentes des tribunaux québécois concernant l'application de la fiducie réputée dans le cadre de procédures engagées en vertu de la LACC, le présent article tente d'en tirer les principales conclusions et, du même souffle, de partager certaines réflexions à l'intention des juristes et autres intervenants qui risquent d'être confrontés à cette ques-

8. *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6 (1^{er} février 2013) (ci-après *Indalex*).
9. *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2012 QCCS 1679 (20 avril 2012) (ci-après *White Birch*).
10. *Timminco ltée (Arrangement relatif à)*, 2014 QCCS 174 (24 janvier 2014) (ci-après *Timminco*).
11. *Aveos Fleet Performance Inc. / Aveos Performance aéronautique inc. (Arrangement relatif à)*, 2013 QCCS 5762 (20 novembre 2013) (ci-après *Aveos*).
12. Le juge Schragger a été nommé à la Cour d'appel du Québec le 13 juin 2014.
13. *Bloom Lake, g.p.l. (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCS 3064 (26 juin 2015) (ci-après *Bloom Lake*).
14. L.R.C. (1985), ch. C-36 (ci-après la LACC).
15. *Bloom Lake, g.p.l. (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCA 1351 (18 août 2015) (ci-après *Bloom Lake – CA*).

tion à l'avenir. Par ailleurs, ces réflexions sauront peut-être aussi inspirer les législateurs qui souhaiteraient clarifier la situation¹⁶.

1. Contexte historique

Les régimes complémentaires de retraite parrainés par les employeurs au bénéfice de leurs employés ont connu un essor important au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, ce qui a amené les législateurs fédéral et provinciaux à instituer un cadre réglementaire visant essentiellement à protéger les droits des participants à ces régimes. Les premières lois d'application générale ont ainsi été adoptées dans les années 1960. Il y a lieu de souligner que les régimes complémentaires de retraite étant accessoires au contrat de travail, le partage des compétences constitutionnelles en la matière reflète donc celui qui s'applique en droit du travail. La majorité des régimes de retraite relèvent ainsi de la compétence provinciale tandis que la loi fédérale ne vise que les régimes parrainés par les entreprises œuvrant dans les secteurs de compétence fédérale (notamment les banques, les entreprises de télécommunications et les transporteurs aériens).

Le mécanisme de la fiducie réputée a d'abord été instauré dans les lois fiscales afin de protéger l'intérêt légitime de l'État de percevoir auprès des employeurs les prélèvements à la source que ceux-ci devaient effectuer sur le salaire de leurs employés¹⁷. Comme les biens correspondant à la valeur de ces prélèvements étaient souvent confondus avec les autres biens de l'employeur, ils devenaient alors accessibles à l'ensemble des créanciers de ce dernier, notamment en cas d'insolvabilité de celui-ci. Des dispositions semblables ont aussi été intégrées à d'autres lois prévoyant le prélèvement à la source par les employeurs de cotisations à des régimes publics tels le *Régime de pensions du Canada*¹⁸ ou la *Loi sur l'assurance-emploi*¹⁹. Ces fiducies réputées sont établies au bénéfice de l'État et elles visent les cotisations prélevées sur

16. En 2014, le gouvernement fédéral a entrepris le processus de révision quinquennale des lois relatives à l'insolvabilité ; voir le rapport intitulé *Nouveau départ : un examen des lois canadiennes en matière d'insolvabilité*, [https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/review_canada_insolvency_laws-fra.pdf/\\$file/review_canada_insolvency_laws-fra.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/review_canada_insolvency_laws-fra.pdf/$file/review_canada_insolvency_laws-fra.pdf).

17. Voir notamment les par. 227(4) et (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (ci-après la LIR).

18. L.R.C. (1985), ch. C-8, par. 23(3) et (4).

19. L.C. 1996, ch. 23, par. 86(2) et (2.1).

le salaire des employés. Dans la même veine, les lois régissant les régimes complémentaires de retraite ont également été modifiées afin de créer une fiducie réputée au bénéfice des participants à ces régimes, de façon à accroître les chances que les sommes nécessaires à leur financement soient bel et bien versées dans la caisse de retraite²⁰. Ces fiducies réputées visent à la fois les cotisations prélevées sur le salaire des employés de même que les cotisations payables par l'employeur.

La question de l'efficacité des fiducies réputées en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice a suscité le développement d'une jurisprudence à la fois abondante et complexe²¹. Ainsi, il est bien établi qu'une loi provinciale ne peut porter atteinte à l'application des lois fédérales sur l'insolvabilité, et ce, en raison du principe de la prépondérance fédérale²². Par exemple, une loi provinciale créant une fiducie réputée ne peut avoir pour effet de modifier l'ordre de priorité des réclamations qui est établi par l'article 136 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*²³. Par ailleurs, la question de savoir si les droits découlant des fiducies réputées ont préséance sur les droits des créanciers garantis a d'abord été tranchée en 1997 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*²⁴. La Cour suprême avait alors conclu que la fiducie réputée de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) n'avait pas préséance sur les droits des créanciers garantis dont la sûreté avait été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée. En réponse à cette décision, le législateur fédéral a rapidement modifié la LIR de manière à accorder expressément à la fiducie réputée de cette loi préséance sur les droits de tous les

20. Voir *supra*, note 6. La portée de ces diverses fiducies réputées varie toutefois considérablement, certaines ne visant que les contributions exigibles mais non payées, tandis que d'autres couvrent l'ensemble des sommes requises pour éponger le déficit actuariel.

21. Voir notamment *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xylaid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182 ; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24 ; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453 ; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Nolisair International inc. (Syndic de)*, [1999] 1 R.C.S. 759 ; voir aussi Louis LIEFUREUX, *La fiducie présumée de la Loi de l'impôt sur le revenu*, Toronto, Carswell, 2002, pp. 13-22, et Roger P. SIMARD, « The Federal Enhanced Deemed Trust: a New Source of Liability for Financial Institutions? », dans Janis P. SARRA, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2008*, Toronto, Thomson Carswell, 2009, 373, pp. 376-385.

22. Voir notamment *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, *ibid.*, et plus récemment *Indalex*, *op. cit.*, *supra*, note 8.

23. L.R.C. (1985), ch. B-3 (ci-après la LFI).

24. [1997] 1 R.C.S. 411 (ci-après *Sparrow*).

créanciers garantis²⁵. Le libellé des fiducies réputées établies par le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* a également été modifié à la même occasion²⁶ tandis que celui de la fiducie réputée de la *Loi sur la taxe d'accise* l'a été en 2000²⁷. Par contre, les lois régissant les régimes complémentaires de retraite n'ont pas fait l'objet de semblables modifications.

Par ailleurs, vraisemblablement en raison de la prolifération des dispositions créant des fiducies réputées, le législateur fédéral a choisi de limiter le nombre de ces fiducies réputées dont l'efficacité est formellement reconnue en cas d'insolvabilité²⁸. La technique législative utilisée a été de priver d'effet en cas d'insolvabilité toutes les fiducies réputées établies au profit de Sa Majesté (soit l'État), sauf celles expressément prévues par les lois sur l'insolvabilité ou celles respectant par ailleurs les conditions essentielles à la constitution d'une véritable fiducie²⁹ (selon le droit civil du Québec³⁰ ou selon la *common law* ailleurs au Canada)³¹. Peut-être parce que la majorité des fiducies réputées sont établies au profit de Sa Majesté, certains ont vu dans ces modifications législatives l'intention du législateur de priver d'effet en cas d'insolvabilité toutes les fiducies réputées sauf celles expressément prévues par

25. L.C. 1998, ch. 19, art. 226. Dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, la Cour suprême a par la suite confirmé l'efficacité de ces modifications législatives (voir le par. 28).

26. L.C. 1998, ch. 19, art. 252 et 266.

27. L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 222, modifié par L.C. 2000, ch. 30, art. 50 et 158 ; cette fiducie réputée n'a toutefois pas été ajoutée à la liste de celles visées au par. 37(2) de la LACC ; voir à cet égard *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60 (ci-après *Century Services*).

28. LACC, par. 37(1) et (2) (auparavant l'art. 18.3) et LFI, par. 67(2) et (3).

29. Cette dernière possibilité est évoquée aux par. 67(2) de la LFI et 37(1) de la LACC ; cette dernière disposition est ainsi libellée : « aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition » ; la version anglaise est un peu plus révélatrice à cet égard : « shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision. » (*Nos soulignements*)

30. Il importe de rappeler que le concept de la fiducie n'a véritablement été reconnu au Québec qu'avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* (ci-après C.c.Q.) en 1994 (art. 1260-1298).

31. Voir *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, par. 15 ; voir aussi *Groupe Sutton-Royal inc. (Syndic de)*, 2015 QCCA 1069, par. 71-74 (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée le 5 mai 2016, dossier 36618) de même que les art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.

les lois sur l'insolvabilité. Comme nous le verrons, la jurisprudence comporte encore des relents de cette généralisation excessive³².

Le législateur fédéral a plus récemment apporté diverses modifications aux lois sur l'insolvabilité qui ont notamment eu pour effet d'accorder une priorité relative à une partie des réclamations concernant les régimes de retraite parrainés par une entreprise insolvable³³. De façon générale, la priorité vise les réclamations relatives aux coûts normaux (appelés « cotisations d'exercice » dans la loi québécoise) devant être versés à la caisse de retraite, mais pas celles relatives aux paiements spéciaux (ou « cotisations d'équilibre »)³⁴. Certaines de ces modifications législatives sont entrées en vigueur en juillet 2008³⁵ et les autres en septembre 2009³⁶ (ci-après les modifications de 2009)³⁷. Toutefois, l'effet de ces nouvelles dispositions sur les fiducies réputées établies tant par la loi fédérale que par les diverses lois provinciales demeure incertain.

32. Voir notamment les affaires *White Birch* et *Aveos*, *op. cit.*, *supra*, notes 9 et 11.

33. L.C. 2006, ch. 47 et L.C. 2007, ch. 36, concernant les par. 6(6) et 36(7) de la LACC ainsi que les par. 60(1.5) et 65.13(8) de même que les art. 81.5 et 81.6 de la LFI. En résumé, ces dispositions requièrent que tout compromis, plan d'arrangement ou vente d'éléments d'actif devant être approuvé par le tribunal en vertu de la LACC prévoit le versement des sommes suivantes à la caisse de retraite : les sommes déduites de la rémunération des employés pour versement à la caisse, les coûts normaux du régime et les sommes que l'employeur est tenu de verser à un régime à cotisations déterminées ou à un régime de pension agréé collectif. La LFI prévoit des règles semblables ainsi que l'établissement d'une sûreté sur les biens du failli afin de garantir le paiement de ces sommes.

34. Tout comme les régimes de retraite à cotisations déterminées (CD), les régimes de retraite à prestations déterminées (PD) sont financés par des cotisations patronales et habituellement aussi par des cotisations salariales des employés. Dans le cas des régimes PD, les cotisations patronales sont de deux types : les cotisations d'exercice (en anglais « normal cost contributions ») et les cotisations d'équilibre (en anglais « special payments »). Ces dernières servent à amortir sur une période d'habituellement 5 à 15 ans les déficits encourus par la caisse de retraite qui sont déterminés par une évaluation actuarielle. Au Québec, les règles de financement des régimes PD ont été modifiées substantiellement par L.Q. 2015, ch. 29.

35. TR/2008-78, pour les art. 81.5 et 81.6 de la LFI.

36. TR/2009-68, pour les par. 6(6) et 36(7) de la LACC ainsi que les par. 60(1.5) et 65.13(8) de la LFI.

37. Certaines entreprises sont exclues du champ d'application de la LFI et de la LACC, notamment les banques et les sociétés d'assurances, lesquelles sont visées par la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. (1985), ch. W-11, de sorte que les bénéficiaires des régimes de retraite de ces entreprises ne profitent pas d'une telle priorité relative de leurs réclamations en cas d'insolvabilité.

Il convient enfin d'ajouter que, malgré l'abondante jurisprudence sur le sujet, le concept de fiducie réputée comporte encore de nombreuses zones grises, lesquelles sont parfois accentuées par les différences entre le droit civil et la *common law*. Les tribunaux ont maintes fois assimilé la fiducie réputée à une charge flottante grevant l'ensemble des biens de l'entreprise débitrice³⁸. Une fois que l'application de la fiducie réputée a été enclenchée, l'entreprise débitrice conserve tout de même ses droits réels sur les biens susceptibles de faire l'objet de la fiducie, entre autres le pouvoir de les aliéner³⁹. Pour leur part, les bénéficiaires de la fiducie réputée ne possèdent pas de droit réel sur ces biens, notamment pas de droit de suite à leur égard⁴⁰. L'effet juridique de la fiducie réputée se compare ainsi à celui d'une priorité, soit le droit d'être payé à même le produit de la disposition des biens de l'entreprise débitrice en préférence des autres créanciers⁴¹.

2. La loi ontarienne

La fiducie réputée applicable à l'égard des régimes de retraite assujettis à la loi de l'Ontario est établie par l'article 57 de la *Loi sur les régimes de retraite*⁴² de cette province, dont les paragraphes (3) et (4) sont ainsi libellés :

(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

38. Voir notamment *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, *op. cit.*, *supra*, note 25, par. 40. Ce concept n'existe toutefois pas en droit civil ; voir notamment Louis LIEU-REUX, *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 15.

39. Dans le cas d'une fiducie véritable, le constituant perd le droit d'aliéner les biens transférés en fiducie, tant en droit civil (voir l'art. 1261 C.c.Q.), qu'en *common law* (suivant laquelle il y a dédoublement du droit de propriété entre le fiduciaire et le bénéficiaire). En cas d'aliénation, la fiducie réputée viserait le produit de la disposition des biens ; à cet égard, voir *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, *ibid.*, par. 5 et 42.

40. Sous réserve des dispositions législatives pertinentes.

41. Voir notamment Roger P. SIMARD, *loc. cit.*, *supra*, note 21, p. 394.

42. *Op. cit.*, *supra*, note 6 ; voir aussi les par. 57(1) et (6).

accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

Il y a lieu de souligner que la législation ontarienne comporte une particularité découlant du paragraphe 30(7) de la *Loi sur les sûretés mobilières*⁴³. Cette disposition confère expressément priorité à la fiducie réputée sur les sûretés mobilières grevant certains biens de l'entreprise débitrice⁴⁴ ; elle est ainsi libellée :

(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*.

Aux fins du présent article, l'intérêt d'examiner la loi ontarienne vient du fait que la Cour suprême du Canada s'est récemment prononcée dans l'affaire *Indalex* sur son application dans le contexte de procédures engagées en vertu de la LACC et qu'elle y a notamment énoncé certains principes applicables aux autres lois constituant des fiducies réputées.

2.1 *L'affaire Indalex*

Indalex était une entreprise éprouvant de sérieuses difficultés financières qui s'était prévalué du régime de protection de la LACC en avril 2009. Au terme de ces procédures, l'entreprise a ultimement été vendue, mais l'acquéreur n'a pas accepté d'assumer les obligations de l'employeur au titre des régimes de retraite. Le produit de la vente étant insuffisant pour acquitter toutes les réclamations, la principale question à trancher consistait à déterminer si les sommes accumulées (en anglais « accrued ») mais non encore dues à la caisse de retraite à la date de liquidation du régime étaient visées par la fiducie réputée prévue au paragraphe 57(4) de la loi ontarienne. Dans l'affirmative, il s'agissait par ailleurs de déterminer si la réclamation fondée sur la fiducie réputée avait préséance sur la réclamation découlant d'un accord de finance-

43. L.R.O. 1990, ch. P.10.

44. Cette disposition s'est toutefois avérée inapplicable dans l'affaire *Indalex* puisque la Cour suprême y a conclu que la réclamation découlant de l'accord de financement du débiteur-exploitant avait préséance sur la réclamation fondée sur la fiducie réputée, et ce, en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale.

ment du débiteur-exploitant (en anglais, « DIP financing »)⁴⁵ qui avait été approuvé par le juge de première instance en vertu de la LACC. Cette ordonnance accordait priorité à la charge relative à l'accord de financement sur « [traduction] toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d'origine législative ou autre »⁴⁶ (communément appelée une superpriorité).

La décision rendue par la Cour suprême est complexe, trois groupes de juges ayant exprimé des motifs parfois concordants, parfois divergents, sur plusieurs questions connexes. En résumé, une majorité de juges a conclu que les sommes accumulées au titre du déficit de liquidation de l'une des caisses de retraite en cause étaient bel et bien visées par la fiducie réputée de la loi ontarienne. Toutefois, l'ensemble des juges a conclu que la réclamation découlant de l'accord de financement du débiteur-exploitant avait préséance sur la réclamation fondée sur la fiducie réputée, et ce, en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale⁴⁷.

Aux fins du présent article, l'intérêt de la décision *Indalex* réside principalement dans le fait que la Cour suprême y a confirmé que les dispositions des lois provinciales établissant une fiducie réputée continuent de s'appliquer aux entreprises s'étant placées sous le régime de protection de la LACC, ce qui en principe n'est pas le cas de celles dont la liquidation s'effectue sous le régime de la LFI⁴⁸. À cet égard, la juge Deschamps s'exprimait ainsi :

[51] [...] 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. [...]

[52] 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

45. L'acronyme DIP correspond au terme « debtor-in-possession ».

46. *Indalex*, *op. cit.*, *supra*, note 8, par. 60.

47. *Ibid.*, par. 60, 242 et 265.

48. *Ibid.*, par. 8.

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.

Il est vrai que les deux autres groupes de juges ayant exprimé des motifs dans l'affaire *Indalex* n'ont pas traité expressément de cette question, mais les conclusions auxquelles ils arrivent impliquent nécessairement qu'ils appuient cette position. De toute façon, il s'agit simplement de l'application du principe général selon lequel le droit civil provincial continue de s'appliquer aux entreprises qui deviennent insolubles, sauf dans la mesure où le droit provincial entre en conflit avec les lois fédérales sur l'insolvabilité⁴⁹.

Enfin, il faut par contre souligner que les faits ayant donné lieu à l'affaire *Indalex* étaient antérieurs à l'entrée en vigueur en 2009 des modifications législatives qui ont été apportées à la LACC. Nous y reviendrons plus loin.

3. La loi québécoise

Les régimes complémentaires de retraite relevant de la compétence du Québec sont régis par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (la LRCR)⁵⁰. L'article 49 de cette loi est ainsi rédigé :

49. Jusqu'à leur versement à la caisse de retraite ou à l'assureur, les cotisations et les intérêts accumulés sont réputés détenus en fiducie par l'employeur, que ce dernier les ait ou non gardés séparément de ses biens.

Contrairement au libellé d'autres fiducies réputées, l'article 49 ne précise pas l'élément déclencheur à partir duquel la fiction juridique est réputée prendre effet. Par exemple, la fiducie réputée de la loi fédérale précise qu'elle s'applique « [e]n cas de liquidation, de cession des biens ou de faillite de l'employeur » tandis que la fiducie de la loi ontarienne s'applique « [s]i un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie ». Dans le cas de la loi québé-

49. Voir notamment *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, *op. cit.*, *supra*, note 21, par. 81, et *Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, par. 43.

50. *Op. cit.*, *supra*, note 6.

coise, il semble donc que la fiducie réputée prenne effet dès que les cotisations et les intérêts accumulés deviennent dus et exigibles⁵¹.

De plus, contrairement aux lois fédérale et ontarienne, la loi québécoise ne précise pas non plus que l'employeur est réputé détenir en fiducie « un montant égal » ou « un montant correspondant » aux cotisations devant être versées. Toutefois, force est d'admettre que les trois lois sont au même effet puisque tant qu'elles ne sont pas formellement séparées des autres biens de l'employeur, les cotisations non versées ne sont en réalité que des biens que l'employeur pourrait utiliser pour les verser. Cette différence dans le libellé de la loi québécoise semble donc simplement découler du style législatif civiliste.

Par ailleurs, l'article 264 de la LRRC énonce ce qui suit :

264. Sauf dispositions contraires de la loi, est incessible et insaisissable :

1° toute cotisation versée ou qui doit être versée à la caisse de retraite ou à l'assureur, ainsi que les intérêts accumulés ;

2° toute somme remboursée ou toute prestation versée en vertu d'un régime de retraite ou de la présente loi ;

[...]

Il importe de souligner que la règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 264 semble unique au Québec⁵². En effet, bien que les autres lois fédérale et provinciales régissant les régimes complémentaires de retraite édictent l'incessibilité et l'insaisissabilité des prestations de retraite versées aux bénéficiaires de ces régimes⁵³,

51. Il y a lieu de souligner que les modifications apportées aux fiducies réputées des lois fédérales dans la foulée de l'arrêt *Sparrow* ont supprimé leur élément déclencheur ; voir *supra*, notes 25 à 27.

52. Si l'art. 264 de la LRRC ne s'applique vraisemblablement qu'à l'égard des régimes de retraite relevant de la compétence du Québec, il faut souligner que l'art. 696 du « nouveau » *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25.01, énonce la même règle. Par conséquent, cette disposition est également susceptible de s'appliquer au Québec à l'égard des régimes de retraite relevant de la compétence fédérale.

53. Par exemple, tout comme au par. 2 de l'art. 264 de la LRRC, l'incessibilité des prestations de retraite versées aux bénéficiaires est prévue au par. 36(2) de la LNPP de même qu'au par. 66(1) de la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario ;

il semble qu'aucune de ces lois ne déclare incessibles et insaisissables les cotisations devant être versées à la caisse de retraite.

L'efficacité de la fiducie réputée établie par l'article 49 de la LRCR a été examinée dans les affaires *White Birch* et *Timminco*. De plus, la portée de l'article 264 de la LRCR a également été étudiée dans cette dernière affaire.

3.1 L'affaire *White Birch*

Dans l'affaire *White Birch*, diverses entreprises du secteur des pâtes et papiers avaient obtenu la protection du tribunal en vertu de la LACC en février 2010. Dans la foulée de la décision que la Cour d'appel de l'Ontario avait rendue dans l'affaire *Indalex*⁵⁴, certains représentants des employés et des retraités de ces entreprises ont présenté en octobre 2011 une demande de jugement déclaratoire visant à accorder aux cotisations d'équilibre dues par les débitrices un rang prioritaire par rapport aux réclamations du prêteur bénéficiant d'une superpriorité en vertu de la LACC.

Il faut tout de suite préciser que la décision *White Birch* a été rendue avant que la Cour suprême du Canada ne se prononce dans l'affaire *Indalex* pour infirmer la décision de la Cour d'appel de l'Ontario. Quoi qu'il en soit, le juge Mongeon a rejeté la demande des représentants des employés et des retraités pour divers motifs qu'il n'y a pas lieu ici d'examiner en détail. Toutefois, certaines de ses conclusions méritent une attention particulière.

Le juge Mongeon a d'abord conclu que la fiducie réputée prévue à l'article 49 de la LRCR ne pouvait avoir d'effet que si elle respectait toutes les conditions requises par le droit civil québécois⁵⁵ pour la constitution d'une fiducie réelle, ce qui n'était pas le cas. Il s'est toutefois ravisé sur ce point dans l'affaire *Timminco* et cette

cette dernière disposition prévoit également leur insaisissabilité, tout comme la plupart des autres lois provinciales régissant les régimes de retraite.

54. *Indalex Limited (Re)*, 2011 ONCA 265.

55. *White Birch*, *op. cit.*, *supra*, note 9, par. 145-146 et 193. Même si certains passages du jugement, dont le par. 136, font référence aux conditions requises par la *common law* pour la constitution d'une fiducie, le juge Mongeon semble avoir conclu à bon droit que ces principes ne sont pas applicables au Québec; à cet égard, voir les art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, *op. cit.*, *supra*, note 31; voir aussi *Groupe Sutton-Royal inc. (Syndic de)*, *op. cit.*, *supra*, note 31.

dernière décision semble bien fondée à cet égard. Le législateur a en effet pleinement compétence pour décréter qu'une situation donnée est réputée produire les effets juridiques d'une fiducie même si les conditions essentielles à la constitution d'une fiducie conventionnelle ne sont pas réunies. Il s'agit alors d'une fiducie établie par la loi⁵⁶. Toutefois, en raison de la prépondérance fédérale, une fiducie établie par la loi provinciale sera privée d'effet si elle entre en conflit avec les lois sur l'insolvabilité. La jurisprudence a ainsi établi qu'une fiducie réputée établie par la loi provinciale ne constitue pas une fiducie au sens de l'alinéa 67(1)a) de la LFI et qu'elle ne peut ainsi venir modifier l'ordre de priorité établi par l'article 136 de cette loi⁵⁷. Or, il n'existe pas de dispositions équivalentes dans la LACC⁵⁸. Même si certaines décisions ont pu donner à penser que l'ordre de priorité de la LFI s'appliquait également dans le cadre de procédures engagées en vertu de la LACC⁵⁹, la Cour suprême a rejeté cette approche dans l'affaire *Indalex*⁶⁰. Il n'est donc pas nécessaire qu'une fiducie réputée respecte les conditions requises pour la constitution d'une fiducie réelle afin de produire ses effets dans le contexte de la LACC.

Le tribunal a par ailleurs conclu qu'étant donné qu'aucune disposition de la LACC ne maintenait en vigueur la fiducie réputée de l'article 49 de la LRCR, celle-ci était inopposable à une entreprise ayant obtenu la protection sous le régime de la LACC⁶¹. Toutefois, cette position omet de faire la distinction entre les fiducies réputées établies au profit de Sa Majesté, lesquelles sont privées d'effet par le paragraphe 37(1) de la LACC à moins d'être reconnues expressément par cette loi, et les autres fiducies réputées qui ne sont visées par aucune disposition semblable⁶². Cette position s'appuie par ailleurs sur l'opinion minoritaire du juge Fish dans l'affaire *Century Services* selon laquelle il existe une fiducie réputée uniquement lorsqu'une disposition législative crée la fiducie et qu'une disposition de la LACC ou de la LFI confirme explicitement

56. C.c.Q., art. 1262.

57. Voir notamment *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, *op. cit.*, *supra*, note 21 ; voir aussi *Ivaco Inc. (Re)*, 2006 CanLII 34551 (ON CA).

58. Sous réserve de l'effet éventuel des modifications législatives de 2009.

59. Voir notamment *Century Services*, *op. cit.*, *supra*, note 27, par. 23.

60. *Indalex*, *op. cit.*, *supra*, note 8, par. 51.

61. *White Birch*, *op. cit.*, *supra*, note 9, par. 157-158. Dans l'affaire *Timminco*, le juge Mongeon n'est pas revenu sur cet argument, sauf peut-être de façon indirecte au par. 173.

62. Voir *supra*, note 28 et le texte qui s'y rapporte.

l'existence de la fiducie. Or, cette opinion avait expressément été rejetée par les juges majoritaires dans cette affaire⁶³.

Le juge Mongeon a finalement conclu, de façon subsidiaire, que même si la fiducie réputée de l'article 49 de la LRCR produisait bel et bien ses effets dans le cadre des procédures sous le régime de la LACC, elle ne pouvait avoir préséance sur les droits des prêteurs bénéficiant de la superpriorité qui leur avait été accordée en vertu de cette loi, et ce, en raison du principe de la prépondérance fédérale⁶⁴. Comme le juge Mongeon l'a lui-même indiqué dans l'affaire *Timminco*⁶⁵, cette dernière conclusion demeure le seul motif déterminant au soutien de la décision dans l'affaire *White Birch*. Cette conclusion est d'ailleurs conforme à la décision que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Indalex*.

3.2 L'affaire *Timminco*

Éprouvant des difficultés financières, *Timminco Inc.* et sa filiale *Silicium Bécancour Inc. (SBI)* avaient obtenu en janvier 2012 une ordonnance de la Cour supérieure de Justice de l'Ontario en vertu de la LACC. La question en litige dans cette affaire était de déterminer si les réclamations des bénéficiaires des régimes de retraite de SBI avaient priorité sur les droits d'Investissement Québec aux termes de l'hypothèque universelle sans dépossession que ce créancier possédait sur la totalité des biens meubles et immeubles de SBI. Comme les régimes de retraite de SBI étaient régis par la loi québécoise, le tribunal ontarien a soumis cette question à la Cour supérieure du Québec.

Contrairement à ce qu'il avait décidé dans l'affaire *White Birch*, le juge Mongeon a conclu que l'article 49 de la LRCR créait

63. « Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'on puisse résoudre ce conflit apparent en niant son existence et en créant une règle qui exige à la fois une disposition législative établissant la fiducie présumée et une autre la confirmant. Une telle règle est inconnue en droit. Les tribunaux doivent reconnaître les conflits, apparents ou réels, et les résoudre lorsque la chose est possible. » ; *Century Services, op. cit., supra*, note 27, par. 40.

64. *White Birch, op. cit., supra*, note 9, par. 217.

65. *Timminco, op. cit., supra*, note 10, par. 84-85. Voir aussi *White Birch Paper Holding Company (Arrangement relatif à)*, 2014 QCCS 4709, où le juge Mongeon a conclu que sa première décision dans l'affaire *White Birch* avait l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties à l'instance et que son jugement subséquent dans l'affaire *Timminco* n'était donc pas applicable en l'espèce.

bel et bien une fiducie réputée⁶⁶ et que celle-ci visait toutes les cotisations dues par l'entreprise débitrice, y compris les cotisations d'équilibre, mais non les sommes requises pour éponger les déficits actuariels⁶⁷.

Aux termes de l'article 49 de la LRCR, la fiducie réputée prend effet dès que les cotisations et les intérêts accumulés deviennent dus et exigibles. Or, dans l'affaire *Timminco*, la fiducie réputée avait pris effet après que l'hypothèque d'Investissement Québec ait été rendue opposable aux tiers. Selon les principes énoncés dans l'arrêt *Sparrow*⁶⁸, pour conférer priorité à la fiducie réputée, il aurait fallu que l'article 49 de la LRCR (ou toute autre disposition des lois québécoises) mentionne expressément que la fiducie avait préséance sur les droits des créanciers garantis⁶⁹. En l'absence d'une telle mention, il aurait ainsi fallu conclure que les biens visés par la fiducie réputée étaient déjà grevés d'une hypothèque lorsque la fiducie a pris effet pour les soustraire du patrimoine de l'entreprise débitrice. Suivant ce raisonnement, l'hypothèque détenue par Investissement Québec aurait donc primé les droits des bénéficiaires de la fiducie réputée⁷⁰.

Toutefois, le juge Mongeon s'est alors tourné vers l'article 264 de la LRCR qui, comme nous l'avons vu précédemment, déclare incessibles et insaisissables les cotisations devant être versées à la caisse de retraite⁷¹. Il s'est exprimé en ces termes :

[135] Serait donc insaisissable ou incessible toute cotisation versée ou qui doit être versée à la caisse de retraite des employés syndiqués ou [sic] non-syndiqués de SBI. S'il faut donner un sens à cet article, il faut conclure que les cotisations... « à être versées »... sont littéralement hors de la portée des autres créanciers de SBI, que ces derniers soient garantis ou non, qu'ils bénéficient d'une garantie antérieure à la date d'exigibilité des cotisations payées ou non.

66. *Timminco*, *ibid.*, par. 128 et 132.

67. *Ibid.*, par. 80.

68. *Sparrow*, *op. cit.*, *supra*, note 24.

69. *Timminco*, *op. cit.*, *supra*, note 10, par. 119.

70. *Ibid.*, par. 132D.

71. Au par. 137, le juge Mongeon cite également une autre disposition au même effet, soit le par. 553(7) de l'ancien « Code de procédure civile, RLRQ », ch. C-25, dans sa version antérieure au 1^{er} janvier 2016. Cette disposition se trouve maintenant au par. 3 du deuxième alinéa de l'art. 696 du « nouveau » Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25.01. À cet égard, voir le commentaire *supra*, note 52.

Ce faisant, le tribunal a indiqué que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Sparrow* ne pouvait donc pas s'appliquer en l'espèce⁷². Il semble ainsi qu'il faille conclure de la décision *Timminco* que même si les biens visés par la fiducie réputée étaient déjà grevés d'une hypothèque lorsque la fiducie a pris effet pour les soustraire du patrimoine de l'entreprise débitrice, le créancier garanti ne pouvait plus exercer son droit réel à l'égard des biens hypothéqués parce que ceux-ci étaient entre-temps devenus incessibles et insaisissables. Néanmoins, si les biens en cause sont devenus incessibles dès que les cotisations à la caisse de retraite sont devenues exigibles, on peut se demander comment ces biens ont ainsi pu sortir du patrimoine de SBI par l'effet de la constitution de la fiducie réputée. Logiquement, il faudrait alors probablement conclure que la fiducie réputée de l'article 49 de la LRCR doit être considérée prendre effet immédiatement avant la déclaration d'incessibilité prévue à l'article 264 de cette loi. Par ailleurs, une fois que les biens en cause sont réputés sortis du patrimoine de l'entreprise débitrice, il faudrait probablement conclure qu'ils deviennent insaisissables par les créanciers de cette dernière pendant que l'entreprise les détient à titre de fiduciaire. Par contre, la déclaration d'insaisissabilité n'empêcherait vraisemblablement pas les bénéficiaires de forcer le fiduciaire à leur remettre les biens au terme de la fiducie⁷³. Manifestement, il faut admettre que l'application conjuguée des articles 49 et 264 de la LRCR soulève d'intéressantes difficultés conceptuelles⁷⁴.

Même si la décision *Timminco* a l'avantage d'accroître la protection accordée aux bénéficiaires des régimes de retraite au Québec, il faut tout de même reconnaître qu'elle risque d'avoir des conséquences importantes pour les prêteurs et autres créanciers des entreprises parrainant de tels régimes si elle est éventuellement suivie par la jurisprudence subséquente⁷⁵. Le juge Mongeon ajoutait d'ailleurs le commentaire suivant :

72. *Timminco*, *op. cit.*, *supra*, note 10, par. 156.

73. Conformément à l'art. 1297 du C.c.Q.

74. La décision *Timminco* semble être la seule dans laquelle l'art. 264 de la LRCR, ou son pendant dans le *Code de procédure civile*, a été appliqué à l'égard de cotisations patronales devant être versées à une caisse de retraite.

75. Voir notamment le résumé des arguments d'Investissement Québec aux par. 62-66 de la décision *Timminco*.

[160] Finalement, force est de constater que l'article 264 LRRCR a, par analogie, sensiblement le même effet que l'article 30(7) de la *Loi ontarienne sur les sûretés mobilières* (LRO 1990, ch. D-10 [sic]) que l'on appelle communément le « PPSA » et qui subordonne les sûretés mobilières à l'intérêt du bénéficiaire d'une fiducie réputée créée par une loi portant sur les régimes de retraite.

Or, il faut rappeler que la fiducie réputée de la loi ontarienne ne prend effet qu'en cas de liquidation totale ou partielle du régime de retraite. Par opposition, la notion d'incessibilité et d'insaisissabilité des biens de l'entreprise ayant une valeur égale aux cotisations devant être versées à la caisse de retraite pourrait être soulevée de façon sporadique à n'importe quel moment de la vie d'une entreprise.

De surcroît, il faut souligner que les déclarations d'insaisissabilité ont un caractère exceptionnel et qu'elles doivent par conséquent recevoir une interprétation restrictive⁷⁶. De façon générale, celles-ci visent à protéger de la saisie les biens et les sources de revenus nécessaires à la subsistance des individus. La grande majorité d'entre elles ne sont donc applicables qu'à l'égard des biens des débiteurs qui sont des personnes physiques⁷⁷. Même si certaines déclarations d'insaisissabilité semblent avoir une portée assez large pour s'appliquer également à l'égard des biens des personnes morales, il faut tout de même admettre que l'insaisissabilité de ces biens pourrait produire des résultats inusités en cas de liquidation de l'entreprise débitrice si ses créanciers ne pouvaient ainsi avoir accès aux biens insaisissables tandis que ceux-ci pourraient ultimement être dévolus à ses actionnaires au terme de la liquidation⁷⁸. Dans le cas de la déclaration d'insaisissabilité visant les cotisations devant être versées à la caisse de retraite, le paragraphe 1 de l'article 264 de la LRRCR pourrait être interprété de façon à viser soit les cotisations salariales, c'est-à-dire celles prélevées sur le salaire des employés, soit les cotisations patronales, soit les deux⁷⁹. Dans l'affaire *Timminco*, le juge Mongeon a conclu que tant les cotisations salariales que les cotisations patronales,

76. Voir *Poulin c. Serge Morency et Associés inc.*, [1999] 3 R.C.S. 351, par. 18, et *Metacad 2000 Inc. c. Lamb-Grays Harbor Co.*, 2004 CanLII 31407 (QC CA), par. 15-16.

77. *Metacad 2000 Inc. c. Lamb-Grays Harbor Co.*, *ibid.*, par. 18 et 22.

78. *Ibid.*, par. 24.

79. Il est à noter que le par. 1 de l'art. 264 de la LRRCR comportait auparavant les mots « (toute cotisation) salariale ou patronale » ; ces mots ont été retranchés par L.Q. 2000, ch. 41, art. 171.

y compris les cotisations d'équilibre, étaient visées par la déclaration d'insaisissabilité⁸⁰. Toutefois, compte tenu de l'interprétation restrictive que doivent recevoir les déclarations d'insaisissabilité, il y aurait peut-être lieu de tenter d'établir des distinctions entre les divers types de cotisations visées⁸¹. Par ailleurs, même si l'on peut prétendre que l'insaisissabilité des cotisations devant être versées par l'employeur vise ultimement à protéger les sources de revenus nécessaires à la subsistance des bénéficiaires des régimes de retraite, il faut admettre que le lien avec ces bénéficiaires n'est qu'indirect. Cela revient en somme à reconnaître l'insaisissabilité des biens que l'employeur pourrait utiliser pour financer les futures prestations de retraite de ces bénéficiaires. De surcroît, il faut souligner que la déclaration d'insaisissabilité s'appliquerait à tous égards, c'est-à-dire même si les biens en cause ne sont pas visés par une fiducie réputée et que les sommes correspondantes ne sont pas ultimement versées à la caisse de retraite.

Par ailleurs, en contexte de faillite, les biens visés par la déclaration d'insaisissabilité seraient exclus des biens du failli en vertu de l'alinéa 67(1)b) de la LFI, lequel renvoie au droit provincial applicable. Certains créanciers pourraient toutefois prétendre que l'article 264 de la LRCR devrait recevoir une interprétation très restrictive du fait que des sommes importantes pourraient ainsi être soustraites du patrimoine du failli au profit éventuel des bénéficiaires des régimes de retraite, se trouvant ainsi à modifier l'ordre de priorité établi par l'article 136 de la LFI.

Toutes ces raisons nous portent donc à croire que l'interprétation adoptée dans la décision *Timminco* quant à l'insaisissabilité des cotisations devant être versées à la caisse de retraite risque de ne pas être suivie par la jurisprudence ultérieure⁸².

Soulignons enfin que, tant dans l'affaire *White Birch* que dans l'affaire *Timminco*, la question de l'effet des modifications

80. *Timminco*, *op. cit.*, *supra*, note 10, par. 51-54, 80 et 136.

81. Voir notamment le résumé des arguments d'Investissement Québec aux par. 62-66 de la décision *Timminco*, suivant lesquels l'art. 264 ne viserait que les cotisations ayant fait l'objet d'une séparation physique du patrimoine de l'employeur en vue d'effectuer un paiement à la caisse de retraite.

82. Cet argument a été soulevé dans l'affaire *Bloom Lake* (voir le par. 37) sans toutefois que le tribunal se prononce à cet égard.

apportées en 2009 aux lois relatives à l'insolvabilité sur la fiducie réputée de la loi québécoise n'a pas été abordée.

4. La loi fédérale

Les régimes complémentaires de retraite relevant de la compétence fédérale (notamment ceux institués par les banques, les entreprises de télécommunications ou les transporteurs aériens) sont régis par la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*⁸³ (la LNPP)⁸⁴. Les paragraphes 8(1) et (2) de cette loi énoncent ce qui suit :

8. (1) L'employeur veille à ce que les montants suivants soient gardés séparément de ceux qui lui appartiennent et est réputé les détenir en fiducie pour les participants actuels ou anciens ainsi que pour toutes autres personnes qui ont droit à des prestations de pension ou à des remboursements au titre du régime :

a) les sommes versées au fonds ;

b) le montant correspondant à la somme des paiements, accumulés à la date en cause, prévus par règlement ou par un accord de sauvetage ;

c) les montants suivants qui n'ont pas été versés au fonds de pension :

(i) les montants déduits par l'employeur sur la rémunération des participants,

(ii) les autres sommes que l'employeur doit au fonds de pension, notamment celles visées aux paragraphes 9.14(2) ou 29(6).

(2) En cas de liquidation, de cession des biens ou de faillite de l'employeur, un montant correspondant à celui censé détenu en fiducie, au titre du paragraphe (1), est réputé ne pas faire partie de la masse des biens assujettis à la procédure en cause, que l'employeur ait ou non gardé ce montant séparément de ceux qui lui appartiennent ou des actifs de la masse.

83. *Op. cit.*, *supra*, note 6 ; voir aussi la *Loi sur les régimes de pension agréés collectifs*, *op. cit.*, *supra*, note 2, par. 31(1) et (2).

84. L'acronyme anglais est PBSA, pour *Pension Benefits Standards Act, 1985*.

La portée de la fiducie réputée établie par ces dispositions a récemment été examinée par la Cour supérieure du Québec dans les affaires *Aveos* et *Bloom Lake*.

4.1 *L'affaire Aveos*

Aveos était une entreprise effectuant l'entretien d'avions. Elle était auparavant une division d'Air Canada et comptait d'ailleurs dans ses rangs plusieurs anciens employés de cette dernière. Aux prises avec de sérieuses difficultés financières, *Aveos* a déposé en mars 2012 une requête en vertu de la LACC. Dans le cadre de ces procédures, la quasi-totalité des biens d'*Aveos* a ultimement été vendue.

La principale question en litige dans cette affaire était de déterminer si les sommes dues au titre des régimes de retraite d'*Aveos* et qui étaient visées par la fiducie réputée devaient être payées en priorité des réclamations des créanciers garantis⁸⁵. Il y a lieu de souligner qu'en cas de cessation du régime, la fiducie réputée de la loi fédérale ne couvre pas la totalité des sommes qui auraient été requises pour éponger le déficit de capitalisation de celui-ci (soit près de 29,7 millions \$ dans le cas d'*Aveos*), mais seulement une partie de ces sommes (soit environ 2,8 millions \$)⁸⁶.

Le juge Schragger a essentiellement conclu que la fiducie réputée de la loi fédérale n'avait pas préséance sur les droits des créanciers garantis puisque l'hypothèque ou la sûreté dont ces derniers bénéficiaient avait été rendue opposable aux tiers (« perfected » en anglais) avant la constitution de la fiducie réputée. Il s'est principalement fondé à cet égard sur la décision que la Cour suprême avait rendue dans l'affaire *Sparrow*⁸⁷. Toutefois, le juge Schragger n'a pas clairement indiqué si la fiducie réputée n'avait aucunement grevé les biens d'*Aveos* ou si, au contraire, elle les avait effectivement grevés, mais qu'elle était subordonnée aux droits des créanciers garantis du fait qu'elle ne leur était devenue opposable que par la suite. À cet égard, il s'est exprimé en ces termes :

85. Il est à noter qu'*Aveos* n'avait pas obtenu de financement au débiteur-exploitant de sorte qu'il n'existait aucune réclamation fondée sur la superpriorité pouvant être conférée à cet effet en vertu de la LACC ; il y avait toutefois une charge prioritaire au bénéfice de ses administrateurs.

86. LNPP, par. 29(6), (6.4) et (6.5).

87. *Sparrow*, *op. cit.*, *supra*, note 24.

Consequently, this Court agrees with the Secured Lenders first position that their security was created before any deemed trust for the \$2.8 million could have existed. Since the assets were already charged, any deemed trust under Section (8)(2) P.B.S.A. is at best subordinate to the security of the Secured Lenders.⁸⁸ (*Nos soulignements*)

Comme nous l'avons vu précédemment, l'affaire *Sparrow* traitait de la fiducie réputée de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) dans sa version antérieure aux modifications qui lui ont été apportées en 1998⁸⁹. Cette formulation était semblable à celle de l'actuelle fiducie réputée de la LNPP et ne prévoyait donc pas expressément qu'elle avait préséance sur le droit des créanciers garantis. L'affaire *Sparrow* comportait toutefois certaines particularités qui appellent à la prudence avant de conclure qu'elle peut automatiquement être appliquée à tous les types de créanciers garantis⁹⁰, notamment dans le contexte du droit civil québécois. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow* se fonde essentiellement sur la conclusion que la fiducie réputée de la LIR ne pouvait pas grever un bien qui avait déjà été donné en garantie par le débiteur puisque ce dernier n'en était plus propriétaire⁹¹. Il faut ainsi rappeler que l'affaire *Sparrow* mettait en cause l'application des lois de l'Alberta de sorte que le raisonnement suivi par la Cour suprême est fondé sur les principes de *common law*, selon lesquels il y a parfois dédoublement du droit de propriété. Par exemple, dans le cas d'un *mortgage*, le créancier garanti est considéré propriétaire (en anglais « legal owner ») du bien donné en garantie selon les règles de la *common law*, tandis que le débiteur constituant est considéré propriétaire bénéficiaire

88. *Aveos*, *op. cit.*, *supra*, note 11, par. 67.

89. Voir *supra*, note 25.

90. Dans l'affaire *Sparrow*, la banque bénéficiait aussi de la sûreté de l'art. 427 de la *Loi sur les banques*, laquelle confère en quelque sorte à la banque un droit de propriété sur les biens donnés en garantie. Toutefois, la majorité dans *Sparrow* n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question de la priorité entre cette sûreté et la fiducie réputée de la LIR ; voir *Sparrow*, *supra*, note 24, par. 113.

91. *Sparrow*, *op. cit.*, *supra*, note 24, par. 98 : « Mais à mon avis, cette réponse ne saurait être retenue parce que les biens figurant dans l'inventaire n'étaient pas un actif libre de toute charge au moment où l'impôt est devenu exigible. Ils étaient assujettis à la garantie de l'intimée et appartenaient donc légalement à cette dernière et ne pouvaient être visés par la fiducie réputée. Comme le juge Gonthier le dit lui-même (par. 39) : [...] Le paragraphe 227(4)] ne permet pas à Sa Majesté de faire valoir son droit à titre bénéficiaire sur un bien qui, au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, appartient à quelqu'un d'autre que le débiteur fiscal. »

de ce bien (en anglais, « beneficial owner ») selon les règles d'*equity*. Par contre, une telle distinction n'existe pas en droit civil québécois où le débiteur constituant demeure propriétaire du bien qu'il donne en garantie⁹². Il lui est donc loisible, du moins en principe, de consentir une autre hypothèque sur le même bien. La priorité entre les garanties consenties sur un même bien est alors déterminée selon la priorité d'inscription conformément aux règles de publicité des droits⁹³.

Le même raisonnement s'impose lorsque vient le temps d'appliquer l'arrêt *Sparrow* à la fiducie réputée dans le contexte du droit civil québécois. Contrairement au raisonnement appliqué par la Cour suprême dans l'affaire *Sparrow*, en droit civil, la fiducie réputée peut effectivement grever les biens que le débiteur a déjà donnés en garantie. Comme les dispositions créant une fiducie réputée en matière de régimes de retraite ne précisent pas qu'elles ont préséance sur les droits des créanciers garantis, les droits des bénéficiaires de cette fiducie réputée seraient alors subordonnés aux droits des créanciers dont la sûreté a précédemment été rendue opposable aux tiers, et ce, selon le principe de priorité d'inscription. Ces dispositions ne précisent pas non plus le moment à compter duquel la fiducie réputée devient opposable aux tiers. Pour ce qui est de déterminer la priorité entre la fiducie réputée et les garanties existantes, il est raisonnable de conclure que la fiducie réputée doit être considérée constituée à partir du moment où les sommes visées par celle-ci deviennent dues ou sont accumulées⁹⁴ (sous réserve de tout élément déclencheur applicable le cas échéant) et qu'elle devient opposable aux tiers à partir de ce moment sans être assujettie à l'inscription. Toutefois, il faut reconnaître que la détermination du moment exact à partir duquel la fiducie réputée est constituée risque parfois d'être difficile compte tenu de la diversité et de la complexité des règles de financement des régimes de retraite.

Malgré la distinction exposée ci-dessus, il faut toutefois admettre que le résultat devrait généralement être le même tant

92. C.c.Q., art. 2733 ; voir aussi Louis L'HEUREUX, *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 15, note 31.

93. C.c.Q., art. 2945 et ss.

94. Par analogie avec les principes établis par la jurisprudence relative à la fiducie réputée de la LIR, notamment dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, *op. cit.*, *supra*, note 25.

en *common law* qu'en droit civil québécois si la garantie a clairement été rendue opposable aux tiers soit avant, soit après la constitution de la fiducie réputée.

Dans l'arrêt *Aveos*, le juge Schrager s'est également exprimé de façon subsidiaire sur d'autres questions qui méritent d'être commentées. Le juge Schrager a ainsi conclu que la fiducie réputée de la LNPP ne produit pas d'effet dans le contexte des procédures sous le régime de la LACC, à tout le moins à l'égard des créanciers garantis dont la sûreté a été rendue opposable avant la constitution de la fiducie réputée⁹⁵. Cette conclusion est toutefois ambiguë du fait que la première partie de celle-ci sous-tend que la fiducie réputée de la loi fédérale a une efficacité nulle, tandis que la seconde partie implique que cette fiducie a une efficacité relative.

Le juge Schrager s'appuie ainsi sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Century Services*, notamment sur les motifs du juge Fish, pour appuyer la thèse que la fiducie réputée ne peut être efficace en cas d'insolvabilité à moins que sa validité ne soit expressément reconnue par les lois relatives à l'insolvabilité⁹⁶. Cette thèse comporte au moins deux failles. D'une part, le juge omet de faire la distinction entre les fiducies réputées établies au profit de Sa Majesté et les autres fiducies réputées, notamment celles établies au profit des bénéficiaires des régimes de retraite⁹⁷. Or, seules les premières sont visées par le paragraphe 37(1) de la LACC, lequel prive d'effet toute fiducie réputée au profit de Sa Majesté sauf celles expressément prévues dans cette loi. D'ailleurs, comme nous l'avons indiqué précédemment, la position du juge Fish dans la décision *Century Services* avait expressément été rejetée par les juges majoritaires dans cette affaire⁹⁸. D'autre part, la Cour suprême dans l'affaire *Indalex* a confirmé que la fiducie réputée de la loi ontarienne continuait de s'appliquer dans le contexte des procédures en vertu de la LACC (sous réserve bien sûr du principe de la prépondérance fédérale). Le même raisonnement devrait en principe s'appliquer à la fiducie réputée de la loi fédérale puisque ni celle-ci, ni la fiducie réputée de la loi provinciale ne sont expressément exclues par la LACC. En l'occurrence, il y

95. *Aveos*, *op. cit.*, *supra*, note 11, par. 68.

96. *Ibid.*, par. 71.

97. Même si cette distinction a été soulevée dans l'affaire *Aveos*, la réponse du juge Schrager ne semble pas convaincante ; voir *Aveos*, *ibid.*, par. 74-75.

98. Voir *supra*, note 63.

a lieu d'ajouter que, dans l'affaire *Bloom Lake*, le juge Hamilton s'est dit en désaccord avec l'opinion exprimée sur cette question par le juge Schragger⁹⁹. La position du juge Hamilton nous semble bien fondée à cet égard.

Pour écarter l'application de la fiducie réputée de la LNPP, le juge Schragger invoque par ailleurs les modifications qui ont été apportées en 2009 aux lois relatives à l'insolvabilité et qui accordent une protection limitée à certaines réclamations relatives aux régimes de retraite¹⁰⁰. Nous reviendrons plus loin sur cette question dans le contexte de l'affaire *Bloom Lake*.

Quoi qu'il en soit, le juge Schragger n'a pas pour autant conclu que la fiducie réputée de la LNPP avait une efficacité nulle. En effet, il a simplement réitéré sa conclusion sur la question principale suivant laquelle la fiducie réputée avait une efficacité relative. Il s'est exprimé en ces termes :

The Superintendent legitimately poses the rhetorical question of what use is the deemed trust? Certainly it is useful for the protection of special payments but only *vis-à-vis* creditors who do not hold security over the assets of the debtor company which was perfected prior to the deemed trust attaching to the assets.¹⁰¹

4.2 *L'affaire Bloom Lake*

En mai 2015, un groupe d'entreprises faisant affaire au Labrador et au Québec dans les secteurs de l'exploitation minière et du transport ferroviaire ont demandé et obtenu de la Cour supérieure du Québec la protection en vertu de la LACC¹⁰². La principale

99. *Bloom Lake, op. cit., supra*, note 13, par. 71-72 ; « The Court respectfully disagrees with Justice Schragger in *Aveos* on this issue and concludes that there is no general rule that deemed trusts in favour of anyone other than the Crown are ineffective in insolvency. Deemed trusts will be interpreted restrictively as exceptions to the general principle that the assets of the debtor are available for all of the creditors, but there is no general rule that they are ineffective. » (par. 72).

100. *Aveos, op. cit., supra*, note 11, par. 76 ; voir aussi *supra*, note 33.

101. *Aveos, ibid.*, par. 83.

102. Il y a lieu de noter que, même si cette affaire est répertoriée sous le nom de *Bloom Lake*, les requérantes dans cette affaire sont désignées comme les « Wabush CCAA Parties ». Ces procédures ont été réunies avec celles qui avaient précédemment été engagées en vertu de la LACC en janvier 2015 par des parties désignées comme les « Bloom Lake CCAA Parties » ; voir *Bloom Lake, g.p.l. (Arrangement relatif à)*, 2015 QCCS 169.

question que le tribunal devait trancher était de savoir s'il y avait lieu d'approuver l'octroi d'une superpriorité aux prêteurs ayant accordé du financement intérimaire au débiteur-exploitant, notamment à l'encontre des réclamations des bénéficiaires de la fiducie réputée relative aux régimes de retraite. Il faut préciser que les régimes de retraite de certains des employés touchés relevaient de la compétence fédérale tandis que ceux des autres employés étaient assujettis à la compétence des autorités de la province de Terre-Neuve-et-Labrador. Par conséquent, tant la fiducie réputée de la loi fédérale que celle de la loi provinciale était en cause dans cette affaire.

Comme c'est souvent le cas dans le cadre de procédures en vertu de la LACC, le juge Hamilton a accordé la superpriorité qui était demandée dans cette affaire. Par contre, ce qui est peut-être moins courant, c'est qu'il s'est prononcé dès cette étape sur l'efficacité de la fiducie réputée¹⁰³. Après avoir examiné le contexte législatif, il a ainsi conclu en ces termes :

[78] For all of these reasons, the Court concludes that Parliament's intent is that federal pension claims are protected in insolvency and restructurings only to the limited extent set out in the BIA and the CCAA, notwithstanding the potentially broader language in the PBSA.

[79] In the alternative, the Court could conclude that a liquidation under the CCAA does not fall within the term "liquidation" in Section 8(2) PBSA such that there has been no triggering event.

[80] Either way, the Court concludes that the deemed trust under Section 8(2) PBSA does not prevent the Court from granting priority to the Interim Lender Charge, if the conditions of Section 11.2 CCAA are met.¹⁰⁴

103. La procédure qui a été suivie dans cette affaire découle vraisemblablement des principes énoncés dans l'arrêt *Indalex* concernant les obligations fiduciaires des administrateurs de régimes de retraite ; voir *Bloom Lake*, *op. cit.*, *supra*, note 13, par. 136.

104. Le tribunal a aussi conclu que la fiducie réputée de la loi de la province de Terre-Neuve-et-Labrador ne faisait pas obstacle à l'octroi de la superpriorité, et ce, en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale ; voir *Bloom Lake*, *ibid.*, par. 89 et 101.

Il importe de rappeler que l'application de la fiducie réputée de la LNPP ne se déclenche qu'en « cas de liquidation, de cession des biens ou de faillite de l'employeur » (en anglais, « any liquidation [...] »). Un bon nombre d'entreprises qui demandent la protection en vertu de la LACC espèrent en arriver à un compromis avec leurs créanciers en vue d'en émerger après quelque temps et de pouvoir par la suite poursuivre leurs activités commerciales. Par contre, d'autres entreprises savent dès le départ qu'elles ne s'en tireront pas ; elles engagent alors un processus de liquidation qui mènera à terme à la dissolution de l'entreprise¹⁰⁵. Il peut alors devenir difficile de déterminer avec précision à quelle étape du processus une entreprise doit être considérée en « liquidation ». Or, la fiducie réputée de la loi fédérale s'applique seulement à partir de ce moment¹⁰⁶.

Sur la base des faits rapportés dans la décision *Bloom Lake*, on pourrait croire que les requérantes avaient bel et bien franchi cette étape à partir du moment où le processus de vente de leurs biens a été approuvé par le tribunal¹⁰⁷. Par contre, si elles n'étaient pas encore en liquidation, la fiducie réputée ne s'appliquait simplement pas. Toutefois, en présumant que les requérantes étaient effectivement en liquidation, le juge Hamilton a indiqué de façon subsidiaire qu'une liquidation effectuée sous le régime de la LACC pourrait ne pas constituer une liquidation au sens du paragraphe 8(2) de la LNPP (au par. 79 ci-dessus). Or, une telle conclusion paraît peu convaincante. Il semble en effet difficile de prétendre qu'une entreprise qui se résout à vendre sous autorité judiciaire et hors du cours ordinaire de ses affaires la totalité ou la quasi-totalité de ses biens en vue d'en distribuer le produit à ses créanciers ne soit pas en « liquidation » selon le sens courant de ce terme¹⁰⁸.

105. Ces entreprises préfèrent habituellement opter pour la flexibilité qu'offre la liquidation sous le régime de la LACC par opposition à la rigidité de la procédure sous le régime de la LFI. Même si elle est critiquée par certains, cette façon de faire n'en est pas moins très répandue.

106. Sauf si l'entreprise fait cession de ses biens ou fait faillite.

107. *Bloom Lake*, *op. cit.*, *supra*, note 13, par. 24 (« Sale and Investor Solicitation Process – SISP »).

108. Selon *Le Petit Robert*, le mot liquidation signifie « action de rendre liquide » ce qui, dans le présent contexte, signifierait l'action de transformer des biens en argent liquide en vue d'en faciliter la distribution aux créanciers. Voir aussi *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, *op. cit.*, *supra*, note 21, p. 1201 : « Il ne me paraît pas y avoir de raison de ne pas donner au terme anglais « liquidation » son sens large dans la langue courante. » Par ailleurs, il

La conclusion principale du juge Hamilton semble par contre plus convaincante (au par. 78 ci-dessus). Comme le juge Schragger l'avait fait de façon subsidiaire dans l'affaire *Aveos* pour tenter d'écarter l'application de la fiducie réputée de la LNPP, le juge Hamilton invoque les modifications qui ont été apportées en 2009 aux lois relatives à l'insolvabilité et qui accordent une protection limitée à certaines réclamations relatives aux régimes de retraite¹⁰⁹. À cet égard, il importe de rappeler que se pose alors un conflit potentiel entre l'application de deux lois fédérales (la LNPP et la LACC) et non pas un conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale à l'égard duquel il est possible d'invoquer le principe de la prépondérance fédérale.

[74] It is difficult to reconcile Sections 6(6) and 36(7) CCAA with a broad interpretation of Section 8(2) PBSA. Why would the legislator give specific protection to the normal payments by amending the CCAA in 2009 if the deemed trust protecting not only the normal payments but also the special payments was effective in the CCAA context? Why would the legislator not protect the special payments under Sections 6(6) and 36(7) CCAA if they were already protected under a deemed trust? What happens to the deemed trust for the special payments if there is an arrangement or an asset sale? Because both statutes were adopted by the same legislator, we must try to determine the legislator's intent.

[...]

[77] The Court therefore adopts the following reasoning to resolve the conflict in the present case:

Given that the pension provisions of the BIA and CCAA came into force much later than s. 8 of the PBSA, normal interpretation would require that the later legislation be deemed to be remedial in nature. Likewise, since those provisions of the BIA and CCAA are the more specific provisions, normal interpretation would take them to have precedence over the general. Finally, the limited scope of the protection given to pension

y a lieu de noter que la version anglaise du par. 31(2) de la *Loi sur les régimes de pension agréés collectifs*, *op. cit.*, *supra*, note 2, utilise plutôt le terme « winding-up » au lieu de « liquidation » ; à cet égard, voir Sam HABE, "What About Federal Pension Claims? The Status of Pension Benefits Standards Act, 1985 and Pooled Registered Pension Plans Act Deemed Trust Claims in Insolvency" (2013), 28 *National Creditor Debtor Review* 25, p. 28.

109. Voir *supra*, note 33.

claims in the BIA and the CCAA would, by application of the doctrine of implied exclusion, suggest that Parliament did not intend there to be any additional protection. In enacting BIA subs. 60(1.5) and 65.13(8) and ss. 81.5 and 81.6 and CCAA subs. 6(6) and 37(6) [*sic*]¹¹⁰, while not amending subs. 8(2) of the PBSA (by adding explicit priority language or by removing the insolvency trigger), Parliament demonstrated the intent that pension claims would have protection in insolvency and restructurings only to the limited extent set out in the BIA and the CCAA.¹¹¹ (Emphasis added)

Même s'il faut admettre que ce raisonnement semble assez convaincant, il n'en demeure pas moins que des arguments plausibles pourraient aussi être invoqués au soutien de la thèse contraire¹¹². Ainsi, s'il est vrai qu'à l'occasion des modifications de 2009 le législateur fédéral a choisi d'accorder aux bénéficiaires de régimes de retraite une protection limitée en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice¹¹³, il n'a pas pour autant abrogé la fiducie réputée de la LNPP et n'en a pas expressément écarté l'application dans le cadre de la LACC. Le législateur fédéral en a même modifié la portée par la suite¹¹⁴, ce qui implique nécessairement son désir de maintenir cette fiducie réputée. Même si la portée de la protection offerte par les paragraphes 6(6) et 36(7) de la LACC peut être moins étendue que celle de la fiducie réputée de

110. Il devrait plutôt être fait renvoi au par. 36(7) comme dans l'article cité. En passant, comme plusieurs l'ont déjà souligné, cette disposition comporte elle-même un renvoi inexact aux al. 6(4)a) et 6(5)a) ; le par. 36(7) devrait plutôt faire renvoi aux al. 6(5)a) et 6(6)a) de la LACC.

111. Citation tirée de l'article de Sam BABE, *loc. cit.*, *supra*, note 108, p. 30.

112. Voir notamment les commentaires du juge Kasirer dans *Bloom Lake – CA*, *op. cit.*, *supra*, note 15, par. 43.

113. Voir notamment les commentaires de la juge Deschamps dans l'affaire *Indalex*, *op. cit.*, *supra*, note 8, au par. 81, citant le rapport de 2003 du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans le cadre de l'examen de la LFI et de la LACC.

114. L.C. 2010, ch. 12, art. 1791 et 1816. À cette occasion, le par. 29(6.4) de la LNPP a notamment été ajouté pour rendre immédiatement exigible le paiement des montants requis pour financer le régime en cas de liquidation de celui-ci ou de l'employeur. Toutefois, le par. 29(6.5) est venu soustraire ces montants de la portée de la fiducie réputée visée au par. 8(2), sauf à l'égard des montants déjà en souffrance. Par ailleurs, ces dispositions ont modifié l'al. 29(6)b) ainsi que le sous-al. 8(1)c)(ii) pour rendre exigibles à la cessation du régime les paiements spéciaux qui seraient devenus exigibles, en l'absence de cessation, entre la date de celle-ci et la fin de l'exercice du régime où elle survient. Par contre, comme ces modifications faisaient partie d'une loi d'exécution du budget, il existe peu d'indications permettant de déceler l'intention du législateur ; à cet égard, voir les réserves exprimées dans *Century Services*, *op. cit.*, *supra*, note 27, par. 49.

la LNPP, ces dispositions ne sont peut-être pas incompatibles au point où l'on devrait conclure que la fiducie réputée de la LNPP a complètement été écartée par les modifications de 2009 à la LACC et à la LFI. Par exemple, afin de tenter de concilier ces dispositions, on pourrait prétendre que l'objectif des modifications législatives de 2009 était d'établir un seuil minimal permettant aux bénéficiaires des régimes de retraite d'obtenir le paiement d'une partie de leurs réclamations en priorité des réclamations des créanciers garantis dont la sûreté avait été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée (écartant par le fait même l'effet de l'arrêt *Sparrow*). Par contre, pour ce qui est de leurs réclamations résiduelles au titre des régimes de retraite (notamment celles relatives aux paiements spéciaux ou cotisations d'équilibre), ces réclamations continueraient d'être visées par la fiducie réputée et leur paiement prendrait donc rang, d'une part, après celles des créanciers garantis dont la sûreté a été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée et, d'autre part, avant celles des autres créanciers garantis et des créanciers chirographaires. En ce qui concerne les créanciers bénéficiant d'une superpriorité, l'ordonnance rendue en vertu de la LACC pourrait écarter explicitement l'application de la fiducie réputée de la LNPP à leur égard, conférant ainsi préséance aux dispositions de la LACC sur celles de la LNPP¹¹⁵.

Par ailleurs, il importe de rappeler que les principes d'interprétation des lois invoqués dans la décision *Bloom Lake* selon lesquels il faut donner préséance, d'une part à la loi postérieure sur la loi antérieure et, d'autre part à la loi spéciale sur la loi générale, ne posent pas une règle de droit absolu¹¹⁶. De plus, leur application peut mener à des conclusions bien différentes selon la détermination qui peut être faite quant à savoir laquelle des deux lois constitue, d'une part, la loi postérieure ou la loi antérieure et, d'autre part, la loi spéciale ou la loi générale¹¹⁷.

115. La priorité d'origine judiciaire fondée sur la LACC a le même effet qu'une priorité d'origine législative ; voir *Indalex*, *op. cit.*, *supra*, note 8, par. 60 ; voir par contre l'argument soulevé dans le texte se rapportant à la note 123, *infra*.

116. Voir notamment Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009, p. 416 (par. 1335). L'affaire *Century Services* témoigne notamment des difficultés d'application de la règle accordant préséance à la loi postérieure sur la loi antérieure ; *op. cit.*, *supra*, note 27.

117. Voir Pierre-André CÔTÉ, *ibid.*, p. 420 (par. 1346) et Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, LexisNexis, 2014, p. 365 (par. 11.60). À cet égard, il y a lieu de noter que l'article de Sam Babe qui est

Il faut toutefois reconnaître que l'argument selon lequel l'objectif des modifications législatives de 2009 était d'établir un seuil minimal de protection sans pour autant écarter complètement la fiducie réputée de la LNPP soulève certaines difficultés conceptuelles. Même si cet argument peut paraître bien fondé si l'on analyse la fiducie réputée comme conférant un droit de priorité¹¹⁸, il ne cadre pas très bien avec la mécanique de la fiducie réputée. En effet, une fois que l'application de la fiducie réputée est enclenchée et que les biens de l'entreprise débitrice sont réputés soustraits de son patrimoine, ils ne seraient en principe plus disponibles pour satisfaire les réclamations des créanciers bénéficiant d'une superpriorité ou d'une autre priorité en vertu de la LACC.

En résumé, si la conclusion principale du juge Hamilton était retenue par la jurisprudence subséquente, cela signifierait donc que la fiducie réputée de la LNPP aurait toujours une efficacité nulle dans le contexte des procédures en vertu de la LACC¹¹⁹. À vrai dire, le même argument pourrait vraisemblablement être appliqué à l'encontre de toutes les fiducies réputées établies par une loi provinciale¹²⁰. Par contre, il faut souligner que, dans le cadre de la requête pour permission d'en appeler de la décision du juge Hamilton dans l'affaire *Bloom Lake*, le juge Kasirer de la Cour d'appel du Québec a exprimé l'avis que la question n'était pas réglée pour autant. Il s'est exprimé en ces termes à cet égard :

[36] [...] While I recognize the care with which the CCAA Judge examined the question of statutory interpretation, as well as the alternative argument as to whether "any liquidation" within the meaning of subs. 8(2) PBSA includes CCAA proceedings – a point not given full analysis in *Aveos* – the matter of the effectiveness of the federal deemed trust in CCAA proceedings is not settled law and remains important to CCAA practice.¹²¹

citée par le juge Hamilton ne précise pas pourquoi la LACC devrait être considérée la loi spéciale et la LNPP la loi générale.

118. Voir *supra*, note 41 et le texte qui s'y rapporte.

119. C'est d'ailleurs l'avis exprimé par Sam Balo ; voir *loc. cit.*, *supra*, note 108, p. 31.

120. *Ibid.*, note 24 ; au même effet, voir Sam BALE, « After *Indalex*: Pension Claims under the New CCAA », (2013), 28 *National Creditor Debtor Review* 13. Même en l'absence d'un conflit direct comme dans les affaires *Indalex* ou *White Birch*, l'application de la loi provinciale empêcherait vraisemblablement la réalisation du but de la loi fédérale ; à cet égard, voir notamment *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51.

121. *Bloom Lake – CA*, *op. cit.*, *supra*, note 15.

Soulignons enfin que les modifications législatives de 2009 sont venues codifier le pouvoir du tribunal, d'une part, d'approuver la constitution d'une charge (ou d'une sûreté) grevant les biens du débiteur-exploitant au profit du prêteur lui accordant du financement intérimaire et, d'autre part, de donner priorité à cette charge sur toute réclamation des créanciers garantis (superpriorité)¹²². Or, même si les bénéficiaires d'une fiducie réputée sont souvent assimilés à des créanciers garantis, la définition de ce terme au paragraphe 2(1) de la LACC ne les inclut pas expressément, et ce, contrairement à la définition de « créancier garanti » dans la LIR¹²³. Cela pose donc la question de savoir si le tribunal a effectivement le pouvoir d'accorder une superpriorité à l'encontre des bénéficiaires des régimes de retraite en vertu de l'article 11.2 de la LACC ; sinon, il faudrait se demander si le tribunal possède toujours un tel pouvoir en vertu de sa compétence résiduelle¹²⁴. La jurisprudence ne semble pas encore avoir abordé cette question depuis les modifications législatives de 2009. Puisque celles-ci visaient notamment à codifier les pouvoirs du tribunal qui avaient auparavant été reconnus sous l'ancienne loi, il y a fort à parier que la pression sera forte pour trouver une façon de maintenir cette interprétation¹²⁵. Néanmoins, la loi semble claire : la définition de « créancier garanti » dans la LACC ne vise pas expressément les bénéficiaires d'une fiducie réputée.

Quoi qu'il en soit, si la fiducie réputée produit bel et bien son effet dans le contexte de la LACC, certains biens de l'entreprise débitrice seront alors réputés soustraits de son patrimoine.

122. LACC, art. 11.2.

123. Voir Jassmine GIRGIS, *Indalex: Priority of Provincial Deemed Trusts in a CCAA Restructuring*, http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2013/03/Blog_JG_Indalex_March2013.pdf ; voir aussi les définitions de « créancier garanti » et de « garantie » au par. 224(1.3) de la LIR qui visent expressément les fiducies réputées. À cet égard, le commentaire suivant au par. 76 de la décision *Indalex* nous semble trompeur : « La définition d'un « créancier garanti » à l'art. 2 de la LACC inclut la fiducie relative aux biens du débiteur. » À notre avis, cette définition ne vise que la fiducie garantissant « quelque obligation (en anglais, « *any bond* ») d'une compagnie débitrice [...] ».

124. Toutefois, la compétence générale du tribunal en vertu de l'art. 11 de la LACC est assujettie aux autres dispositions de la loi, notamment l'art. 11.2 (« sous réserve des restrictions prévues par la présente loi »). La portée de toute autre compétence résiduelle est incertaine ; voir *Century Services, op. cit., supra*, note 27, par. 64-66.

125. En invoquant par exemple que « La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la LACC. » ; voir *Century Services, ibid.*, par. 70.

On pourrait alors prétendre que le tribunal est ainsi privé de son pouvoir de grever ces biens d'une telle charge à l'encontre des bénéficiaires de la fiducie puisqu'il ne s'agirait plus de « biens de la compagnie » au sens de l'article 11.2 de la LACC. Néanmoins, la conclusion que le juge Hamilton a exprimée au paragraphe 95 de sa décision implique qu'à son avis le tribunal possède bel et bien un tel pouvoir¹²⁶. Or, si l'on analyse la fiducie réputée comme conférant un droit de priorité et que ses bénéficiaires sont considérés comme des créanciers garantis au sens de la LACC, on pourrait effectivement conclure que l'article 11.2 de cette loi accorde au tribunal le pouvoir de grever les biens de l'employeur d'une telle charge à l'encontre des bénéficiaires de la fiducie réputée. Par contre, si la fiducie réputée a une efficacité nulle dans le cadre des procédures en vertu de la LACC, les réclamations résiduelles au titre des régimes de retraite ne seraient que des créances ordinaires ; elles seraient donc automatiquement assujetties à la charge constituée par le tribunal sur les biens de l'entreprise débitrice.

Comme on peut le constater, la coexistence de la fiducie réputée de la LNPP et de la protection limitée accordée depuis 2009 par la LACC et la LFI donne lieu à une situation qui est loin d'être limpide. En conséquence, une clarification par voie législative serait grandement souhaitable.

Conclusion

Des cinq décisions examinées dans le présent article, seule celle dans l'affaire *Timminco* a été favorable aux bénéficiaires des régimes de retraite, et ce, en raison des particularités des lois québécoises. Par contre, le raisonnement suivi dans chacune de ces affaires était souvent très différent. De plus, certaines des décisions en cause n'ont aucunement abordé des arguments qui auraient pu être déterminants.

Quoi qu'il en soit, à la lumière de ces décisions, il semble qu'on puisse tirer les conclusions suivantes concernant l'application de

126. *Bloom Lake, op. cit., supra*, note 13, par. 95 : « This is sufficient for the Court to conclude that the Interim Financing should be approved and the Interim Lender Charge should be granted with priority over the deemed trust under the PBSA, if it is effective in the CCAA context. » ; voir aussi le commentaire du juge Kasserer à la note 21, p. 15, dans la décision *Bloom Lake - CA, op. cit., supra*, note 15.

la fiducie réputée en matière de régimes de retraite dans le cadre de procédures engagées en vertu de la LACC :

1. Le tribunal peut conférer une superpriorité ayant préséance sur les droits des bénéficiaires de toute fiducie réputée¹²⁷ établie :

a) soit par la loi provinciale, en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale (*Indalex* et *White Birch*) ;

b) soit par la loi fédérale (*Bloom Lake*).

2. Si les modifications de 2009 sont exhaustives, c'est-à-dire si la protection limitée qu'elles confèrent exclut implicitement l'application de toute fiducie réputée établie par la loi fédérale ou par la loi provinciale, une telle fiducie réputée n'a aucune efficacité en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice. (*Bloom Lake*)

3. Si les modifications de 2009 ne sont pas exhaustives, toute fiducie réputée établie par la loi fédérale ou par la loi provinciale continue de s'appliquer dans le cadre de la LACC (*Indalex*), et ce, selon les modalités suivantes :

a) les droits des créanciers garantis dont la sûreté a été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée ont préséance sur les droits des bénéficiaires de toute fiducie réputée établie par la loi fédérale ou par la loi provinciale (*Sparrow* et *Aveos*)¹²⁸ ;

b) les droits des bénéficiaires de toute fiducie réputée établie par la loi fédérale ou par la loi provinciale ont préséance sur les droits des créanciers garantis dont la sûreté a été rendue opposable aux tiers après la constitution de la fiducie réputée de même que sur les droits des créanciers chirographaires (*Sparrow* et *Aveos*, *a contrario*)

127. Par contre, on pourrait prétendre que depuis les modifications de 2009 le tribunal ne possède plus le pouvoir d'imposer une charge ayant préséance sur les droits des bénéficiaires d'une fiducie réputée du fait que ceux-ci ne sont pas expressément visés par la définition de « créancier garanti » dans la LACC ; à cet égard, voir le texte se rapportant à la note 123, *supra*.

128. Sous réserve de toute loi provinciale applicable accordant priorité aux droits des bénéficiaires de la fiducie réputée sur ceux des créanciers garantis ; contrairement aux lois de l'Ontario (voir *supra*, note 43), les lois du Québec ne confèrent pas une telle priorité.

4. Même si la fiducie réputée est applicable à l'encontre de certains créanciers comme il est indiqué au paragraphe 3, l'entreprise débitrice ou l'un de ses créanciers peut toujours présenter une requête pour faire suspendre l'ordonnance rendue en vertu de la LACC afin de permettre à l'entreprise de faire cession de ses biens en vertu de la LFI, ce qui aura pour effet de déclencher l'application de l'ordre de priorité de la LFI et d'ainsi écarter l'application de toute fiducie réputée établie par la loi provinciale ou par la loi fédérale¹²⁹ (*Century Services et Indalex*).

5. Évidemment, la fiducie réputée n'a aucun effet en l'absence de l'élément déclencheur applicable le cas échéant¹³⁰ (par exemple, si l'employeur n'est pas en liquidation au sens de la loi fédérale ou si le régime de retraite en cause n'est pas en liquidation selon la loi ontarienne) (*Indalex*).

6. Toutefois, dans l'hypothèse où la décision *Timminco* serait suivie par la jurisprudence subséquente, dans le cas d'un régime de retraite – relevant soit de la compétence provinciale, soit de la compétence fédérale – qui est parrainé par une entreprise résidant au Québec ou dont les biens sont situés dans cette province,

a) les biens de cette entreprise ayant une valeur égale aux cotisations qu'elle doit verser à la caisse de retraite seraient inaccessibles et insaisissables dans chacun des scénarios mentionnés

129. S'il est bien établi que la LFI a pour effet d'écarter toute fiducie réputée établie par la loi provinciale, la situation est moins claire en ce qui concerne la fiducie réputée de la loi fédérale. Dans la décision *Neal v. Toronto Dominion Bank*, (1997) 1997 CarswellOnt 403, 25 O.T.C. 142 (Ont. C.J. Gen. Div.), l'application de la fiducie réputée de la LNPP a été reconnue dans le cadre de la LFI (toutefois, cette décision est critiquée à la lumière de l'arrêt *Sparrow* en ce qui concerne la priorité qu'elle a accordée à la fiducie réputée à l'encontre des créanciers garantis ; voir Sam BABE, *loc. cit.*, *supra*, note 108, pp. 29-30). Si les modifications de 2009 sont exhaustives, la LFI a clairement préséance sur la fiducie réputée de la LNPP. Si elles ne le sont pas, l'ordre de priorité établi par l'art. 136 de la LFI a probablement pour effet d'écarter l'application de la fiducie réputée de la LNPP (au même effet, voir Sam BABE, *ibid.*, p. 31).

130. Les commentaires de la juge Deschamps dans l'affaire *Indalex* semblent indiquer qu'il suffit que la fiducie réputée ait été enclenchée avant la vente des biens de l'employeur (voir le par. 46). Toutefois, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que la fiducie réputée devait avoir été enclenchée avant que l'ordonnance initiale ne soit rendue en vertu de la LACC ; voir *Grant Forest Products Inc. (Re)*, 2013 ONSC 5933 ; voir toutefois *Grant Forest Products Inc. v. The Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 670, dans laquelle la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas clairement tranché la question. Cette question a une importance particulière en Ontario en raison de la priorité conférée à la fiducie réputée à l'encontre des créanciers garantis en vertu du par. 30(7) de la *Loi sur les sûretés mobilières*, *op. cit.*, *supra*, note 43.

ci-dessus (sans nécessairement que ces biens ne soient visés par la fiducie réputée) ;

b) dans le scénario visé au paragraphe 3, l'incessibilité et l'insaisissabilité de ces biens auraient pour effet de rendre toute fiducie réputée applicable aux termes de la loi provinciale ou de la loi fédérale opposable aux créanciers garantis dont la sûreté a été rendue opposable aux tiers avant la constitution de la fiducie réputée (*Timminco*).

Ce résumé illustre de façon assez éloquente l'incertitude qui entoure le sort de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite. Dans une certaine mesure, cette situation rappelle étrangement celle qui prévalait à l'époque de la décision *Sparrow* concernant le sort de la fiducie réputée en matière d'impôt. À cet égard, les propos que le juge Gonthier exprimait alors pourraient vraisemblablement être transposés à la situation actuelle :

Il est malheureux que, jusqu'à maintenant, la jurisprudence n'ait pas su susciter la certitude qui est si manifestement souhaitable dans ce domaine du droit commercial.¹³¹

Pourtant, le législateur fédéral est intervenu récemment et a alors choisi d'établir un seuil minimal de protection pour les bénéficiaires des régimes de retraite en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice. Or, même si l'intention du législateur était peut-être d'ainsi écarter l'application de toute fiducie réputée établie par la loi provinciale ou par la loi fédérale¹³², celui-ci ne l'a pas fait expressément, ce qui continue de laisser planer le doute sur la possibilité qu'une telle fiducie puisse produire ses effets en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice.

La protection limitée que les modifications législatives de 2009 ont accordée devrait vraisemblablement être accrue, particulièrement à l'égard des bénéficiaires des régimes de retraite à prestations déterminées¹³³. À défaut, la pression sur les régimes publics de retraite et d'assistance sociale risque de s'accroître

131. *Sparrow*, *op. cit.*, *supra*, note 24, par. 23.

132. Voir le rapport de 2003 du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce qui est cité au par. 81 de la décision *Indalex*, *op. cit.*, *supra*, note 8.

133. Voir notamment les commentaires de la professeure Janis Sarra, *op. cit.*, *supra*, note 7.

davantage. Pour le législateur, la modification des priorités établies par les lois sur l'insolvabilité représente évidemment un exercice délicat où s'affrontent les droits légitimes des diverses parties intéressées. Par contre, d'autres options pourraient également être envisagées pour accroître la protection des bénéficiaires des régimes de retraite¹³⁴. Toutefois, au-delà du niveau de protection à accorder, il importe grandement d'augmenter le degré de certitude quant à l'effet de la fiducie réputée. Il est évidemment possible que l'évolution de la jurisprudence permette de clarifier la situation au cours des prochaines années. Par contre, il semble clair que la véritable solution passe par des modifications législatives, notamment aux lois sur l'insolvabilité¹³⁵.

L'incertitude actuelle entraîne des coûts importants pour toutes les parties intéressées de même que pour le système judiciaire. Les juges qui supervisent les procédures en vertu de la LACC sont appelés à trancher de multiples questions difficiles dans des délais souvent très serrés. Or, l'absence de clarté du régime législatif applicable à la fiducie réputée ne fait qu'alourdir leur fardeau. De plus, compte tenu de l'ampleur des sommes habituellement en jeu en matière de régimes de retraite et des importants coûts sociaux qui peuvent en découler, les risques que leurs décisions soient portées en appel sont élevés. De surcroît, les nombreuses procédures requises pour trancher les litiges relatifs à la fiducie réputée des régimes de retraite entraînent des frais importants pour toutes les parties intéressées. Or, les frais engagés à cet égard par le contrôleur et l'entreprise débitrice, notamment au titre des honoraires de leurs procureurs et autres conseillers, viennent réduire d'autant la masse des biens disponibles pour tenter de relancer l'entreprise ou, en cas d'échec, pour en faire la distribution à l'ensemble des créanciers.

134. Par exemple, par un resserrement des règles de capitalisation des régimes de retraite ou par la constitution d'un fonds de garantie ; à cet égard, voir notamment les commentaires soumis par Jean-Daniel Breton dans le cadre de la révision législative de 2014 : [https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/Jean-Daniel_Breton_July_14_2014.pdf/\\$FILE/Jean-Daniel_Breton_July_14_2014.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/Jean-Daniel_Breton_July_14_2014.pdf/$FILE/Jean-Daniel_Breton_July_14_2014.pdf), p. 25 (n° 19).

135. Pour un commentaire au même effet, voir *Grant Forest Products Inc. (Re)*, *op. cit.*, *supra*, note 130, par. 131. Par ailleurs, même si le sort de la fiducie réputée semble plus clair dans le contexte des procédures engagées en vertu de la LFI, des clarifications additionnelles seraient souhaitables ; voir notamment le commentaire à la note 129, *supra*.

Puisque la fiducie réputée en matière de régimes de retraite semble avoir une efficacité très limitée, voire illusoire, il faudrait peut-être se résigner à en exclure carrément l'application dans les lois sur l'insolvabilité, comme cela a été fait pour les fiducies réputées au profit de Sa Majesté¹³⁶. En contrepartie, le législateur pourrait considérer augmenter la protection limitée que ces lois accordent aux bénéficiaires des régimes de retraite¹³⁷. Dans cette hypothèse, il est à parier que les institutions de crédit qui offrent du financement aux entreprises parrainant des régimes de retraite préféreraient être mieux en mesure de prévoir comment leurs réclamations seraient traitées en regard de celles des bénéficiaires de ces régimes. Ces institutions pourraient vraisemblablement ajuster en conséquence le coût du financement offert au degré de risque encouru.

Le gouvernement fédéral a entrepris en 2014 le processus de révision quinquennale des lois relatives à l'insolvabilité¹³⁸. Au terme de la consultation publique qu'il a menée, le gouvernement a déposé son rapport à l'automne 2014 et celui-ci devra par la suite être soumis à l'examen d'un comité parlementaire¹³⁹. Il s'agirait sans doute d'une excellente occasion d'examiner la question de l'efficacité de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite en cas d'insolvabilité de l'entreprise débitrice.

136. LACC, par. 37(1) et LFI, par. 67(2). Pour une recommandation au même effet, voir les commentaires soumis par Jean-Daniel Breton, *loc. cit., supra*, note 134, p. 53 (n° 7). Par ailleurs, suite à l'arrêt *Timminco*, se pose également la question de savoir si la déclaration d'incessibilité et d'insaisissabilité des cotisations qui est prévue par la législation québécoise devrait également être écartée par les lois fédérales sur l'insolvabilité.

137. Voir *supra*, note 33.

138. Cet examen est requis par l'art. 63 de la LACC et l'art. 285 de la LFI.

139. *Nouveau départ : un examen des lois canadiennes en matière d'insolvabilité*, *op. cit., supra*, note 16. L'élection fédérale d'octobre 2015 a toutefois retardé le processus d'examen de ce rapport par un comité parlementaire.