

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-11-038474-108

DATE : Le 20 avril 2012

SOUS LA PRÉSIDENCE DE : L'HONORABLE ROBERT MONGEON, J.C.S.

DANS L'AFFAIRE DE LA *LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES*, (L.R.C. (1985), c. C-36), (CI-APRÈS LA «LACC») RELATIVEMENT À :

**WHITE BIRCH PAPER HOLDING COMPANY
WHITE BIRCH PAPER COMPANY
STADACONA GENERAL PARTNER INC.
BLACK SPRUCE PAPER INC.
F.F. SOUCY GENERAL PARTNER INC.
3120772 NOVA SCOTIA COMPANY
ARRIMAGE DE GROS CACOUNA INC.
PAPIER MASSON LTÉE**

Débitrices

-et-

ERNST & YOUNG INC.

Contrôleur

-et-

**STADACONA LIMITED PARTNERSHIP
F.F. SOUCY LIMITED PARTNERSHIP
F.F. SOUCY, INC. & PARTNERS, LIMITED PARTNERSHIP**

Mis-en-cause

-et-

SYNDICAT CANADIEN DES COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER (SCEP-QUÉBEC) et ses sections locales 11, 137, 200, 250, 299, 625, 627, 905 et 1104

**REGROUPEMENT DES EMPLOYÉS RETRAITÉS DE WHITE BIRCH -STADACONA
COMITÉ DE RETRAITE DU RÉGIME DE RETRAITE DES EMPLOYÉS NON
SYNDIQUÉS DE PML
COMITÉ DE RETRAITE DU RÉGIME COMPLÉMENTAIRE DE RETRAITE DU
PERSONNEL NON SYNDIQUÉ DE F.F. SOUCY
-et-
COMITÉ DE RETRAITE DU RÉGIME DE RETRAITE DES EMPLOYÉS NON
SYNDIQUÉS DE STADACONA
Requérants**

JUGEMENT

INTRODUCTION

[1] Dans la foulée de l'affaire *Indalex*¹ rendue par la Cour d'appel de l'Ontario en avril 2011, le Syndicat canadien des communications de l'énergie et du papier (SCEP-QUÉBEC) et ses sections locales, 11, 137, 200, 250, 299, 625, 627, 905 et 1104, les Retraités syndiqués de White Birch Stadacona ainsi que les Comités de retraite des employés non-syndiqués de PML, F.F. Soucy et Stadacona (collectivement les "Requérants") demandent au Tribunal un jugement déclaratoire qui aurait pour effet de traiter les cotisations d'équilibre payables par la Débitrice White Birch et permettant la mise à niveau actuarielle des divers régimes de retraite des employés de White Birch au Québec comme étant des obligations de la Débitrice non affectées par l'ordonnance initiale et qui jouissent d'un rang prioritaire par rapport aux priorités accordées au prêteur temporaire (DIP) ou encore aux autres charges prioritaires déjà mises en place.

[2] Cette demande est cependant vigoureusement contestée notamment par la Débitrice, le Contrôleur et le prêteur DIP.

[3] En effet, l'arrêt *Indalex* a déterminé que, dans un contexte factuel et juridique différent de celui qui prévaut en matière de LACC au Québec les cotisations d'équilibre normalement payables par la Débitrice (mais suspendues par l'effet de l'ordonnance initiale du 24 février 2010) font l'objet d'une fiducie présumée ("deemed trust"). En outre, la Cour d'appel de l'Ontario a aussi statué que l'employeur avait une obligation fiduciaire envers les divers régimes de retraite de ses employés et que cette obligation avait donc été violée. Selon ce Tribunal, cela rendait donc les cotisations d'équilibre soumises à une

¹ Re: *Indalex* (2011) ONCA 265.

"constructive trust" dont la Débitrice est le "constructive trustee". L'application pratique de ces constats juridiques feraient donc en sorte que lesdites cotisations d'équilibre seraient déjà "soustraites" de la gestion des actifs de la Débitrice et leur remboursement passerait donc avant le remboursement du prêt DIP.

[4] Pour les motifs ci-après exposés, le Tribunal est d'avis que les demandes du Syndicat et des Retraités sont mal fondées et doivent donc être rejetées.

[5] Voici ces motifs.

HISTORIQUE

[6] White Birch est une entreprise de fabrication de papier-journal, de papiers fins et de papiers dits spécialisés oeuvrant au Québec et aux États-Unis. Au Québec, White Birch opère trois usines de papier-journal.

[7] Au cours de l'année 2009, White Birch a subi une détérioration marquée de sa situation financière. Les premières semaines de 2010 n'ont pas amené de redressement et la Débitrice s'est donc mise sous la protection de la LACC.

[8] Les allégations de la requête introductive d'instance faisaient alors déjà état d'un problème touchant les cotisations d'équilibre de l'employeur White Birch dans les divers régimes de retraite à prestations déterminées et, donc, l'émission d'une ordonnance initiale allait, sans aucun doute, affecter les droits des travailleurs de White Birch.

[9] Dès sa première prise de connaissance des allégués de la requête introductive d'instance, le soussigné s'est assuré de sa signification au Syndicat, ce qui fut fait.

[10] La requête introductive alléguait en effet que

59. The Petitioners and the Partnerships are currently confronted with an unprecedented combination of negative circumstances;

60. In addition to the worldwide economic downturn, the newsprint industry is experiencing a particular harsh decline in demand as electronic alternatives replace printed media;

61. Newsprint prices dropped nearly \$330 per metric ton from the fourth quarter of 2008 until August 2009, a negative impact of approximately \$380 million for the WB Group, on the basis of full capacity operation;

...

67. In addition, in the coming 2 months, the Petitioners and the Partnerships must make a total of approximately Cdn\$4,391,000 in pension fund contributions;
68. Of this amount, a significant amount relates to "past service cost contributions" (also known as "special payments" or "amortization payments"), in light of the existence of solvency deficits, as set out in a report detailing such deficits prepared by Mercer (Canada) Ltd. ("Mercer"), attached herewith as Exhibit P-2;
69. Indeed, in 2009, a total of Cdn\$1,413,110 per month was attributable to such amortization payments, as appears from an actuarial report also prepared by Mercer, and also forming part of Exhibit P-2
- ...
71. In view of the above, the Petitioners and the Partnerships are now insolvent;

[11] Plus spécifiquement, sur l'état des divers régimes de retraite de ses employés, la Débitrice ajoutait ce qui suit:

103. The WB Group has created an contributes to various pension plans for its unionized and non-unionized employees;
104. It has also established Supplement Executive Retirement Plans ("SERP's") for certain management employees;
105. In addition, the Petitioners fund certain Other Post-Employment Benefits ("OPEB's");
106. As mentioned above (and as appears from Exhibit P-2), many of the plans are currently in a position of significant solvency deficit;
107. As stated, the Petitioners and Partnerships are in a major and urgent liquidity crisis and are therefore not in a position to make all payments due under the pension and retirement plans, in particular, those which are in respect of pre-filing obligations;
108. In view of this fact, the Petitioners and Partnerships seek an order suspending payment of amounts relating to "past service cost contributions" (i.e. amortization payments), which account for approximately CDn\$1,413,110 per month (as set out in Exhibit P-2), including any amounts accrued prior to the present CCAA filing;

- 109. It is submitted that such an order is justified during the stay period, as all available liquidity must be utilized to sustain the operations of the Petitioners and Partnerships, and to meet their ongoing post-filing obligations;**
- 110. For greater certainty, the Petitioners and Partnerships propose to continue making all current contributions to pension plans, SERP's and OPEB's;**

[12] L'audition de la requête introductive d'instance a donné lieu à un long débat le 24 février 2010. A cause de l'impact d'une telle ordonnance sur le paiement des cotisations d'équilibre, le soussigné a de nouveau insisté sur la présence de représentants du Syndicat, lequel avait été dûment signifié mais avait jugé bon de ne pas comparaître à l'audience.

[13] Les motifs du soussigné prononcés lors de l'émission de l'ordonnance initiale font d'ailleurs état de ce qui suit:

B) Past service pension contributions

[89] The second issue has to do with the Group's obligation to effect certain pension contributions.

[90] The WB Group takes the position that "past service pension contributions" are the result of a pre-filing obligation and requests a confirmation of this position.

[91] This issue is specifically covered in sections 103 to 110 of the Petition, which I have summarized in paragraphs 58 to 65 of the present Reasons. In addition, I have heard the testimony of Mr. Jay Epstein, Vice-President finance, of the WB Group.

[92] Mr. Epstein's testimony has clearly identified the nature and specificity of the payments which cannot be met at the present time and in respect of which the Group requests a stay of its obligations.

[93] The Group's monthly payments to the various pension funds and plans are approximately US\$2.2 million per month. They consist mainly of "past service pension contributions" of approximately US\$1.4 million per month and "current service pension contributions" of approximately US\$800 000,00 per month.

[94] Past service contributions are due by the Group as a result of its obligation to make up for the actuarial deficit of the funds and/or plans. They are not the result of the Group's failure or negligence to pay its current service contributions or past service contributions, the said contributions having been paid by the Group up to December 31st, 2009. Past service contributions are calculated every

year-end by Mercer, the Group's Advisor and Pension Plan Manager and Exhibit P-2 (A) and (B) establishes with greater accuracy the exact nature and amounts currently due.

[95] On the whole of the evidence presented before me, I am satisfied that the relief sought by the WB Group falls squarely within the definition of "past service contributions" or "cotisations d'équilibre", as those words were defined by my colleagues Madam Justice Danièle Mayrand in Re: *AbitibiBowater Inc.* and Justice Paul Chaput in Re: *Papiers Gaspésia*. Madame Justice Mayrand wrote:

[37] Aux termes de l'article 11(3) de la LACC, l'ordonnance initiale ne peut suspendre les droits ou créances qui résultent d'obligations relatives à la fourniture de services ou de biens après l'ordonnance initiale.

[38] Les syndicats prétendent que les cotisations d'équilibre visent à combler des obligations qui découlent de services rendus par les employés après le dépôt de la demande initiale.

[39] Avec respect, cet argument n'est pas fondé.

[40] Les syndicats prennent appui sur un commentaire du juge Farley de la Cour supérieure de l'Ontario qui, dans la cause de *Ivaco* en première instance, dit ce qui suit :

Notwithstanding that past service contributions could be characterized as functionally a pre-filed obligation, legally, the obligation pursuant to the applicable pension legislation is a "fresh obligation".

[41] Avec égards, cette assertion n'est pas déterminante et a d'ailleurs été écartée par le juge Spence dans la cause de *Collins*, alors qu'il s'exprime ainsi :

The amount of the outstanding special payments in the present case appears to have been determined prior to the initial order based on information relating to the pre-filing period.

[42] Plus loin, il ajoute :

It is not apparent that the continuation of the operation of the applicant in the post-filing period has given rise to the increase in the amount of the special payments from the amount that would otherwise have been applicable by reason of the pre-filing experience.

Consequently, it seems tendentious to characterize the outstanding special payments as the cost of operating in the post-filing period.

[43] Dans le présent dossier, les évaluations actuarielles, qui ont déterminé les montants des cotisations d'équilibre et dont on demande la suspension, sont toutes antérieures au dépôt de la demande initiale. D'ailleurs, l'évaluation actuarielle du « Régime de retraite applicable aux employés syndiqués de la compagnie *Abitibi-Consolidated du Canada* », de loin le plus important, date du 2 décembre 2006.

[44] Tout comme dans les dossiers de *Papiers Gaspésia et Mine Jeffrey*, les cotisations d'équilibre suspendues ont été identifiées avant le dépôt de la demande initiale et ne sont pas dues pour des services rendus après le dépôt de celle-ci.

[96] See also Houlden Morawetz and Sarra. The *2010 Annotated BIA*, paragraph N§54, pages 1121 and 1122 on the same issue.

[97] The mere fact that those past service contributions are considered to be pre-filing obligations is, however, not the only issue to consider. I must also analyse if, in the absence of a consent of all affected stakeholders, I should authorize the suspension of past service contributions. In *AbitibiBowater*, the situation was relatively simple and clear: the past service contributions due, as at the date of the Initial Order, was close to \$1.4 billion and monthly contributions to correct the situation were estimated at approximately \$13 million per month. The Monitor was therefore able to convince the Court that it would be illusory to expect that *AbitibiBowater* would be able to complete a successful restructuring if it would remain obligated to continue to fund past service contributions during the period of restructuration. Accordingly, Madam Justice Mayrand exercised her discretion in favor of the suspension.

[98] In the present instance, there has been no debate before me on this specific question. Unlike *AbitibiBowater*, we are not talking about \$13 million per month but approximately \$1.4 million, or approximately \$16.8 million per year. The total actuarial deficit is not nearly as high as \$1.4 billion but closer to US\$129 000 000,00.

[99] No evidence challenging the Group's position (that it would be unable to complete a successful restructuring and continue to pay past service contributions during the restructuring period) was submitted, despite the fact that the Petition was duly served upon all the Unions representing the unionized employees in Quebec. Furthermore, I insisted that Petitioners' counsel attempt, during the lunch break of the hearing on February 24, 2010, to communicate with the said Unions and/or Union Representatives, to inquire as to their position. At the resumption of the hearing, no one appeared or manifested oneself.

[100] Faced with only a one-sided argument, albeit convincing and well supported by the jurisprudence (to which the decision of madam Justice Pepall of the Ontario Superior Court of Justice in Re: *Fraser Papers Inc. et al* (Court file CT-09-8241-OOCL dated 2009-06-30) must be added), I also chose to exercise my discretion in favor of the Petitioners' and Partnerships' requests. I also wish to point out that we are now more than a full week later and the stakeholders affected by this issue, namely the employees, have not indicated any willingness of intention to challenge the same.²

[14] Voilà donc les circonstances et le contexte dans lesquels l'ordonnance de suspension des cotisations d'équilibre a été rendue.

[15] Il faut dire qu'au moment où le Syndicat a choisi de ne pas comparaître et de ne pas contester cette suspension, l'état du droit sur la question sous l'empire de la LACC était conforme aux décisions précitées.

[16] Les principales dispositions de l'Ordonnance du 24 février 2010 pertinentes au débat se lisent d'ailleurs comme suit:

[20] **ORDERS that notwithstanding any other provision of this Order, the Petitioners and the Partnerships shall not during the Stay Period make any past service contributions (now due or to become due) or special payments to funded pension plans maintained by the Petitioners or the Partnerships (the "Pension Plans").**

[21] **ORDERS that none of the Petitioners, the Partnerships, or the Directors shall have or incur any obligation, whether by way of debt, damages for breach of any duty, whether statutory, fiduciary, common law or otherwise, or for breach of trust, nor shall any trust be recognized, whether express, implied, constructive, resulting, deemed or otherwise, as a result of the failure of any Person to make any contributions (now due or to become due) or payments, other than current service cost contribution obligations ("Current Contributions"), that they had or might otherwise have become required to make to any Pension Plans maintained by a Petitioner or by a Partnership.**

[17] L'ordonnance initiale avait donc pour effet non seulement de suspendre le paiement des cotisations d'équilibre mais aussi de décharger la Débitrice et ses administrateurs de toute obligation statutaire, fiduciaire, ou de "*common law*". De plus, elle faisait en sorte qu'aucune fiducie ne sera reconnue, qu'elle soit

² 2010 QCCS 764. Voir au même effet que les opinions des juges Mayrand, Chaput et Pepall: Re: *Ivaco* (2005) 12 CBR (5th) 213; *Toronto Dominion Bank v. Usurco* (1991) 42 ETR 235 (Ontario Court General Division).

expresse, tacite ou présumée, et que personne ne serait redevable d'une quelconque violation d'une quelconque obligation fiduciaire résultant du non-paiement desdites cotisations.

[18] Le texte de l'ordonnance initiale poursuit afin de préciser que les sommes payables à la Couronne (fédérale ou provinciale) en vertu de fiducies présumées énumérées à l'article 37 *LACC* seraient, par contre, honorées:

- [22] **ORDERS that, except as otherwise provided to the contrary herein, the Petitioners and the Partnerships shall remit, in accordance with legal requirements, or pay:**
- (i) **any statutory deemed trust amounts in favour of the Crown in right of Canada or of any Province thereof or any other taxation authority which are required to be deducted from employees' wages, including, without limitation, amounts in respect of (i) employment insurance, (ii) Canada Pension Plan, (iii) Québec Pension Plan, and (iv) income taxes, together with the employer's share of employment insurance premiums, Canada Pension Plan contributions and Quebec Pension Plan contribution;**
 - (ii) **amounts accruing and payable by a Petitioner or a Partnership in respect of employment insurance, Canada Pension Plan, workers compensation and employer health taxes with respect to its employees;**
 - (iii) **all goods and services or other applicable sales tax (collectively, "Sales Tax") required to be remitted by the Petitioners or the Partnerships in connection with the sale of goods and services by the Petitioners or the Partnerships, but only where such Sales Tax are accrued or collected after the date of this Order; and**
 - (iv) **any amount payable to the Crown in right of Canada or of any Province thereof or any political subdivision thereof or any other taxation authority in respect of municipal realty, municipal business or other taxes, assessments or levies of any nature or kind which are entitled at law to be paid in priority to claims of secured creditors and which are attributable to or in respect of the carrying on of the business by the Petitioners or the Partnerships.**

...

[19] L'ordonnance initiale contient aussi la clause de retour habituelle:

[65] DECLARES that any interested Person may apply to this Court to vary or rescind this Order or seek other relief upon seven days notice to Petitioners and Partnerships, to counsel to Petitioners (...), to the Monitor (...), to the Monitor's counsel (...), and to the Interim Finance Parties' counsel (...).

[20] D'autres événements significatifs confirment que les termes de l'ordonnance initiale en général ainsi que la suspension du paiement des cotisations d'équilibre étaient connus de tous les Requérants.

[21] Par exemple, le 12 mai 2010, le Syndicat s'est adressé au Tribunal par voie de requête pour jugement déclaratoire afin de faire déclarer nulle et illégale une décision de Stadacona Limited Partnership de suspendre les bénéfices d'assurance groupe à des travailleurs retraités ayant adhéré à un programme spécial de pré-retraite.

[22] En cela, le Syndicat prenait les fait et cause d'un groupe de retraités.

[23] La décision du soussigné en date du 16 juin 2010 rejette les arguments du Syndicat qui alléguait l'obligation de l'employeur de respecter toutes et chacune des obligations de ce dernier telles qu'inscrites dans les conventions collectives, le tout en vertu de l'article 33 LACC. Le Tribunal a décidé que le débat ne pouvait se faire sur la base de l'article 33 LACC ni sur la base de l'article 11.01 LACC puisque les retraités ne fournissaient aucune prestation de travail pour le compte de l'employeur depuis l'émission de l'ordonnance initiale.

[24] Il est donc manifeste que les Requérants retraités, représentés par le Syndicat, ne peuvent prétendre à l'ignorance de quoique ce soit. Comme on peut le constater à la lecture de l'arrêt *Indalex*, cela constitue une importante distinction entre les faits de cette affaire et les faits de la présente instance. Il est manifeste que les Requérants étaient bien informés de la suspension des paiements des cotisations d'équilibre depuis le tout début des procédures.

[25] Le dossier a progressé entre février 2010 et la fin de l'année 2010 de façon publique et fortement médiatisée.

[26] Entre le début de septembre et le 15 octobre 2010, plusieurs requêtes, visant à faire approuver un processus de vente des actifs de White Birch par voie d'encan de type "Stalking Horse", ont donné lieu à plusieurs ordonnances du soussigné. Certaines de ces ordonnances confirment de façon non-équivoque l'existence de la priorité de la créance du prêteur DIP et son droit de recevoir en

priorité des réclamations de tous les autres créanciers³ le remboursement de leur prêt temporaire.

[27] Voir les jugements rendus les 10 septembre, 28 septembre, 15 octobre et 9 décembre 2010. Les requêtes de la Débitrice donnant lieu à ces ordonnances ont toutes été signifiées aux Requérants, y compris les Comités de retraite des employés non-syndiqués.

[28] Ainsi, l'ensemble de la problématique invoquée par les Requérants sur l'existence de leur droit prioritaire basé sur une fiducie présumée prenant rang avant la priorité accordée au prêteur DIP remet en cause plusieurs jugements du soussigné accordant ou réitérant les droits prioritaires du prêteur DIP. Or, les Requérants ont choisi de ne pas faire valoir leurs droits avant octobre 2011. On leur oppose la tardiveté de leur intervention ainsi qu'une fin de non-recevoir pour cause de "chose jugée".

[29] Lorsque les Requérants s'adresseront au Tribunal pour la première fois en octobre 2012, ils seront les premiers à reconnaître que leurs actions étaient alors provoquées par les conclusions de l'arrêt *Indalex*, d'une part et par l'apparente capacité de la Débitrice de reprendre le paiement des cotisations d'équilibre, d'autre part, et non sur leur ignorance du contenu ou de l'effet de l'ordonnance initiale, éliminant à toutes fins pratiques l'allégation d'un quelconque comportement fautif de la part de la Débitrice dans la façon dont cette dernière s'est comportée dans l'ensemble du processus.

[30] Selon la Débitrice et les autres intimés, les recours des Requérants sont tardifs et doivent être rejetés sur la base de la règle de la "Res Judicata". Le Tribunal analysera cette question plus loin.

[31] Voilà donc le contexte factuel du dossier lors de l'émission de la Requête pour jugement déclaratoire du syndicat. Il y a lieu maintenant de voir quelle est la position des Requérants et des Intimés et d'identifier les questions que chacune de ces parties entendent soumettre au Tribunal.

POSITION DES PARTIES ET COMMENTAIRES LIMINAIRES DU TRIBUNAL

a) Le Syndicat

[32] Le Syndicat plaide essentiellement que la suspension du versement des cotisations d'équilibre participe à l'accroissement du déficit actuariel de solvabilité des divers régimes de retraite impliqués. Le Syndicat ajoute que la question des régimes de retraite est au cœur des négociations entre la Débitrice et ses

³ Sauf deux créancières détentrices d'hypothèques légales de construction qui ont été présentes à toutes les étapes du débat et qui ont pris les moyens nécessaires pour faire valoir leurs droits.

employés et qu'en l'absence d'un règlement négocié, la restructuration de White Birch est en péril. Le Syndicat allègue d'ailleurs que le défaut de verser ces cotisations contribue à réduire davantage la solvabilité des régimes et augmente d'autant l'écart séparant les parties d'une entente négociée.

[33] Or, selon le Syndicat, White Birch a les liquidités nécessaires pour verser les cotisations d'équilibre car elle a pu rembourser 33 millions\$ à son prêteur DIP à l'automne 2011⁴. En outre, les projections des flux de trésorerie (cash flow) pour la période allant de la fin novembre 2011 à la fin février 2012 permettent la reprise du versement desdites cotisations d'équilibre.

[34] Comme principal argument, le Syndicat avance surtout que les principes de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re: Indalex Limited* (2011) ONCA 265 s'appliquent en l'instance, en ce que les cotisations d'équilibre font l'objet d'une fiducie présumée prenant sa source dans l'article 49 de la *Loi sur les régimes supplémentaires de rente du Québec*.

[35] Les conclusions de la requête amendée du syndicat se lisent ainsi:

BIFFER et SUPPRIMER le paragraphe 20 de l'Ordonnance initiale pour valoir à compter du 1^{er} novembre 2011;

ORDONNER aux Débitrices et mis en cause de verser les cotisations d'équilibre à la caisse des régimes de retraite des travailleurs et retraités syndiqués représentés par le Syndicat-requérant et ce, rétroactivement à compter du 1^{er} novembre 2011;

DÉCLARER que (...) les cotisations d'exercice, les cotisations d'équilibre et les intérêts accumulés non versés par les Débitrices et mis en cause à la caisse des régimes de retraite des travailleurs et retraités syndiqués représentés par le Syndicat-requérant (...) sont soustraites à la priorité des prêteurs DIP en l'instance;

DÉCLARER que les Débitrices et mis en cause ne peuvent procéder à un remboursement aux prêteurs DIP que sur autorisation de cette Cour avec avis préalable aux procureurs des parties;

RENDRE toute autre ordonnance propre à sauvegarder les droits et recours du Syndicat-requérant et des travailleurs et retraités syndiqués qu'il représente;

ORDONNER l'exécution provisoire du présent jugement nonobstant l'appel sans qu'il soit nécessaire de fournir un cautionnement;

[36] Dans son plan d'argumentation et sa plaidoirie orale, le Syndicat soulève plus spécifiquement que:

⁴ Rapport du Contrôleur du 17 novembre 2011.

- a) au cours du mois d'octobre 2011, la Débitrice White Birch a remboursé 33 millions\$ au prêteur DIP. Or, ce montant représente environ l'équivalent des cotisations d'équilibre non versées par l'employeur aux divers régimes de retraite depuis l'ordonnance initiale. Selon le Syndicat, cela démontre la capacité financière de White Birch de reprendre le paiement des cotisations d'équilibre.
- b) si, au lieu de rembourser une partie de son financement intérimaire, White Birch avait choisi de verser ses cotisations d'équilibre (ce dont elle avait, semble-t-il, les moyens), elle aurait cessé d'aggraver le déficit actuariel des divers régimes de retraite d'un montant équivalent;
- c) les projections de flux de liquidités de White Birch pour les prochains mois laissent supposer que White Birch a les moyens de reprendre le paiement des cotisations d'équilibre et, en conséquence, le Tribunal devrait modifier l'ordonnance initiale en conséquence et lever cette suspension à compter d'une date qu'il lui appartiendra de fixer;
- d) la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite du Québec*⁵ (LRCR) est une loi d'ordre public dont la vocation sociale est très importante, que le Tribunal se doit de protéger. Les prestations de retraite sont assimilées à une forme de rémunération différée et doivent recevoir une protection allant au-delà des autres dettes de l'entreprise;
- e) les principes de l'arrêt *Indalex* de la Cour d'appel de l'Ontario doivent recevoir pleine application en l'instance, compte tenu du fait que l'article 49 *LRCR* crée une fiducie statutaire réputée à l'égard des cotisations non versées par l'employeur, ce qui inclut les cotisations d'équilibre. Les dispositions de l'article 49 *LRCR* sont d'ailleurs au même effet que celles du *Pension Benefits Act* de l'Ontario⁶ (ci-après "PBA") et notamment à celles de l'article 57 PBA;
- f) toutefois, le Syndicat reconnaît que la fiducie présumée de l'article 49 *LRCR* ne vaudrait que pour les cotisations échues et non payées, les cotisations non-échues ne constituant qu'une simple "dette de l'employeur" au sens de l'article 228 *LRCR*. En d'autres termes, les déficits actuariels de fin de régime (comme celui que l'on retrouve dans l'affaire *Indalex* alors que le régime des salariés

⁵ LRQ c. R-15.1.

⁶ RSO 1990 c. P-8.

est en liquidation) font l'objet d'une fiducie présumée dans le *PBA* (voir article 57(4) *PBA*) tandis que l'article 228 *LR* ne crée aucune telle fiducie présumée;

- g) ainsi, pour le Syndicat, la fiducie de l'article 49 *LR* a pour effet de retirer du patrimoine de la Débitrice l'ensemble des cotisations d'équilibre non versées, car elles-ci ne font pas partie de l'actif de la Débitrice;
- h) la Cour d'appel de l'Ontario dans *Indalex* a aussi jugé que la *LACC* ne pouvait mettre de côté les dispositions d'ordre public du *PBA* et que la doctrine de préséance ou de suprématie de la législation fédérale sur la législation provinciale (doctrine of paramountcy) ne pouvait s'appliquer car la démonstration n'avait pas été faite que l'incompatibilité des deux régimes juridiques alléguée par la Débitrice avait été clairement démontrée. Le Syndicat allègue ici que c'est *White Birch* qui a le fardeau de prouver que la loi québécoise doit ici céder le pas à l'objectif général de la *LACC* de permettre la création de super-priorités l'emportant sur les fiducies présumées créées par une loi provinciale dans un contexte de restructuration d'entreprises en difficulté. Or, selon le Syndicat, non seulement cette preuve n'a pas été faite mais les chiffres du contrôleur, dans ses projections de liquidités, démontrent que la Débitrice détient la marge de manœuvre suffisante pour payer les cotisations d'équilibre suspendues depuis deux ans ou, à tout le moins, de reprendre le paiement mensuel de celles-ci;
- i) finalement, le Syndicat soumet que la *LACC* n'a pas spécifiquement exclu la fiducie présumée de l'article 49 *LR* de son champ d'application ainsi que les autres fiducies présumées établies par les diverses lois provinciales en matière de régimes de retraite. S'appuyant sur certains commentaires des arrêts *Century Services Inc. c. Canada (Procureur Général)*⁷ et *G.M.A.C. c. T.C.T. Logistics Inc.*⁸, le Syndicat plaide que pour faire échec à une fiducie présumée provinciale par l'application de la *LACC*, il faut un texte clair et explicite. Or, l'absence d'un tel texte fait en sorte qu'une telle fiducie continue de produire ses effets.

[37] Dans sa plaidoirie orale, l'avocat du Syndicat a donc réitéré les trois conclusions recherchées, soit:

⁷ 2010, 3 RCS 379.

⁸ 2006, 2 RCS 123.

- la levée de la suspension du paiement des cotisations d'équilibre à compter de novembre 2011;
- un jugement déclaratoire confirmant l'existence d'une fiducie présumée et opposable à la Débitrice découlant de l'article 49 *LRCR*;
- l'assujettissement de tout remboursement de capital en faveur du prêteur DIP, à l'approbation préalable du Tribunal.

[38] A titre de commentaire liminaire, le Tribunal expose que, sur la levée de la suspension du paiement des cotisations d'équilibre, l'argument du Syndicat repose entièrement sur des considérations factuelles sur lesquelles le Tribunal reviendra plus loin. Cependant, il faut noter que l'argument ici présenté est basé sur une projection des flux de liquidités de White Birch qui ne tiennent compte que des obligations courantes de la Débitrice dans un contexte de protection contre toute réclamation antérieure au 24 février 2010. Aucune démonstration n'a été faite sur la capacité de la Débitrice de rencontrer ces paiements d'équilibre dans un contexte où elle ne bénéficierait pas de la protection de la *LACC*. Autrement dit, les Requérants allèguent que la Débitrice a actuellement les moyens de reprendre le paiement des cotisations d'équilibre. Or, une telle proposition ne peut tenir que si ces cotisations ne sont pas affectées par l'ordonnance initiale à cause de la fiducie de l'article 49 *LRCR*. Sinon, il n'y aurait aucune raison de permettre une telle reprise au détriment des autres créanciers de la Débitrice qui, eux, voient leurs réclamations suspendues.

[39] Or, il est tout à fait logique, dans un contexte de réorganisation sous l'empire de la *LACC*, de voir une amélioration importante des flux de liquidités pendant la période de protection, c'est-à-dire pendant la période où la Débitrice opère alors qu'elle est à l'abri de toutes les dettes qui ont causé l'état d'insolvabilité dans lequel elle se trouvait juste avant l'ordonnance initiale. De plus, la situation financière actuelle de la Débitrice est de beaucoup améliorée du seul fait que le prêteur DIP a pu avancer quelques 125 millions\$ à White Birch, dont 92 millions\$ sont encore non-remboursés. Tous ces éléments devraient être pris en compte dans l'analyse de cette proposition.

[40] Le second volet porte sur l'application des constats de fait et de droit effectués par la Cour d'appel dans *Indalex*. Nous reviendrons en détail sur ce point.

[41] Ce volet nous amènera aussi à discuter de l'effet de cette fiducie présumée par rapport à la *LACC*. L'effet d'une telle fiducie présumée est-il véritablement de soustraire complètement des actifs de la Débitrice le plein montant des cotisations d'équilibre? Cela voudrait dire que toute restructuration au Québec ne pourrait se faire que sous réserve du respect intégral de toutes les

obligations de la Débitrice envers les régimes de retraite de ses employés. Plus spécifiquement, cela nous amènera à déterminer la portée intentionnelle des articles 11.8 et 37 *LACC* qui, selon le Syndicat, ne mentionnent pas les fiducies présumées provinciales en faveur des régimes provinciaux de retraite sous l'empire de lois telles que le *PBA* ou la *LRCR*.

[42] Dans le cas présent, les déficits actuariels de tous les régimes de retraite seraient de l'ordre de 311 millions\$ alors que la vente de la totalité des actifs de White Birch et du Bear Island n'a rapporté que 271 millions\$. Comme tout déficit actuariel finit un jour ou l'autre par se transformer en une cotisation d'équilibre (assumant une non-terminaison du régime), il s'en suivrait, si le Syndicat a raison, que la Débitrice n'a plus aucun actif à gérer ou aucun actif utilisable à des fins de réorganisation. Si les Requérants ont raison, autant "fermer les livres" tout de suite...

[43] Finalement, le Syndicat soulignera une fois de plus que selon l'arrêt *Indalex*, il appartient à la partie qui veut s'en prévaloir de déterminer la portée de la primauté du droit fédéral en l'espèce.

b) Les Requérants Retraités

[44] Deux groupes de retraités sont intervenus au débat.

[45] Le premier groupe est constitué d'un Regroupement d'employés retraités de White Birch – Stadacona, tant ex-employés syndiqués qu'ex-cadres.

[46] Leur position soulève les mêmes arguments factuels que ceux qui sont avancés par le Syndicat:

- a) suspension du paiement des cotisations d'équilibre;
- b) demande de levée de ladite suspension;
- c) capacité de la Débitrice de reprendre le paiement desdites cotisations d'équilibre, compte tenu des trois éléments suivants:
 - i) liquidités suffisantes permettant à la Débitrice de faire un premier remboursement du financement temporaire DIP de l'ordre de 33 millions\$ en octobre 2011;
 - ii) liquidités suffisantes permettant à la Débitrice de reprendre le paiement desdites cotisations d'équilibre à compter du 1^{er} novembre 2011, compte tenu de l'état de ses liquidités actuelles;

- iii) assujettissement de tout remboursement de capital en faveur du prêteur DIP à l'approbation préalable et expresse de la Débitrice.

[47] Leurs conclusions sont ainsi formulées:

ORDONNER aux Débitrices et aux mises en cause, de recommencer à verser ses contributions de cotisation d'équilibre dans les régimes de retraite de l'intervenante à compter du 1^{er} novembre 2011.

ORDONNER aux Débitrices et mises en cause d'effectuer le paiement de tout remboursement de capital et d'intérêt sur le financement intérimaire DIP en fiducie auprès du contrôleur, jusqu'à ce que cette Cour puisse statuer sur les prétentions de l'intervenante et ses membres sur ces sommes.

ORDONNER aux Débitrices et mises en cause de n'effectuer aucun paiement additionnel de frais de gestion sans y avoir été autorisées au préalable par jugement de cette Cour.

ORDONNER l'exécution provisoire du présent jugement malgré appel et sans qu'il soit nécessaire de fournir un cautionnement.

LE TOUT sans frais, sauf en cas de contestation.

[48] Les Retraités de White Birch – Stadacona plaident plus spécifiquement que la question de la suspension du paiement des cotisations d'équilibre doit être soumise au même processus que lors de la suspension originale, c'est-à-dire non seulement de faire le constat qu'il s'agit de cotisations pour des services rendus avant la date de l'ordonnance initiale mais aussi qu'il est approprié de prononcer une telle suspension, compte tenu des liquidités de la Débitrice. Or, ces liquidités, selon les derniers rapports du contrôleur et selon la preuve administrée à l'enquête, permettraient, aux dires de ces Retraités, la reprise du paiement desdites cotisations. Cet argument présuppose, cependant, que les cotisations d'équilibre jouissent d'une certaine priorité par rapport aux autres créanciers de White Birch, ce qui nous ramène forcément à la question de la validité de la fiducie présumée dont fait mention l'article 49 *LR*CR.

[49] Lesdits Retraités ajoutent qu'en tout état de cause, le Tribunal a le droit et le pouvoir de réviser les termes et conditions de l'ordonnance initiale en vue de permettre le paiement de telles cotisations, tant en vertu de sa discrétion judiciaire qu'en vertu de la clause de retour ("come-back clause").

[50] Quant au reste des arguments de ce groupe de Retraités, ils portent sur les mêmes questions que celles qui sont soulevées par le Syndicat.

c) **Les Comités de retraite des régimes de retraite d'employés non-syndiqués de Papiers Masson Ltée ("PML"), F.F. Soucy et de Stadacona**

[51] Ces trois comités de retraite administrent les trois régimes de retraite d'employés non-syndiqués des trois usines de White Birch au Québec. Ils demandent tous la levée de la suspension des cotisations d'équilibre pour une période initiale de trois mois à partir du 1^{er} février 2012 ainsi qu'une modification de l'ordonnance initiale.

[52] Ils admettent d'emblée que White Birch a effectivement versé lesdites cotisations d'équilibre jusqu'au 31 décembre 2009 mais que ces versements sont suspendus depuis le 24 février 2010 (date de l'ordonnance initiale). Ils admettent aussi que White Birch a, depuis l'ordonnance initiale, continué de verser les cotisations d'exercice payables par cette dernière.

[53] Ils allèguent, en outre, que les déficits actuariels desdits régimes au 31 décembre 2010 ont continué de se creuser jusqu'au 30 septembre 2011 et que, selon les derniers rapports disponibles (au 31 décembre 2010), le déficit total des régimes de retraite des employés non-syndiqués des trois usines de White Birch s'élevait à 52 626 000,00\$ et le degré de solvabilité desdits régimes était de

- 63% pour PML
- 70% pour Stadacona
- 69% pour F.F. Soucy⁹

alors qu'en date du 31 octobre 2011, les estimations des déficits actuariels seraient de

- 53% pour PML
- 61% pour Stadacona
- 60% pour F.F. Soucy¹⁰

[54] Les Comités de retraite requérants prétendent que l'évolution de l'encaisse de White Birch indique que l'entreprise détient actuellement les liquidités nécessaires pour reprendre le versement des cotisations d'équilibre.

[55] Il faut, cependant, mettre certaines des allégations des requérants dans leur contexte. Tel que l'affirme la firme Mercer dans ses notes liminaires aux trois rapports précités (R-1, R-2 et R-3),

..." Un rapport d'évaluation est une mesure de la situation financière estimative d'un régime de retraite à une date précise. Il ne permet pas de prévoir la situation financière future du régime ni de

⁹ Pièces R-1, R-2 et R-3 annexées à la requête desdits comités de retraite.

¹⁰ Pièces WB-2 et M-1.

déterminer si l'actif de la caisse de retraite sera suffisant dans l'avenir pour verser les prestations prévues. "¹¹

[56] Cela ne veut pas dire, cependant, que la situation n'est pas aussi critique que les Requérants le prétendent. Si les régimes de retraite doivent être liquidés dans un avenir rapproché, les prestataires actuels et futurs des rentes de retraite risquent effectivement de subir une perte importante. La quantification exacte de cette perte dépend cependant de bien d'autres facteurs.

[57] Les conclusions recherchées par ces requérants sont donc les suivantes:

DÉCLARER comme étant suffisante la signification de la présente Requête Amendée;

ACCUEILLIR la présente Requête Amendée;

ORDONNER aux Débitrices et mis en cause de verser les cotisations d'équilibre (...) aux caisses des Régimes de retraite (...) non-syndiqués, à compter du 1^{er} (...) février 2012, pour une période de trois (3) mois, soit la somme de 722 279\$ par mois, pour un total de 2 166 837\$;

DÉCLARER que cette Cour est saisie de cette Requête afin de convoquer les parties au moment opportun pour réévaluer la situation factuelle et financière de WHITE BIRCH afin de décider si les versements des cotisations d'équilibre doivent continuer;

DÉCLARER que les ordonnances rendues sont sans préjudice aux droits et recours des parties et ne sont aucunement une renonciation à ceux-ci;

RENDRE toute autre ordonnance propre à sauvegarder les droits et recours des requérants;

ORDONNER l'exécution provisoire du présent jugement nonobstant l'appel, sans qu'il soit nécessaire de fournir un cautionnement;

LE TOUT sans frais (...).

[58] Donc, le principal argument factuel soulevé par ces requérants est que la Débitrice a suffisamment de liquidités actuellement pour verser les cotisations d'équilibre.

[59] Quant aux arguments de droit invoqués, ils sont similaires à ceux du Syndicat:

¹¹ Rapport R-1, page ii

- a) depuis le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Indalex*, il doit être reconnu que les cotisations d'un employeur au Québec à un régime de retraite – ce qui inclut les cotisations d'équilibre – font l'objet d'une fiducie créée par la loi et ne font donc pas partie de l'actif de la Débitrice assujetti à la LACC;
- b) ainsi, l'ordonnance initiale du 24 février 2010 serait sans effet sur l'obligation de la Débitrice de verser lesdites cotisations et l'ordonnance du Tribunal permettant à la Débitrice de suspendre ces paiements doit être levée;
- c) en tout état de cause, les sommes dues par la Débitrice au titre des cotisations d'équilibre doivent être versées prioritairement à la créance du prêteur DIP, quelle que soit la qualification de cette dernière.

d) Position de la Débitrice et des autres Intimés

[60] White Birch conteste la position du Syndicat et des Retraités sur plusieurs points.

[61] La Débitrice soumet que:

- a) les cotisations d'équilibre ont fait l'objet d'une décision de suspension de la part du Tribunal au tout début du processus. Sur la base de celle-ci, le prêteur DIP a accepté de financer les opérations de la Débitrice pendant sa période de restructuration. On ne saurait donc ré-écrire le scénario sur lequel plusieurs décisions importantes ont été prises en vue d'assurer la survie de l'entreprise qui, étant insolvable, aurait vraisemblablement dû déposer son bilan et faire cession de ses biens;
- b) les super-priorités accordées dans l'ordonnance initiale ne peuvent aujourd'hui être mises de côté au profit des régimes de retraite;
- c) l'ordonnance initiale a fait l'objet d'un débat ouvert auquel le Syndicat a été invité à participer. Par exclusion (les régimes de retraite faisant partie intégrante des conventions collectives), les régimes de retraite des employés syndiqués ont été forcément mis au courant de la requête introductive d'instance, des conclusions recherchées et des ordonnances rendues le 24 février 2010;
- d) la suspension des cotisations d'équilibre en février 2010 était d'ailleurs conforme aux dispositions de la *LACC* et à leur interprétation par les tribunaux. C'est ce qui ressort notamment

des commentaires de la juge Sarah Pepall de la Cour supérieure de l'Ontario dans Re: *Fraser Papers Inc.* (2009) 55 CBR (5th) 217;

- e) d'ailleurs, l'obligation de verser des cotisations d'équilibre est une obligation qui précède la date de l'ordonnance initiale. Cette obligation naît des dispositions de la *LRCR* et ne provient aucunement de la fourniture de services après l'émission de l'ordonnance initiale (article 11.01 *LACC*).
- f) la Débitrice allègue que la démonstration de son incapacité de se restructurer dans l'éventualité d'une non-suspension a été faite de manière concluante lors du débat sur l'émission de l'ordonnance initiale. Elle a aussi démontré la nécessité d'obtenir un financement temporaire DIP sur la base des représentations alors faites devant le Tribunal, tant par la Débitrice elle-même que par le Contrôleur;
- g) quant au remboursement d'une somme de 33 millions\$ au prêteur DIP, cette opération ne constitue, selon la Débitrice, qu'un simple ajustement du montant emprunté à l'origine qui s'est avéré non-nécessaire. Elle allègue aux paragraphes 54, 55 et 56 de sa contestation écrite:

54. In proceeding with such repayment, the WB Group did not hand over operating profits to the DIP Lenders, but simply returned to the DIP Lenders a portion of the amount initially borrowed under the interim Credit Financing Agreement;

55. It is important to note that the total amount borrowed by the WB Group was set in advance of the filing of the Motion for the Issuance of an Initial Order, on the basis of expected liquidity needs, as explained at paragraphs 26 and following of the Report of the Proposed Monitor dated February 23rd, 2010;

56. However, this amount was intentionally higher than what was considered to be immediately necessary by the WB Group's financial advisors, in order to minimize the risk of encountering further liquidity crises in the future, and in order to avoid being at the mercy of the DIP Lenders in the event that further funds became necessary at a later stage (requiring a re-negotiation of the Interim Financing Credit Agreement and/or further interim financing);

- h) sur la question du paiement des frais de gestion de 3% des ventes brutes, telle somme est non seulement justifiée dans les circonstances et fait partie des obligations de la Débitrice depuis 2005. D'ailleurs, le paiement de tels frais de gestion est conforme

aux exigences du marché. Par exemple, pour la même période, les frais de gestion payés par AbitibiBowater, sa principale concurrente, sont de l'ordre de 3.68% des ventes. Ces frais de gestion s'inscrivent donc dans la normalité des choses et ne constituent donc pas une obligation extraordinaire dans les circonstances.

- i) la Débitrice plaide que les Requérants sont désormais forclos de demander de revoir la priorité des charges établies par l'ordonnance initiale, vu la tardiveté de leur démarche. Les Requérants ont été informés dès le début du processus (contrairement à ce qui semble s'être produit dans l'affaire *Indalex*). Les parties intéressées et directement concernées par l'impact d'une modification aussi draconienne de la priorité des charges établies par l'ordonnance initiale doivent pouvoir se fier à la stabilité des jugements des tribunaux et ne peuvent être requis de prendre des décisions importantes sur la base de tels jugements, pour ensuite voir ces décisions modifiées. La Débitrice invoque donc la règle de la *Res Judicata* en faveur du maintien des ordonnances déjà rendues en l'instance.
- j) finalement, la Débitrice prétend que l'arrêt *Indalex* ne peut servir d'autorité soutenant la thèse qu'en toutes circonstances les cotisations d'équilibre bénéficient d'une charge prioritaire prenant rang avant celle du prêteur DIP. Même la Cour d'appel de l'Ontario reconnaît ce principe et entrevoit que la *LACC* puisse permettre la création de super-priorités prenant rang devant certaines fiducies présumées de droit provincial. Dans la mesure où une telle fiducie présumée existe légalement et véritablement, alors la doctrine de préséance du droit fédéral sur le droit provincial (doctrine of paramountcy) doit recevoir application. Cela est d'autant plus clair et limpide, dans un cas comme celui-ci, que sans ce recours à la doctrine de préséance et sans la protection apportée à la *LACC* lui permettant de procéder ainsi, toute tentative de restructuration devient illusoire.
- k) analysant la situation juridique particulière de l'arrêt *Indalex*, la Débitrice complète son argument en suggérant que
 - a) la notion de "constructive trustee" n'a aucune application au Québec;
 - b) la *LRCR* ne crée pas une véritable fiducie au sens du Code civil du Québec;

LES QUESTIONS

[62] Si l'on regroupe l'ensemble des arguments des parties, il semble se dégager certaines questions principales auxquelles le Tribunal doit d'abord répondre.

[63] Dans un premier temps, la question de l'impact de l'arrêt *Indalex* s'impose. Il faut donc analyser les principaux éléments de cette affaire et décider:

- a) si la *LRCR*, au même titre que le *PBA*, crée une fiducie présumée à l'égard des cotisations d'équilibre normalement dues et payables par la Débitrice et qui font actuellement l'objet d'une suspension;
- b) si, aux termes de la *LRCR*, la Débitrice est soumise à une obligation fiduciaire, eu égard au paiement des cotisations d'équilibre, envers les divers régimes de retraite des employés syndiqués et non-syndiqués de White Birch;
- c) en l'absence d'une fiducie réelle et valide en droit québécois portant sur les cotisations d'équilibre, y a-t-il lieu à ce stade de maintenir une quelconque ordonnance de sauvegarde à l'égard des remboursements de capital payables au prêteur DIP?
- d) Indépendamment de ce qui précède, y a-t-il lieu de lever la suspension du paiement des cotisations d'équilibre? Plus spécifiquement:
 - i) la Débitrice a-t-elle les ressources nécessaires pour acquitter ces cotisations d'équilibre?
 - ii) Le Tribunal doit-il favoriser ou prioriser les créances des régimes de retraite au détriment des autres créanciers de White Birch?
 - iii) Y a-t-il une portion des cotisations d'équilibre qui se rapportent aux "cliffs" qui constituent non pas une cotisation d'équilibre mais une cotisation pour services courants? Si oui, y a-t-il lieu d'en ordonner le paiement à titre de cotisation d'exercice?

[64] Suivront alors, si nécessaire, l'analyse des autres questions soulevées par les divers intervenants.

DISCUSSION

[65] Les cotisations d'équilibre d'un régime de retraite à prestations déterminées sont des sommes payables par l'employeur requises pour éponger le déficit actuariel de solvabilité d'un tel régime.

[66] En effet, il est acquis et non contesté qu'une cotisation d'équilibre résulte d'un déficit de solvabilité d'un régime de retraite à une date donnée.

[67] La solvabilité d'un régime de retraite est calculée en fonction d'une hypothétique terminaison du régime à une date donnée et en tenant compte de certains critères. Normalement, un régime de retraite doit être en mesure de payer la totalité des prestations de retraite à tous les participants, qu'ils soient actifs ou retraités selon les termes dudit régime. Si le capital (ou Caisse de retraite) s'avère insuffisant, il doit être augmenté par des cotisations annuelles de l'employeur jusqu'à ce que l'équilibre entre le capital disponible dans la caisse de retraite et les obligations du régime envers ses participants soit atteint.

[68] Cette insuffisance donnant lieu à des cotisations d'équilibre provient ordinairement de plusieurs sources. Principalement, elle provient d'un mauvais rendement du capital investi (mauvaises conditions du marché, incapacité de rencontrer le taux de rendement prévu, vieillissement des participants, retraites anticipées, etc.)

[69] Une fois le déficit de solvabilité déterminé par les actuaires-conseil du régime, celui-ci est réparti sur un certain nombre d'années et renfloué par l'employeur par tranches mensuelles.

[70] Actuellement, une grande partie des industries ayant mis en place des régimes de retraite à prestations déterminées font face à de sérieuses crises de solvabilité et sont donc tenues de verser d'importantes cotisations d'équilibre.

[71] Dans le cas spécifique qui nous occupe, le déficit de solvabilité des régimes de retraite des employés syndiqués et non-syndiqués, actifs et retraités obligeait la Débitrice à payer des cotisations d'équilibre de l'ordre de 1 413 110,00\$ par mois, ce qui fut fait jusqu'au 31 décembre 2009¹².

[72] Aucune cotisation d'équilibre n'a été versée en 2010 ou en 2011¹³.

[73] Au 24 février 2010, le déficit de solvabilité de tous les régimes de retraite était estimé à 200 millions\$¹⁴.

¹² Paragraphe 108, Requête introductive d'instance du 23 février 2010.

¹³ Voir Admissions des parties, 25 janvier 2012.

¹⁴ Idem.

[74] Au 31 octobre 2011, le déficit de solvabilité de tous les régimes de retraite était estimé à 310 millions\$¹⁵.

[75] A compter du 1^{er} janvier 2012, les cotisations d'équilibre mensuelles seraient de l'ordre de 2 875 000,00\$ par mois¹⁶.

[76] Il est évident que le non-paiement des cotisations d'équilibre a contribué grandement à l'augmentation du déficit actuariel de solvabilité. Cette contribution serait de l'ordre de 59.8 millions\$ environ.

LA QUESTION DES "CLIFFS"

[77] Un autre facteur important serait l'effet de ce qu'on appelle les "cliffs", pour un montant d'environ 32 millions\$ (28 millions\$ pour les employés syndiqués et 4 millions\$ pour les employés non-syndiqués).

[78] Les "cliffs" surviennent lorsqu'un salarié atteint l'âge de 55 ans. Un tel salarié acquiert alors des droits à des prestations additionnelles. Ces prestations ne sont pas reconnues à l'avance dans le passif de solvabilité. Étant donné que plusieurs salariés ont atteint l'âge de 55 ans depuis la date de l'ordonnance initiale, il s'ensuit que le déficit actuariel de solvabilité au 31 octobre 2011 a augmenté des montants estimatifs précités (28 millions\$ + 4 millions\$).

[79] Le Syndicat et les retraités syndiqués et non-syndiqués prétendent que cette charge, prenant naissance après la date de l'ordonnance initiale ne constitue donc pas une charge pour services passés devant être traitée sur le même plan que les charges servant au calcul des cotisations d'équilibre.

[80] Le Tribunal entend disposer de cette question immédiatement.

[81] Il apparaît évident que les "cliffs" sont des avantages payables par les régimes de retraite concernés lorsqu'un salarié atteint un certain palier d'âge. Tant que le salarié n'atteint pas l'âge de 55 ans, il n'y a pas lieu de comptabiliser ces avantages dans les obligations des régimes de retraite envers ces participants. Par contre, le fait de ne pas comptabiliser ces charges ne font pas de ces montants une dette de la Débitrice prenant naissance après la date de l'ordonnance initiale et résultant de services rendus depuis cette date par un salarié donné.

[82] Ces "cliffs" ne sont donc d'aucune façon des obligations visées par l'article 11.01(a) de la LACC.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

[83] D'ailleurs, et pour plus de certitude sur ce que constitue un "cliff", le Tribunal a requis du procureur du Syndicat qu'il en précise la nature¹⁷. Dans une lettre du 21 mars 2012, Me Saint-André expose, tout en référant aux pièces WB-1 et WB-2¹⁸:

" Le « cliff » comporte deux dimensions:

- 1) Un supplément d'appoint payable jusqu'à 65 ans;**
- 2) Le droit de recevoir la vie durant une rente de retraite sans réduction à compter de 57 ans.**

Pour être éligible au « cliff », le participant actif doit avoir atteint l'âge de 55 ans et compter 20 ans de service reconnu. Le participant actif qui est éligible au « cliff » et qui prend sa retraite avant 57 ans reçoit une rente réduite de 0.5% pour chaque mois qui reste à courir jusqu'à l'âge de 57 ans ainsi qu'un supplément d'appoint réduit de 2/3% par mois précédant 57 ans. "

[84] Donc, le « cliff » est une prestation additionnelle de retraite payable à un retraité qui justifie d'une ancienneté de 20 ans¹⁹. Si cette prestation vient augmenter le déficit actuariel de solvabilité d'un régime de retraite, cela n'est pas dû au fait que le prestataire a travaillé pour la Débitrice depuis la date de l'ordonnance initiale jusqu'à sa retraite à 55 ans car pendant cette dernière période, la Débitrice a versé toutes ses contributions d'exercice (i.e. toutes ses contributions pour service courant).

[85] De plus, une très grande partie de cette charge additionnelle est directement reliée au fait que le prestataire a travaillé au moins 18 des 20 dernières années avant l'émission de l'ordonnance initiale.

[86] L'article 11.01(a) LACC oblige la Débitrice à payer intégralement et immédiatement la valeur des services rendus par ses employés après la date de l'ordonnance initiale. Cela a été fait par le paiement des salaires et autres

¹⁷ Courriel du soussigné du 21 mars 2012.

¹⁸ Voir pièce WB-1, page 44 du Rapport d'évaluation actuarielle du Régime de retraite des employés syndiqués de PML, pages 40 et 41 du Rapport d'évaluation actuarielle du Régime complémentaire de retraite des employés syndiqués de bureau de F.F. Soucy, pages 41 et 42 du Rapport d'évaluation actuarielle du Régime complémentaire de retraite des employés syndiqués d'usine de F.F. Soucy et pages 43 et 44 du Rapport d'évaluation actuarielle du Régime de retraite des employés syndiqués de Stadacona. A la page 12 du rapport WB-2, la valeur du «cliff» pour les nouveaux participants ayant atteint l'âge de 55 ans est évaluée à 225,000.00\$ par participant. La valeur totale apparaît au paragraphe 3 de la liste d'admissions, il s'agit d'un montant de 28 M\$ pour les travailleurs syndiqués.

¹⁹ Dans le cas des régimes de retraite des employés non-syndiqués, les conditions sont légèrement différentes mais non-significatives.

avantages payable aux salariés ainsi que par le paiement des cotisations d'exercice aux régimes de retraite concernés.

[87] En conséquence, les « cliffs » ne doivent pas être traités différemment des autres charges grevant le passif des régimes de retraite et aucune portion de ces charges ne doit être ajoutée aux cotisations d'exercice payables et payées par la Débitrice.

[88] La Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur un cas similaire dans l'affaire *Sroule v. Nortel Networks Corporation*, 2009 ONCA 833 (en appel d'un jugement du juge G. Morawetz (2009) 55 CBR (5th) 68), suite à la suspension par la Débitrice de certains paiements effectués à certains employés retraités²⁰. Quoique les paiements en question ne soient pas similaires à des "cliffs", la question de savoir si les paiements en question, dus après l'ordonnance initiale, constituaient une obligation visée par l'article 11.3(a) LACC (maintenant 11.01(a) LACC). Les paragraphes suivants du jugement de la Cour d'appel sont pertinents:

[8] The Union's motion requested an order directing Nortel to resume those periodic payments as required by the collective agreement. The Union's argument hinges on s. 11.3(a) of the CCAA. At the time this appeal was argued, it read as follows:

11.3 No order made under section 11 shall have the effect of

(a) prohibiting a person from requiring immediate payment for goods, services, use of leased or licensed property or other valuable consideration provided after the order is made.

[9] The Union's argument before the motion judge was that the collective agreement is a bargain between it and Nortel that ought not to be divided into separate obligations and therefore the "compensation" for services performed under it must include all of Nortel's monetary obligations, not just those owed specifically to those who remain actively employed. The Union argued that the contested periodic payments to Former Employees must be considered part of the compensation for services provided after January 14, 2009, and therefore exempted from the order of that date by s. 11.3(a) of the CCAA.

[10] The motion judge dismissed this argument. The essence of his reasons is as follows at para. 67:

²⁰ Voir paragraphe [6] de la décision de la Cour d'appel: "...The three kinds of periodic payments at issue in this proceeding are monthly payments under the Retirement Allowance Plan (RAP), payments under the Voluntary Retirement Option (VRO) and termination and severance payments to unionized employees"...

The flaw in the argument of the Union is that it equates the crystallization of a payment obligation under the Collective Agreement to a provision of a service within the meaning of s. 11.3. The triggering of the payment obligation may have arisen after the Initial Order but it does not follow that a service has been provided after the Initial Order. Section 11.3 contemplates, in my view, some current activity by a service provider post-filing that gives rise to a payment obligation post-filing. The distinction being that the claims of the Union for termination and severance pay are based, for the most part, on services that were provided pre-filing. Likewise, obligations for benefits arising from RAP and VRO are again based, for the most part, on services provided pre-filing. The exact time of when the payment obligation crystallized is not, in my view, the determining factor under section 11.3. Rather, the key factor is whether the employee performed services after the date of the Initial Order. If so, he or she is entitled to compensation benefits for such current service.

[89] Tel qu'indiqué ci-haut, la portion des obligations de la Débitrice reliée au travail de ces employés après l'ordonnance initiale a été couverte par les cotisations d'exercice ("current service").

[90] La Cour d'appel de l'Ontario a aussi retenu l'argument du juge Morawetz qui a interprété restrictivement l'application de l'article 11.3(a) LACC (maintenant 11.01(a) LACC):

[17] Second, we also agree with the motion judge when he stated at para. 66:

In my view, section 11.3 is an exception to the general stay provision authorized by ssection 1 provided for in the Initial order. As such, it seems to me that section 11.3 should be narrowly construed.

[91] Puis, elle ajoute:

[20] Can it be said that the payment required for the services provided by the continuing employees of Nortel also extends to encompass the periodic payments to the former employees in question in this case? In our opinion, for the following reasons the answer is clearly no.

[21] The periodic payments to former employees are payments under various retirement programs, and termination and severance payments. All are products of the ongoing collective bargaining process and the collective agreements it has produced over time. As Krever J.A. wrote regarding analogous benefits in *Metropolitan Police Service Board v. Ontario Municipal Employees Retirement Board et al.* 1999 CanLII 3763 (ON CA), (1999), 45 O.R. (3d) 622 (C.A.)

at 629, it can be assumed that the cost of these benefits was considered in the overall compensation package negotiated when they were created by predecessor collective agreements. These benefits may therefore reasonably be thought of as deferred compensation under those predecessor agreements. In other words, they are compensation deferred from past agreements but provided currently as periodic payments owing to former employees for prior services. The services for which these payments constitute "payment" under the CCAA were those provided under predecessor agreements, not the services currently being performed for Nortel.

[92] Le soussigné est donc d'avis que les "cliffs" ne sont pas des charges qui prennent naissance après l'ordonnance initiale. Ces charges proviennent d'obligations contractuelles antérieures à l'ordonnance initiale et l'augmentation du déficit actuariel des divers régimes de retraite n'est pas le résultat du fait que ces salariés ont travaillé pour la Débitrice après l'ordonnance, compte tenu du paiement par cette dernière des cotisations d'exercice.

L'AFFAIRE INDALEX

[93] Comme se plaisent à le dire certains auteurs²¹, la Cour d'appel d'Ontario a "jeté la consternation" dans la communauté juridique et comptable oeuvrant dans le domaine de l'insolvabilité et de la restructuration d'entreprises au Canada lorsqu'elle a décidé que le reliquat d'une vente d'actifs devait être versé non pas au prêteur DIP mais à des caisses de retraite d'employés de la société *Indalex* afin de compenser, du moins partiellement, les déficits actuariels des fonds de pension concernés.

[94] Dans sa décision, la Cour d'appel d'Ontario s'est démarquée de la jurisprudence antérieure en décidant que les déficits actuariels des régimes de retraite, compensés sous forme de paiements d'équilibre par les employeurs, pouvaient, dans certains cas, jouir d'une priorité sur celle des prêteurs DIP.

[95] Les faits pertinents de l'affaire *Indalex* se résument ainsi: en avril 2009, *Indalex* se met sous la protection de la LACC. Deux semaines plus tôt, sa compagnie-mère *Indalex US* s'était prévaluée des dispositions du Chapitre 11 américain.

[96] Le financement intérimaire (DIP) a été assumé par un groupe d'investisseurs syndiqués (les Prêteurs) dont *Indalex US*. Cette dernière a aussi garanti le remboursement du DIP aux autres Prêteurs.

²¹ Comment on *Indalex Limited* By Ronald B. Davis Canadian Business Law Journal (2011), vol. 51, pp. 447 à 460.

[97] Le financement DIP était aussi assorti d'une charge super-prioritaire usuelle stipulant que ladite super-priorité prendrait rang devant toute autre créance garantie, fiducie ou autres charges statutaires ou conventionnelles.

[98] *Indalex* était aussi l'administrateur de deux régimes de retraite à prestations déterminées: le régime des employés salariés ("Salaried Plan") et le régime des cadres ("Executive Plan").

[99] Or, le régime des salariés était en liquidation depuis déjà deux ans avant l'émission de l'ordonnance initiale tandis que le régime des cadres ne l'était pas. Les deux régimes accusaient cependant des déficits actuariels importants. Au 31 décembre 2008, le déficit était de l'ordre de 1 795 600,00\$ pour le régime des salariés et, au 15 juillet 2009, le déficit du régime des cadres était de 3 200 000,00\$.

[100] Le 20 juillet 2009, *Indalex* a requis l'autorisation de vendre ses actifs et de distribuer le produit net de la vente aux prêteurs DIP. Compte tenu du prix obtenu, cela voulait dire que les déficits actuariels des régimes de retraite précités ne seraient pas comblés et qu'aucun autre créancier d'*Indalex* ne recevrait quoique ce soit dans un contexte d'arrangement.

[101] Les syndicats et certains représentants des retraités ont donc contesté le schéma de distribution du produit de la vente. Ces deux groupes d'opposants ont invoqué que la loi ontarienne créait des fiducies présumées à l'égard des sommes provenant de la vente des actifs, soustrayant ainsi les créances des régimes de retraite à l'application de l'ordonnance initiale. Au surplus, les opposants ont soulevé que la Débitrice, en sa qualité d'administrateur des régimes, avait une obligation fiduciaire envers lesdits régimes et avait violé cette obligation, notamment en ne donnant pas avis aux retraités de l'octroi d'une super-priorité au prêteur DIP, laquelle pouvant alors avoir préséance aux fiducies présumées en question.

[102] Lors de la fermeture de la transaction de vente des actifs d'*Indalex* le 31 juillet 2009, le produit de la vente s'est avéré insuffisant pour rembourser les Prêteurs DIP. *Indalex US* a donc dû couvrir la différence aux termes de sa garantie.

[103] Le juge Colin Campbell²² de la Cour supérieure de l'Ontario a entendu la requête des employés et des retraités cadres en première instance. Il a notamment décidé que l'on ne pouvait invoquer l'argument de fiducies présumées à l'égard de l'un ou l'autre des régimes. Il a écrit ce qui suit:

[14] The second objection by certain retirees and employees involves a claim based on a statutory deemed trust said to be in

²² 2010 ONSC 1114.

respect of certain funds held by the Monitor proposed to be reserved from the funds for distribution on closing to the DIP Lenders.

...

[18] There are two groups of retired employees at issue in this matter. Those represented by Mr. Hatnay and his colleagues seek a declaration that the amount of \$3.2 million, which represents the wind up liability said to be owing by the Applicants to the Retirement Plan for Executive Employees of Indalex Canada and Associated Companies (the “Executive Plan”) and which is currently held in reserve by the Monitor, is subject to the deemed trust for the benefit of the beneficiaries of the Executive Plan under section 57(4) of the *PBA*. The Pensioners further seek an order that such amounts are not distributable to other creditors of the Applicants and are to be paid into the fund of the Executive Plan and that such orders and declarations survive any subsequent bankruptcy of the Applicants.

[104] Le juge Campbell, s'appuyant sur la jurisprudence antérieure, a rejeté l'argument de fiducie présumé:

[37] In *Toronto Dominion Bank v. Usarco Ltd.*, [1991] 42. E.T.R. 235, Ont. C.J. (Gen. Div.), Farley J. dealt with the deemed trust provisions under what is now section 57(4) of the *PBA* in a context in which a declaration was sought prior to a bankruptcy petition. He said at paragraph 26:

It therefore appears to me that the deemed trust provisions of subs. 58(3) and (4) only refer to the regular contributions together with those special contributions which were to have been made but were not. In this situation, that would be the regular and special payments that should have been made but were not (as reflected in the report of December 31, 1988), together with any regular or special payments that were scheduled to have been made by the wind-up date, July 13, 1990, but were not made. This is contrasted with the obligation of Usarco to fully fund its pension obligations as of the wind-up date pursuant to s. 76(1). It is recognized in these circumstances, however, that the bank will have a secured position which will prevail against these additional obligations as to the special payments, which have not yet been required to be paid into the fund. Sadly, it is extremely unlikely there will be a surplus after taking care of the bank to allow the pension fund to be fully funded for this (the likelihood being that the wind-up valuation of assets and liabilities of the pension fund will show a deficiency.)

(soulignements ajoutés)

[38] The issue was dealt with again in *Ivaco Inc. Re.* [2006] 25 C.B.R. [5th] 176. (Ont. C.A.), J. Laskin J.A. speaking for the Court of Appeal noted at paragraph 38 that "in a series of cases, the Supreme Court of Canada has repeatedly said that a province cannot, by legislating a deemed trust, alter the scheme of priorities under the federal statute."

[39] Paragraph 44 of that decision states:

At para. 11 of his decision, the motions judge said that both unpaid contributions and wind-up liabilities are deemed to be held in trust under s. 57(3). In his earlier decision in *Toronto-Dominion Bank v. Usarco* (1991), 42 E.T.R 235, Farley J. said, at para. 25, that the equivalent legislation then in force under the *Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, c.35 referred only to unpaid contributions, not to wind-up liabilities. I think that the statement in *Usarco* is correct, but I do not need to resolve the issue on this appeal.

(soulignements ajoutés)

[40] In the text "Essentials of Canadian Law-Pension Law" (Toronto: IrwinLaw, 2006) author Ari N. Kaplan at page 396 states:

The *PBA* does not expressly state whether a funding deficiency on the wind up of a pension plan is secured by the deemed trust, but it appears that the deemed trust is intended to apply to the deficiency to the extent it relates to employer contributions and remittances due and owing to the pension fund on wind up, but which have not been paid."

[41] The author goes on in the next paragraph:

The deemed trust does not extend to the obligation of an employer to fund pension obligations that have not yet become due or which "crystallize" only upon the windup of the pension plan.

The *Usarco* decision referred to above is the foundation for that statement.

[42] In his paper given at an Insight Conference, "Pension Management in Insolvency and Restructuring: What Is At Stake?" September 20, 2005, Gregory J. Winfield at page 29 states:

Of particular note to secured creditors will be the fact that the courts have determined that the deemed trust created under that *OPBA* does not extend to the unfunded pension liability upon the windup of the plan, but is limited to the outstanding unremitted contributions that are past due

plus those arising in respect of the stub period. Accordingly while the entirety of the pension fund shortfall remains an obligation of the employer, and an obligation exists under the *OPBA* to fund this deficiency over a period not exceeding five years from the date of wind up, at present this is an unsecured claim on the assets of the debtor." [Reference omitted]

(soulignements ajoutés)

[43] The difficulty in reconciling the requirements of the pension statute with the regime of the *CCAA* is that a company such as Indalex is entitled to carry on business and to make payments in the ordinary course of such business including those that may be required under the initial order which may well, as here, include certain ongoing pension obligations while in *CCAA*.

[44] Were it not for the provisions in s. 31 of the Regulations, Indalex would have had under s. 75 of the *PBA* to pay in as of the date of wind-up any Plan deficiency. Section 31 of the Regulation as anticipated in s. 75 of the Act spreads that into five equal annual instalments.

[45] One obvious purpose behind the provision in s. 31 of the Regulation is to ease the burden on the Company to enable it to have the funds to operate its normal business operations while it earns the revenue to make up the deficiency.

[46] The pension issues that have arisen given the nature of the recent recession, as here, are often complex and pit as adversaries creditors of a corporation who most often having advanced funds under security which creditors assert give them priority as to the repayment, as against employees many of whom are long-term or even retired who have seen the assets supporting their pensions decrease in value, risking the payments to which the employees are otherwise entitled by the terms of the plan of which they are members.

[47] In circumstances such as this, the Court does not have the mandate to exercise the discretion to do what it or any group might consider fair and equitable. The federal insolvency legislation in force (the *CCAA* and *BIA*) provide schemes of priority among creditors commencing with those who have security over the assets of the company. Pitted against those with security are those unsecured creditors who must share in whatever is left over after the secured creditors are paid.

[48] Employees or retired employees are entitled to pensions in accordance with the contractual terms of their pension plan. In certain circumstances those contractual terms will be augmented by

the provisions of the *PBA* to the extent that they do not conflict with federal insolvency legislation. In some of these circumstances, a "deemed trust" will arise.

[49] In this case I have concluded there is no conflict between the federal and provincial legislation. I find that as of the date of closing and transfer of assets there were no amounts that were "due" or "accruing due" on July 20, 2010. On that date, Indalex was not required under the *PBA* or the Regulations thereunder to pay any amount into the Plan. There was an annual payment that would have become payable as at December 31, 2009 but for the stay provided for in the Initial Order under the *CCAA*.

[50] Since as of July 20, 2009, there was no amount due or payable, no deemed trust arose in respect of the remaining deficiency arising as at the date of wind-up.

[51] Since under the initial order priority was given to the DIP Lenders, they are entitled to be repaid the amounts currently held in escrow. Those entitled to windup deficiency remain as of that date unsecured creditors.

[105] La Cour d'appel de l'Ontario, dans une décision unanime, a renversé la décision du tribunal inférieur en retenant que les circonstances particulières du dossier faisaient en sorte que les sommes alors détenues par le contrôleur et provenant de la vente des actifs devaient être versées aux régimes de retraite plutôt qu'au prêteur DIP, malgré la super-priorité accordée lors de l'ordonnance initiale et de l'autorisation de prêt.

[106] Pour ce faire, la Cour d'appel de l'Ontario a d'abord décidé que l'article 57(4) du *Pensions Benefit Act* faisait en sorte que le déficit de solvabilité du régime des salariés, alors en liquidation, faisait l'objet d'une fiducie présumée et donc que la somme requise pour équilibrer ce déficit devait être soustraite des actifs de la Débitrice.

[107] Malgré le fait que la Cour d'appel reconnaissait le pouvoir de la Cour supérieure de l'Ontario de déterminer une super-priorité en faveur d'un prêteur intérimaire DIP sous l'empire de la *LACC* et même de créer cette même super-priorité prenant rang devant la fiducie présumée du *Pensions Benefits Act* (*PBA*), le principe cardinal, devant néanmoins s'appliquer en l'instance selon la Cour d'appel, stipule que la loi provinciale continuait et devait continuer de s'appliquer en matière d'insolvabilité et de restructuration en l'absence d'une disposition expresse imposant la règle de préséance de la loi fédérale (doctrine of paramountcy). La Cour d'appel a aussi ajouté que le fardeau de démontrer l'application de la préséance de la *LACC* sur la législation provinciale reposait entièrement sur les épaules de la partie qui l'invoquait, en l'occurrence la Débitrice. Ce fardeau incluait donc la nécessité de démontrer d'abord

l'incompatibilité des lois fédérale et provinciale applicables et l'impossibilité de voir ces mêmes lois cohabiter dans un contexte donné.

[108] Dans *Indalex*, la Cour d'appel n'a pas conclu à une telle incompatibilité et a donc décidé que le *Pensions Benefits Act* pouvait recevoir pleine application même si la Débitrice était sous la protection de la *LACC*. La Cour d'appel a même précisé que parce que l'ordonnance initiale ne spécifiait pas expressément que la super-priorité accordée au prêteur DIP prenait rang devant celui de la fiducie présumée de la loi ontarienne sur les régimes de retraite, cette fiducie avait donc préséance sur la super-priorité du DIP.

[109] Dans le cas du régime des cadres, la Cour d'appel a jugé que la fiducie présumée de l'article 57(4) du *PBA* ne pouvait pas s'appliquer parce que le régime n'était pas en mode de liquidation lors de l'émission de l'ordonnance initiale. La Cour s'est donc prévalué d'autres principes d'équité et d'obligations fiduciaires de la part de *Indalex* envers les deux régimes de pension pour conclure à l'obligation de *Indalex* de verser les cotisations d'équilibre requises pour rétablir la solvabilité du régime des cadres. Pour ce faire, la Cour d'appel a décidé ceci:

[138] I turn next to the question of breach.

[139] **As previously noted, when *Indalex* commenced CCAA proceedings, it knew that the Plans were underfunded and that unless additional funds were put into the Plans, pensions would be reduced. *Indalex* did nothing in the CCAA proceedings to fund the deficit in the underfunded Plans. It took no steps to protect the vested rights of the Plans' beneficiaries to continue to receive their full pension entitlements. In fact, *Indalex* took active steps which undermined the possibility of additional funding to the Plans. It applied for CCAA protection without notice to the Plans' beneficiaries. It obtained a CCAA order that gave priority to the DIP lenders over "statutory trusts" without notice to the Plans' beneficiaries. It sold its assets without making any provision for the Plans. It knew the purchaser was not taking over the Plans. It moved to obtain orders approving the sale and distributing the sale proceeds to the DIP lenders, knowing that no payment would be made to the underfunded Plans. And, *Indalex US* directed *Indalex* to bring its bankruptcy motion with the intention of defeating the deemed trust claims and ensuring that the Reserve Fund was transferred to it. In short, *Indalex* did nothing to protect the best interests of the Plans' beneficiaries and, accordingly, was in breach of its fiduciary obligations as administrator.**

(soulignements ajoutés)

[110] Une fois cela constaté, la Cour d'appel a jugé que *Indalex* avant violé ses obligations de "constructive trustee" envers les retraités ("plan beneficiaries"). Disons tout de suite que la notion de "constructive trust" ici retenue ne pourra vraisemblablement pas être applicable au Québec. De plus, comme nous le verrons plus loin, la loi québécoise diffère de la loi ontarienne sur la notion d'administrateur des régimes de retraite et on devra donc se poser la question de savoir si la loi québécoise impose une telle responsabilité à l'employeur. Notons finalement que, dans les faits, le comportement de White Birch diffère sensiblement de celui de Indalex, notamment dans la manière utilisée pour obtenir l'émission de l'ordonnance initiale et dans les divers avis donnés au Syndicat.

[111] Les auteurs Robert Thornton et Kirsten Thompson²³ dans leur critique de l'arrêt *Indalex*²⁴ ont ainsi défini le rôle de l'employeur sous l'empire du *PBA*:

" The PBA creates two distinct roles in relation to pension plans. The first role is that of the plan administrator which carries out the operation and administration of the pension plan. Most of the legal duties in respect of the pension plan arise from this role, including the fiduciary duties owed to the pension plan beneficiaries. These obligations arise both at common law and by the nature of section 22 of the PBA.

The plan sponsor, the employer, is the other distinct role. The sponsor carries out non-administrative functions related to a pension plan; these functions include establishing the plan, amending the plan, winding-up the plan and funding the plan. In carrying out these functions, the plan sponsor/employer is entitled to act in its self-interest and has been held not to be in a fiduciary relationship to the beneficiaries of the plan. Directors of a corporation owe a common law and statutory duty to act in the best interests of the corporation, not any particular stakeholder. The PBA expressly permits an employer plan sponsor to fulfill the role of the plan administrator and clearly contemplates one corporation performing both roles.

The Court found that *Indalex*, as administrator, failed to take steps to enforce its lien and charge against the assets of *Indalex* under section 57(5) or the PBA. The Court noted that its findings, however, were heavily fact-driven.

(soulignements ajoutés)

²³ Avocats Thornton Grant Finnigan, Toronto.

²⁴ "The Implications of *Indalex* on Restructuring in Canada Annual Review of Insolvency Law, 2011, pp. 45-66.

[112] L'arrêt *Indalex* soulève donc plusieurs questions fort importantes, dont certaines résultent des faits particuliers de l'affaire et d'autres résultent de la reconnaissance de l'existence d'une fiducie présumée et d'obligations de "constructive trustee" de la part de l'employeur, notions juridiques que l'on ne peut, d'emblée, transposer au Québec.

[113] Cette affaire, actuellement pendante devant la Cour suprême du Canada²⁵

[114] Certains aspects de la décision de la Cour d'appel doivent être relevés.

[115] D'abord, la conduite d'*Indalex*, d'une part, et ses obligations à l'égard des divers régimes de retraite ont pesé lourdement dans la balance²⁶. Les étapes du dossier *Indalex* se sont succédées très rapidement. On perçoit dans l'opinion de la Cour d'appel que cette "rapidité d'agir" aurait contribué au problème, comme si *Indalex* avait voulu mettre les régimes de retraite devant un fait accompli. Le tout débute le 20 mars 2009, aux États-Unis (protection de *Indalex US* sous l'empire du Chapitre 11) suivi de l'ordonnance initiale sous la LACC en date du 3 avril 2009). Le prêt DIP, assorti de la super-priorité habituelle, est accordé le 8 avril 2009 et, dès le 20 juillet 2009, la vente des actifs et la distribution du produit de la vente sont déjà réglés. La vente est conclue le 31 juillet 2009. Tout s'est passé très rapidement et sans que les régimes de retraite ne soient véritablement impliqués. La rapidité avec laquelle toutes ces étapes se sont déroulées, sans que les régimes de retraite ne soient réellement invités au débat, semble donc avoir joué un rôle dans le processus décisionnel de la Cour.

[116] En l'instance, les faits ne sont pas les mêmes et l'implication du Syndicat remonte au tout début des procédures. De plus, les régimes de retraite des employés non-syndiqués sont forcément au courant de ce qui se passe dès la suspension des paiements de cotisations d'équilibre et ont accès à toutes les procédures et jugements rendus depuis février 2010.

[117] La décision de la Cour d'appel sur l'existence d'une fiducie présumée et sur ses effets en vertu du droit de la *Common Law*, ne peut s'importer au Québec à cause des particularismes du droit civil et des nouvelles dispositions du Code civil de 1994 sur la fiducie.

[118] Dans le cas du régime des cadres qui ne bénéficie pas du "deemed trust" de l'article 57(4) *PBA*, la Cour d'appel se replie sur la violation par *Indalex* de son obligation fiduciaire à titre d'"administrator and sponsor". La juge Gillese écrit:

²⁵ Autorisation de pourvoi accordée le 1^{er} décembre 2011 (dossier CSC 34308). Audition sur le fond prévue le 5 juin 2012.

²⁶ Pour une analyse de ces questions, voir l'article de Shawn Dunphy et Andrea Boctor intitulé "Do Hard Facts Make Bad Law", *Annual Review of Insolvency Law*, 2011, p. 67 et suivantes.

[116] For the reasons that follow, I accept the appellants' submission that Indalex breached its fiduciary obligations as administrator during the CCAA proceedings. I deal with the question of what flows from that finding when deciding the issue of remedy.

[117] It is clear that the administrator of a pension plan is subject to fiduciary obligations in respect of the plan members and beneficiaries. These obligations arise both at common law and by virtue of s. 22 of the *PBA*.

[118] The common law governing fiduciary relationships is well known. A fiduciary relationship will be held to exist where, given all the surrounding circumstances, one person could reasonably have expected that the other person in the relationship would act in the former's best interests. The key factual characteristics of a fiduciary relationship are: the scope for the exercise of discretion or power; the ability to exercise that power unilaterally so as to affect the beneficiary's legal or practical interests; and, a peculiar vulnerability on the part of the beneficiary to the exercise of that discretion or power

...

[120] Section 22 of the *PBA* also imposes a fiduciary duty on the administrator in the administration of the plan and fund. As well, it expressly prohibits the administrator from knowingly permitting its interest to conflict with its duties in respect of the pension fund. The relevant provisions in s. 22 read as follows:

Care, diligence and skill

22. (1) The administrator of a pension plan shall exercise the care, diligence and skill in the administration and investment of the pension fund that a person of ordinary prudence would exercise in dealing with the property of another person.

Special knowledge and skill

(2) The administrator of a pension plan shall use in the administration of the pension plan and in the administration and investment of the pension fund all relevant knowledge and skill that the administrator possesses or, by reason of the administrator's profession, business or calling, ought to possess.

...

Conflict of interest

(4) An administrator ... shall not knowingly permit the administrator's interest to conflict with the administrator's duties and powers in respect of the pension fund.

...

[144] Even if I am in error in concluding that Indalex was in breach of its common law fiduciary obligations, I would find that its actions amounted to a breach of s. 22(4) of the *PBA*. Section 22(4) prohibits an administrator from knowingly permitting its interest to conflict with its duties and powers in respect of the pension fund. Under s. 57(5) of the *PBA*, as administrator, Indalex had a lien and charge on its assets for the amount of the deemed trust. Any steps that it might have taken pursuant to s. 57(5), as administrator, would have been in respect of the pension fund. Thus, if nothing else, Indalex's actions during the *CCAA* proceedings demonstrate that it permitted its corporate interests to conflict with the administrator's duties and powers that flow from the lien and charge.

[145] Having found that Indalex breached its fiduciary obligations to the Plans' beneficiaries, the question becomes: what flows from such a finding? I address that question below when considering the issue of how to distribute the Reserve Fund. At that time I will return to the arguments of the Monitor and Sun Indalex to the effect that such a finding is largely irrelevant in these proceedings.

[119] Comme nous le verrons plus loin, White Birch n'est ni l'administrateur ou le "sponsor" des régimes de retraite en vertu du droit québécois. En l'instance, la Débitrice ne peut être taxée de violation d'une obligation fiduciaire à moins que la *LRCR* ne lui en impose une, ce qui n'est pas le cas.

[120] Donc, le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Indalex* se démarque de la jurisprudence antérieure à bien des égards.

[121] Dans un premier temps, la Cour d'appel retient l'existence d'une fiducie présumée aux termes de l'article 57(4) *PBA* qui se lit comme suit:

Liquidation

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

dues aux termes du régime ou des règlements. L.R.O. 1990, chap. P.8, par. 57(4)

Ce texte doit être complété par le paragraphe 6 dudit article 57 qui énonce:

Champ d'application des par. (1), (3) et (4)

(6) Les paragraphes (1), (3) et (4) s'appliquent, que les sommes aient été ou non gardées à part des autres sommes ou biens de l'employeur. L.R.O. 1990, chap. P-8, par. 57(6).

[122] Cependant, la Cour d'appel ne discute ni n'analyse la question de l'existence ou non d'une fiducie réelle dans un contexte de common law. Cela est, en somme, accepté comme tel. On ne peut importer ce même concept en droit québécois sans faire les ajustements nécessaires au concept de fiducie au sens du *Code civil*.

[123] La Cour d'appel de l'Ontario refuse aussi de reconnaître aux ordonnances antérieures rendues par le Tribunal d'instance (dans le cadre de sa gestion et de sa supervision du processus sous l'empire de la *LACC*) une quelconque valeur décisionnelle faisant en sorte que l'on ne puisse, *ex post facto*, rouvrir un débat déjà décidé et sur la foi desquelles décisions les parties ont agi de bonne foi. Voici comment la juge Gillese pose le problème:

[146] The U.S. Trustee submits that even if the PBA creates a deemed trust for any wind up deficiencies in the Plans, the appeals should be dismissed because the underlying motions are an impermissible collateral attack on previous orders made in the CCAA proceedings. His argument runs as follows.

[147] The Initial Order, the June 12, 2009 order and the Sale Approval order (the "Court Orders") are all valid, enforceable court orders. The Court Orders gave super-priority rights to the DIP lenders and Indalex U.S. is subrogated to those rights. None of the Court Orders were appealed and no party sought to have them set aside or varied. As the appellants' motions seek to alter the priorities established by the Court Orders, they should be barred because they are an impermissible collateral attack on those orders.

[148] I do not accept this submission for three reasons, the first two of which can be shortly stated.

[149] First, this submission is an attack on the underlying motions. As such, it ought to have been raised below. The Former Executives say that the collateral attack doctrine was raised for the first time on appeal. Certainly, if it was raised below, the CCAA judge makes no reference to it. As a general rule, it is not appropriate to raise an issue for the first time on appeal. The exceptions to this

general rule are very limited and do not apply in this case: see *Cusson v. Quan*, 2009 SCC 62 (CanLII), [2009] 3 S.C.R. 712, at paras. 36-37.

[150] Second, the USW and the Former Executives raised the matter of the deemed trusts in the CCAA proceedings. The CCAA judge designed a process by which their claims would be resolved. They followed that process. The USW and Former Executives can scarcely be faulted for complying with a court-designed process. Further, the Sale Approval order acknowledged the deemed trust issue in that it required the Monitor to hold funds in reserve that were sufficient to satisfy the deemed trust claims. That acknowledgment is inconsistent with a subsequent claim of impermissible collateral attack.

[151] Third, as I will now explain, an appreciation of the CCAA regime makes it apparent that the collateral attack rule does not apply in the circumstances of this case.

[124] Avec égards pour l'opinion contraire, les deux premiers motifs de rejet de ce principe ne s'applique pas en l'instance: la question est ici soulevée en première instance et les Requérants ne soulèvent pas la question dans un contexte de résolution de leur réclamation mais dans un contexte où la LACC ne s'applique tout simplement pas aux cotisations d'équilibre.

[125] Quant au troisième argument retenu par la Cour d'appel, il est basé sur le fait que pour qu'elles soient opposables aux Requérants, les décisions du Tribunal doivent avoir été rendues alors que les Requérants étaient au courant du fait que leurs droits étaient en jeu:

[154] The CCAA regime is designed to deal with all matters during an insolvent company's attempt to reorganize. The court-ordered stay of proceedings ensures that there is only one forum where parties can put forth their arguments and claims. By pre-empting other legal proceedings, the stay gives a corporation breathing space, which promotes the opportunity for reorganization.

[155] The CCAA regime is a flexible, judicially supervised reorganization process that allows for creative and effective decisions: see *Century Services Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60 (CanLII), [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 21. The CCAA judge is accorded broad discretion because the proceedings are a fact-based exercise that requires ongoing monitoring and because there is often a need for the court to act quickly. There is an underlying assumption, however, that the CCAA proceedings will provide an opportunity for affected persons to participate in the proceedings.

[126] Comme nous avons pu le constater plus haut dans ces motifs, la situation factuelle des Requérants est à l'opposé de celle des requérants dans *Indalex*. Les Requérants savent depuis le début des procédures que la super-priorité accordée aux prêteurs DIP passe devant les cotisations d'équilibre.

[127] Finalement, la Cour d'appel de l'Ontario se démarque de l'opinion de la Cour suprême du Canada dans *Century Services*. Avec égards, le Tribunal est d'avis que les principes de l'affaire *Century Services* militent fortement en faveur de la proposition voulant que la LACC ne reconnaisse aucune fiducie législative présumée comme ayant préséance sauf celles prévues et expressément nommées et décrites à l'article 37 LACC.

[128] Voyons maintenant l'application de toutes ces questions au dossier qui nous occupe.

LES PRINCIPES ET LES CONCLUSIONS DE L'ARRÊT INDALÉX EN COUR D'APPEL DE L'ONTARIO SONT-ILS SUSCEPTIBLES D'APPLICATION AU QUÉBEC?

[129] Nous avons vu que la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Indalex*, a confirmé l'existence d'une fiducie présumée en faveur d'un premier régime de retraite et qu'il y avait eu violation d'obligations fiduciaires de *common law* et prévues par la loi, donnant lieu à une fiducie constructive²⁷ «*constructive trust*» en faveur d'un second régime.

[130] Le Tribunal doit donc répondre aux questions suivantes: tout d'abord, la fiducie réputée de l'article 49 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*²⁸ (ci-après «*LRCR*») peut-elle constituer une fiducie au sens du droit québécois?

[131] Dans un second temps, le Tribunal doit décider si l'employeur, en général, a une obligation de fiduciaire à l'égard du régime de retraite?

1. La nécessité d'une fiducie réelle

[132] L'article 49 *LRCR* se lit comme suit:

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.

²⁷ Il est à noter que le «*constructive trust*» n'a pas été intégré par le législateur québécois dans le droit de la fiducie : Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e éd., coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, par. 137, p. 119.

²⁸ L.R.Q., c. R-15.1.

[133] Il est nécessaire avant d'effectuer notre analyse de la fiducie réputée de l'article 49 *LRCR* de tracer un parallèle de la situation présente avec l'historique de la fiducie réputée en matière d'impôt sur le revenu.

[134] C'est en 1980 que le juge Pigeon de la Cour suprême du Canada affirmait que la fiducie de recouvrement de la *Loi de l'impôt sur le revenu*²⁹ (ci-après «LIR») devait être de la nature d'une fiducie réelle pour exister et créer des effets³⁰. Ainsi, pour qu'une telle fiducie réelle puisse exister, les biens du débiteur devaient être séparés des déductions à la source perçues par l'employeur. Son raisonnement était basé sur un comparatif de la fiducie réputée entre la LIR et celle que l'on retrouvait à la *Loi sur le Régime de pensions du Canada*³¹. Dans le libellé de cette dernière loi, il y était inscrit aux articles 24(3) et 24(4) à l'époque:

24(3) L'employeur qui a déduit de la rémunération d'un employé un montant au titre de la cotisation que ce dernier est tenu de verser, ou à valoir sur celle-ci, mais ne l'a pas remis au receveur général, doit garder ce montant à part, en un compte distinct du sien et il est réputé détenir le montant ainsi déduit en fiducie pour Sa Majesté.

24(4) En cas de liquidation, de cession ou de faillite d'un employeur, un montant égal à celui qui, selon le paragraphe (3) est réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté, doit être considéré comme étant séparé et ne formant pas partie des biens en liquidation, cession ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, conservé distinct et séparé des propres fonds de l'employeur ou de la masse des biens;

(soulignements ajoutés)

ce que les dispositions de la LIR ne comportaient pas à cette époque³².

[135] Ce n'est que quelques années plus tard, en 1986, que le législateur modifia la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (ci-après «LFI») pour y incorporer une mécanique de présomption qui fit en sorte que la fiducie n'avait plus à être une fiducie réelle pour exister³³ et produire ses effets.

[136] De nos jours, la situation a encore évolué et la LFI ne reconnaît que les fiducies réelles et non les fiducies présumées, à l'exception des fiducies

²⁹ L.R.C. 1985, c. 1 (5^e supp.).

³⁰ *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182, p. 1196-1198.

³¹ L.R.C. 1985, c. C-8.

³² Louis L'HEUREUX, *La fiducie réputée de la Loi de l'impôt sur le revenu*, Toronto, Carswell, 2002, p. 16.

³³ *Id.*, p. 18. Voir pages 15 à 25 de cet ouvrage pour ce qui est de l'évolution législative de la fiducie réputée.

présumées prévues à l'article 67(3) *LFI*³⁴. Il en est de même en ce qui a trait à la *LACC*³⁵. Outre ces exceptions, en matière de faillite ou de restructuration, pour que les tribunaux puissent considérer une fiducie présumée comme étant une fiducie réelle au sens de la *LFI* ou de la *LACC*, elle doit satisfaire les critères du trust de la *common law*³⁶. Ces critères ont d'ailleurs été résumés ainsi par le juge Guertin dans l'affaire *Chibou-vrac inc. (Syndic de)* :

[87] Ces critères d'identification d'une fiducie législative réelle au sens de l'article 67(1) a) L.F.I. sont :

A) Concernant la validité de la création d'une fiducie:

- la certitude que le constituant a voulu créer une fiducie (certainty of intention)
- la certitude quant aux biens visés par la fiducie (certainty of subject matter)
- la certitude quant aux bénéficiaires de la fiducie (certainty of objects)

B) Concernant la survivance de la fiducie:

- la nécessité de pouvoir identifier précisément les biens au moment où ils sont réclamés

[88] Rappelons qu'indéniablement «[i]f any of the attributes are missing the Court will not find a trust.»³⁷

[137] De plus, il est utile de mentionner que le législateur, en y insérant l'expression «malgré toute autre garantie» dans la *LIR* (art. 227(4), (4.1)), le *Régime des pensions du Canada* (art. 23(3), (4)) et dans d'autres lois telles que la *Loi sur l'assurance-emploi* (art. 86(2), (2.1)), voulait assurer une priorité de premier rang à ces fiducies présumées³⁸. La fiducie présumée visée par ces trois lois s'applique donc de manière continue et vise tous les biens qui se retrouvent en la possession du débiteur de manière rétroactive à la retenue initiale, et ce, jusqu'à ce que le débiteur ait remédié à son défaut³⁹. Ce type de

³⁴ Denis BROCHU, *Précis de la faillite et d'insolvabilité*, 3^e éd., Brossard, Publications CCH, 2010, ¶ 665, p. 358-359.

³⁵ *LACC*, art. 37(2).

³⁶ *Chibou-vrac inc. (Syndic de)*, [2003] R.J.Q. 2809, par. 85.

³⁷ *Id.*, par. 87-88.

³⁸ Denis BROCHU, préc., note 11, ¶ 667, p. 359-361. Par contre, nous ne retrouvons pas cette expression à l'article 49 *LR*.

³⁹ *Id.*, ¶ 667, p. 359-361.

fiducie élimine donc la nécessité de retracer l'origine du bien, ce qui constitue une caractéristique importante de la fiducie réelle⁴⁰.

[138] Un jugement récent de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Service de Garantie Québec Inc. (Syndic de)*⁴¹, se penche d'ailleurs sur la nécessité de l'existence d'une fiducie réelle pour qu'une disposition similaire à l'article 49 LRCR puisse produire ses effets.

[139] Dans cette affaire, le sous-ministre réclamait certaines sommes déposées dans le compte de *Service garantie Québec inc.* (la Débitrice) en invoquant à la fois sa créance et l'existence d'une fiducie présumée soustrayant cette même créance de l'actif de la faillite.

[140] La Cour d'appel a conclu qu'il n'existait aucune fiducie réelle en l'espèce et donc que les sommes déposées au compte bancaire faisaient partie du patrimoine de la Débitrice et devaient être dévolues au syndic. Bien qu'il y eût et une fiducie présumée créée par l'effet de la loi à l'égard du ministère du Revenu, les taxes perçues, ayant été déposées et "mélangées" avec des sommes provenant d'autres sources, il était devenu impossible de retracer lesdites sommes. Il ne pouvait donc pas y avoir fiducie réelle. La juge Dutil se prononce ainsi à cet effet :

" En vertu de cet article, il y avait donc une présomption que les montants détenus par la Banque en date du 10 juillet 2006 l'étaient en fiducie pour l'État. Toutefois, ces montants perçus par la Débitrice avaient été déposés dans un compte où elle en détenait également d'autres provenant de différentes sources. Il ne s'agissait donc que d'une fiducie créée par l'effet de la LMR et non d'une fiducie réelle. [...]

Je conclus donc que l'avis expédié en vertu de l'article 15 LMR n'a pas transformé cette fiducie présumée en fiducie réelle, ce qui aurait pu, effectivement, faire en sorte que ces biens ne soient pas compris dans le patrimoine de la Débitrice failli en vertu de l'alinéa 67(1)a) LFI.

En effet, le paragraphe 67(2) LFI édicte que, sous réserve de certaines exceptions (dont entre autres les retenues à la source), un bien n'est pas considéré être détenu en fiducie aux fins de la LFI si, en l'absence d'une disposition législative, il ne l'était pas. Or, c'est exactement le cas dans la présente affaire: les montants étaient

⁴⁰ *Id.*, ¶ 667, p. 359-361.

⁴¹ 2009 QCCA 409; Voir également *Bouloud (Syndic de)*, 2010 QCCS 4840, par. 63, 107 (appel principal rejeté et appel incident accueilli, C.A., 12-07-2011, 500-09-021127-105, 2011 QCCA 1813); *Chibou-vrac inc. (Syndic de)*, préc., note 16, par. 44.

réputés être détenus en fiducie en vertu de l'article 20 LMR, mais il n'existait aucune fiducie réelle. "⁴²

[Nos soulignements]

[141] En droit québécois comme en droit canadien, les biens d'une société sont le gage commun de ses créanciers. Ils doivent donc être utilisés à l'avantage commun à moins que, par exception, ces biens ne soient dévolus à des créanciers spécifiques.

[142] Les créanciers de ces créances spécifiques seront toujours traités dans un contexte d'exception.

[143] M. le juge Gaétan Dumas écrivait tout récemment en analysant l'article 67 LFI et, plus spécifiquement, en commentant l'article 67(2)⁴³:

[63] Les biens d'un failli comprennent les intérêts dans un bien. C'est pourquoi seuls les biens détenus en fiducie mais réellement sortis du patrimoine du failli seront exclus. Les biens détenus dans une fiducie créée par le seul effet de la loi ne peuvent être considérés détenus dans une fiducie et être exclus de la faillite.⁴⁴

[144] Il ajoute:

[107] Pour qu'un bien en fiducie soit exclu du patrimoine du failli, les biens doivent être effectivement sortis de son patrimoine avant la cession de biens.

[145] Les fiducies présumées contenues dans plusieurs lois fédérales ou provinciales ne font que présumer l'existence d'une fiducie. Pour qu'une telle fiducie puisse réellement exister, il faut que selon le droit civil applicable, les éléments constitutifs d'une vraie fiducie doivent y avoir, en règle générale, une identification du bien. C'est ce que la Cour suprême enseigne dans *Colombie Britannique c. Henfrey Samson Bélair Ltd*⁴⁵. La juge Dutil, dans *Service Garantie Québec (Syndic de)*

[30] Dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey, Samson, Belair Ltd [Colongie-Briatnnique]*, la Cour suprême explique que dès que le

⁴² *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Service de Garantie Québec (Syndic de)*, préc., note 18, par. 29, 31-32.

⁴³ Art. 67(2) LFI: Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, par l'application de l'alinéa (1)(a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

⁴⁴ Bouloud (Syndic de) 201, QCCS 4840.

⁴⁵ (1989) 2 RCS 24

montant de la taxe est confondu avec d'autres sommes , il n'existe plus de fiducie de *common law*:

[...] Au moment de la perception de la taxe, il y a fiducie légale réputée. À ce moment-là, le bien en fiducie est identifiable et la fiducie répond aux exigences d'une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit. La difficulté que présente l'espèce, qui est la même que dans la plupart des autres cas, vient de ce que le bien en fiducie cesse bientôt d'être identifiable. Le montant de la taxe est confondu avec d'autres sommes que détient le marchand et immédiatement affecté à l'acquisition d'autres biens de sorte qu'il est impossible de le retracer. Dès lors, il n'existe plus de fiducie de *common law*. Pour obvier à ce problème, l'al. 18(1)b) prévoit que la taxe perçue sera réputée être détenue de manière séparée et distincte des deniers, de l'actif ou du patrimoine de celui qui l'a perçue. Mais, comme l'existence de la disposition déterminative le reconnaît tacitement, en réalité, après l'affectation de la somme, la fiducie légale ressemble peu à une fiducie véritable.[...]

[31] Je conclus donc que l'avis expédié en vertu de l'article 15 *LMR* n'a pas transformé cette fiducie présumée en fiducie réelle, ce qui aurait pu, effectivement, faire en sorte que ces biens ne soient pas compris dans le patrimoine de la Débitrice faillie en vertu de l'alinéa 67(1)a) *LFI*.

[32] En effet, le paragraphe 67(2) *LFI* édicte que, sous réserve de certaines exceptions (dont entre autres les retenues à la source), un bien n'est pas considéré être détenu en fiducie aux fins de la *LFI* si, en l'absence d'une disposition législative, il ne le serait pas. Or, c'est exactement le cas dans la présente affaire : les montants étaient réputés être détenus en fiducie en vertu de l'article 20 *LMR*, mais il n'existait aucune fiducie réelle.

[146] Ainsi, on doit pouvoir retrouver dans les dispositions habilitantes d'un texte législatif créant une fiducie, tous les éléments créant une véritable fiducie selon le régime légal dans lequel on se trouve. Au Québec, on ne peut simplement s'arrêter au texte de l'article 49 *LRCA* et conclure que les cotisations d'équilibre font automatiquement l'objet d'une fiducie opposable à la Débitrice.

[147] D'autre part, même si on conclut que la fiducie de l'article 49 *LRCR* est une véritable fiducie, encore faudra-t-il qu'elle s'applique en matière de restructuration. Or, l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada dans *Century Services* suggère le contraire.

[148] L'arrêt *Century Services Inc.* en Cour suprême du Canada est déterminant en l'espèce. Au surplus, il s'agit de l'une des décisions les plus marquantes dans le domaine de l'insolvabilité et de la restructuration d'entreprise au Canada, en ce qu'elle donne à la *LACC* une importance de premier plan et aussi en ce qu'elle confirme l'importante discrétion judiciaire accordée aux juges chargés de la supervision d'une restructuration sous l'empire de la *LACC*. Le paragraphe introductif de l'opinion de la juge Marie Deschamps donne d'ailleurs le ton:

"[1] C'est la première fois que la Cour est appelée à interpréter directement les dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 («*LACC*»). A cet égard, deux questions sont soulevées. La première requiert la conciliation d'une disposition de la *LACC* et d'une disposition de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 («*LTA*»), qui, selon des juridictions inférieures, sont en conflit l'une avec l'autre. La deuxième concerne la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui surveille une réorganisation. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Pour ce qui est de la première question, après avoir examiné l'évolution des priorités de la Couronne en matière d'insolvabilité et le libellé des diverses lois qui établissent ces priorités, j'arrive à la conclusion que c'est la *LACC*, et non la *LTA*, qui énonce la règle applicable. Pour ce qui est de la seconde question, je conclus qu'il faut interpréter les larges pouvoirs discrétionnaires conférés au juge en tenant compte de la nature réparatrice de la *LACC* et de la législation sur l'insolvabilité en général. Par conséquent, le tribunal avait le pouvoir discrétionnaire de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 («*LFI*»). Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

[149] La question soulevée dans cette affaire se rapproche sensiblement de notre instance. Il s'agissait en effet de déterminer si la fiducie réputée en faveur de la Couronne relativement à des sommes perçues au titre de la TPS mais non versées au fisc était opposable à une Débitrice bénéficiant de la protection de la *LACC*. Voici le résumé des faits pertinents:

[3] Parmi les dettes de LeRoy Trucking figurait une somme perçue par celle-ci au titre de la taxe sur les produits et services («*TPS*») mais non versée à la Couronne. La *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée visant les sommes perçues au titre de la TPS. Cette fiducie réputée s'applique à tout bien ou toute recette détenue par la personne qui perçoit la TPS et à tout bien de cette personne détenu par un créancier garanti, et le produit découlant de ces biens doit être payé à la Couronne par priorité sur tout droit en garantie. Aux termes de la *LTA*, la fiducie réputée s'applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *LFI*. Cependant, la *LACC* prévoit également que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, ne s'appliquent pas sous son régime les fiducies réputées qui existent en faveur de la Couronne. Par conséquent, pour ce qui est de la TPS, la Couronne est un créancier non garanti dans le cadre de cette loi. Néanmoins, à l'époque où LeRoy Trucking a débuté ses procédures en vertu de la *LACC*, la jurisprudence dominante indiquait que la *LTA* l'emportait sur la *LACC*, la Couronne jouissant ainsi d'un droit prioritaire à l'égard des créances relatives à la TPS

dans le cadre de la *LACC*, malgré le fait qu'elle aurait perdu cette priorité en vertu de la *LFI*. La *LACC* a fait l'objet de modifications substantielles en 2005, et certaines des dispositions en cause dans le présent pourvoi ont alors été renumérotées et reformulées (L.C. 2005, ch. 47). Mais ces modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009. Je ne me reporterai aux dispositions modifiées que lorsqu'il sera utile de le faire.

[4] Le 29 avril 2008, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans le contexte des procédures intentées en vertu de la *LACC*, a approuvé le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars, soit le produit de la vente d'éléments d'actif excédentaires. LeRoy Trucking a proposé de retenir un montant égal aux sommes perçues au titre de la TPS mais non versées à la Couronne et de le déposer dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Afin de maintenir le statu quo, en raison du succès incertain de la réorganisation, le juge en chef Brenner a accepté la proposition et ordonné qu'une somme de 305 202,30 \$ soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie.

[150] Le litige entre *Century Services* et la Couronne naîtra donc de cette mise à l'écart d'un montant de 305 202,30\$. Une fois qu'il est devenu clair que la restructuration ne pourrait se réaliser, LeRoy Trucking a voulu faire cession de ses biens sous l'empire de la *LFI*. Ce faisant, la Couronne perdait donc tout droit prioritaire sur la somme précitée.

[151] La jurisprudence antérieure établissait alors que la fiducie présumée de la *LTA* avait préséance sur les créanciers garantis dans le cadre de la *LACC*. C'est la position que l'on retrouvait notamment dans l'affaire *Ottawa Senators Hockey Club* 2005, CanLii 21 (ONCA).

[152] L'article 18.3(1) *LACC*, alors en vigueur, était au centre du débat. Cet article est maintenant remplacé par l'article 37 *LACC* depuis les amendements de 2009. L'article 37 se lit comme suit:

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie Débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.

Exceptions

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4)

du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé «disposition fédérale» au présent paragraphe) ou à l'égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, si, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) cette province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier de la compagnie et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

[153] La juge Deschamps examinera d'abord la place de la LACC dans le contexte de l'insolvabilité commerciale au Canada. Elle décrit les deux principales lois canadiennes en la matière (*LFI* et *LACC*) ainsi qu'il suit:

[13] Le droit canadien en matière d'insolvabilité commerciale n'est pas codifié dans une seule loi exhaustive. En effet, le législateur a plutôt adopté plusieurs lois sur l'insolvabilité, la principale étant la *LFI*. Cette dernière établit un régime juridique autonome qui concerne à la fois la réorganisation et la liquidation. Bien qu'il existe depuis longtemps des mesures législatives relatives à la faillite, la *LFI* elle-même est une loi assez récente — elle a été adoptée en 1992. Ses procédures se caractérisent par une approche fondée sur des règles préétablies. Les débiteurs insolvable — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI*. Celle-ci comporte des mécanismes permettant au débiteur de présenter à ses créanciers une proposition de rajustement des dettes. Si la proposition est rejetée, la *LFI* établit la démarche aboutissant à la faillite : les biens du débiteur sont liquidés et le produit de cette

liquidation est versé aux créanciers conformément à la répartition prévue par la loi.

[14] La possibilité de recourir à la *LACC* est plus restreinte. Le débiteur doit être une compagnie dont les dettes dépassent cinq millions de dollars. Contrairement à la *LFI*, la *LACC* ne contient aucune disposition relative à la liquidation de l'actif d'un débiteur en cas d'échec de la réorganisation. Une procédure engagée sous le régime de la *LACC* peut se terminer de trois façons différentes. Le scénario idéal survient dans les cas où la suspension des recours donne au débiteur un répit lui permettant de rétablir sa solvabilité et où le processus régi par la *LACC* prend fin sans qu'une réorganisation soit nécessaire. Le deuxième scénario le plus souhaitable est le cas où la transaction ou l'arrangement proposé par le débiteur est accepté par ses créanciers et où la compagnie réorganisée poursuit ses activités au terme de la procédure engagée en vertu de la *LACC*. Enfin, dans le dernier scénario, la transaction ou l'arrangement échoue et la compagnie ou ses créanciers cherchent habituellement à obtenir la liquidation des biens en vertu des dispositions applicables de la *LFI* ou la mise sous séquestre du débiteur. Comme nous le verrons, la principale différence entre les régimes de réorganisation prévus par la *LFI* et la *LACC* est que le second établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes.

[154] Suit alors une longue analyse de l'évolution de la *LACC* au cours des années. Elle conclut ainsi:

[23] Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. De plus, l'une des caractéristiques importantes de la réforme dont ces deux lois ont fait l'objet depuis 1992 est la réduction des priorités de la Couronne (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73 et 125; L.C. 2000, ch. 30, art. 148; L.C. 2005, ch. 47, art. 69 et 131; L.C. 2009, ch. 33, art. 25; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49 (CanLII), 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, 1979 CanLII 2 (CSC), [1980] 1 R.C.S. 35; *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*).

[24] Comme les régimes de restructuration parallèles de la *LACC* et de la *LFI* constituent désormais une caractéristique reconnue dans le domaine du droit de l'insolvabilité, le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser, dans la mesure du possible, les aspects communs aux deux régimes et à

privilégier la réorganisation plutôt que la liquidation (voir la Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence, L.C. 2005, ch. 47; Gauntlet Energy Corp., Re, 2003 ABQB 894 (CanLII), 2003 ABQB 894, 30 Alta L.R. (4th) 192, par. 19).

(soulignements ajoutés)

[155] Arborant la question de la fiducie réputée touchant la TPS, par rapport à la LACC, la juge Deschamps écrira:

[44] En examinant la question dans tout son contexte, je suis amenée à conclure, pour plusieurs raisons, que ni le raisonnement ni le résultat de l'arrêt Ottawa Senators ne peuvent être adoptés. Bien qu'il puisse exister un conflit entre le libellé des textes de loi, une analyse téléologique et contextuelle visant à déterminer la véritable intention du législateur conduit à la conclusion que ce dernier ne saurait avoir eu l'intention de redonner la priorité, dans le cadre de la LACC, à la fiducie réputée de la Couronne à l'égard de ses créances relatives à la TPS quand il a apporté à la LTA, en 2000, la modification découlant de l'arrêt Sparrow Electric.

[45] Je rappelle d'abord que le législateur a manifesté sa volonté de mettre un terme à la priorité accordée aux créances de la Couronne dans le cadre du droit de l'insolvabilité. Selon le par. 18.3(1) de la LACC (sous réserve des exceptions prévues au par. 18.3(2)), les fiducies réputées de la Couronne n'ont aucun effet sous le régime de cette loi. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. Par exemple, le par. 18.3(2) de la LACC et le par. 67(3) de la LFI énoncent expressément que les fiducies réputées visant les retenues à la source continuent de produire leurs effets en cas d'insolvabilité. Le législateur a donc clairement établi des exceptions à la règle générale selon laquelle les fiducies réputées n'ont plus d'effet dans un contexte d'insolvabilité. La LACC et la LFI sont en harmonie : elles préservent les fiducies réputées et établissent la priorité de la Couronne seulement à l'égard des retenues à la source. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la LACC ou de la LFI. Alors que les retenues à la source font l'objet de dispositions explicites dans ces deux lois concernant l'insolvabilité, celles-ci ne comportent pas de dispositions claires et expresses analogues établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

[46] La logique interne de la *LACC* va également à l'encontre du maintien de la fiducie réputée établie dans la *LTA* à l'égard de la TPS. En effet, la *LACC* impose certaines limites à la suspension par les tribunaux des droits de la Couronne à l'égard des retenues à la source, mais elle ne fait pas mention de la *LTA* (art. 11.4). Comme les fiducies réputées visant les retenues à la source sont explicitement protégées par la *LACC*, il serait incohérent d'accorder une meilleure protection à la fiducie réputée établie par la *LTA* en l'absence de dispositions explicites en ce sens dans la *LACC*. Par conséquent, il semble découler de la logique de la *LACC* que la fiducie réputée établie par la *LTA* est visée par la renonciation du législateur à sa priorité (art. 18.4).

(soulignements ajoutés)

[156] De son côté, le juge Fish sera encore plus clair sur la survie des fiducies présumées par rapport à la *LACC*. Il écrit:

[95] Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité. Il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il ne nous appartient pas de nous interroger sur les raisons de ce choix. Nous devons plutôt considérer la décision du législateur de maintenir en vigueur les dispositions en question comme un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer, pouvoir qui est exclusivement le sien. Avec égards, je rejette le point de vue suivant lequel nous devrions plutôt qualifier l'apparente contradiction entre le par. 18.3(1) (maintenant le par. 37(1)) de la *LACC* et l'art. 222 de la *LTA* d'anomalie rédactionnelle ou de lacune législative susceptible d'être corrigée par un tribunal.

[96] Dans le contexte du régime canadien d'insolvabilité, on conclut à l'existence d'une fiducie réputée uniquement lorsque deux éléments complémentaires sont réunis : en premier lieu, une disposition législative qui crée la fiducie et, en second lieu, une disposition de la *LACC* ou de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* ») qui confirme l'existence de la fiducie ou la maintient explicitement en vigueur.

(soulignements ajoutés)

[157] Aucune disposition de la *LACC* maintenant en vigueur la fiducie présumée de l'article 49 *LRCR*, force est de conclure que telle fiducie présumée est inopposable à White Birch. Il conclut plus loin:

[108] En résumé, le législateur a imposé *deux* conditions explicites — ou « composantes de base » — devant être réunies pour que

survivent, sous le régime de la LACC, les fiducies réputées qui ont été établies par la LIR, le RPC et la LAE. S'il avait voulu préserver de la même façon, sous le régime de la LACC, les fiducies réputées qui sont établies par la LTA, il aurait inséré dans la LACC le type de disposition confirmatoire qui maintient explicitement en vigueur d'autres fiducies réputées.

(soulignements ajoutés)

[158] A la lumière de ces enseignements, et avec beaucoup d'égards pour l'opinion contraire, le soussigné est d'avis que la fiducie présumée de l'article 49 LRCR ne peut produire d'effets une fois que le Tribunal accepte d'accorder à une Débitrice la protection de la LACC. Pour qu'une telle fiducie présumée survive, il aurait fallu que la LACC, en son article 37, la mentionne expressément et reconnaisse sa survie. Ce n'est pas le cas.

[159] Cette conclusion ne suffit pas pour rejeter la position des Requérants de façon complète et définitive. Il est opportun maintenant de voir si, dans la foulée des conclusions de l'affaire *Indalex* qui sera analysée dans quelques semaines par la Cour suprême, la fiducie légale de l'article 49 LRCR constitue une fiducie réelle susceptible de produire les effets qu'allèguent les Requérants, même en l'absence de l'enseignement de la Cour suprême dans *Century Services*.

2. La fiducie réputée de l'article 49 LRCR est-elle une fiducie au sens du droit québécois?

a. Qu'est-ce qu'une fiducie au sens du *Code civil du Québec*?

[160] L'article 1260 C.c.Q. retient la définition suivante en ce qui a trait à la fiducie :

1260. La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

[161] Il y a donc trois éléments essentiels à la constitution d'une fiducie:

- a) le constituant (ici, la Débitrice White Birch) doit irrévocablement transférer (c'est-à-dire sortir ou isoler) de son patrimoine, un bien;
- b) ce bien doit être destiné à un autre patrimoine que celui du constituant (c'est le patrimoine d'affectation) et affecté à une fin particulière;

- c) le fiduciaire doit alors accepter de détenir et d'administrer le patrimoine d'affectation à une fin particulière que le constituant a déjà déterminée.

[162] Dans *Banque de Nouvelle Écosse c. Thibault* [2004] 1 RCS 758, la Cour suprême a précisé les conditions essentielles à la création d'une fiducie au sens du *Code civil du Québec*. Il s'agissait de déterminer si un régime enregistré d'épargne retraite avec stipulation d'insaisissabilité créait une véritable fiducie opposable aux créanciers du constituant.

[163] La juge Deschamps:

9. En règle générale, tous les biens du patrimoine d'une personne sont le gage commun de ses créanciers (art. 2644 C.c.Q.). L'insaisissabilité est une exception qui découle de la loi (art. 2645, al. 1 C.c.Q.). Le paragraphe 12 de l'art. 553 C.p.c. énonce que les choses déclarées comme telles par quelque disposition de la loi sont insaisissables. En conséquence, la stipulation d'insaisissabilité paraissant à la clause 21 du Régime ne peut avoir d'effet qu'à l'égard de la Fiducie (art. 2645, al. 2 C.c.Q.). Cette clause énonce d'ailleurs expressément que le Régime est assujetti au *Code civil du Québec* et les deux arguments soulevés, la rente et la fiducie, sont régis par ce code.

[164] Pour que le REER de Thibault puisse constituer une rente ou une fiducie, il faut que le transfert des biens du constituant à un patrimoine d'affectation soit irrévocable. Or, tant et aussi longtemps que les biens objet du patrimoine d'affectation demeurent accessibles au constituant, il ne saurait être question d'une fiducie.⁴⁶

[165] Dans cette affaire, Thibault avait toujours le droit d'effectuer des retraits de son REER. Il n'y avait donc pas de véritable transfert à un autre patrimoine. Les sommes déposées dans le REER demeuraient toujours dans le patrimoine de Thibault.

[166] Tant et aussi longtemps que Thibault peut avoir accès au bien transféré dans un REER, il ne saurait non plus être question d'une affectation à une fin particulière.⁴⁷

[167] Il n'y a pas non plus véritable acceptation par un fiduciaire du patrimoine d'affectation⁴⁸ car c'est Thibault qui conserve le plein contrôle des décisions relatives à l'investissement des sommes déposées au REER.

⁴⁶ Paragraphe 32.

⁴⁷ Paragraphes 35 et 36.

⁴⁸ Paragraphe 37.

[168] La juge Deschamps aura cette conclusion plutôt lapidaire:

[38] En somme, aux termes du régime, les droits et responsabilités du fiduciaire et du propriétaire-rentier sont inversés par rapport à ceux prévus au Code civil du Québec pour le fiduciaire et le constituant. Le détenteur de l'actif du Régime n'a de fiduciaire que le nom.

[169] La comparaison avec la situation qui nous occupe est flagrante: ici, White Birch ne se départit de rien. Elle garde l'entier contrôle sur les biens censés faire partie d'une fiducie et ne crée aucun patrimoine d'affectation.

[170] L'auteur Jacques Beaulne précise, dans son ouvrage *Droit des fiducies*, qu'il n'existe qu'une seule sorte de fiducie en droit civil québécois :

" Voilà pourquoi on peut dire que le Code civil du Québec consacre une seule fiducie, qui comporte différentes espèces, lesquelles peuvent, à leur tour, être établies suivant des modes divers; mais toutes sont identiques quant à leurs éléments constitutifs. "⁴⁹

[171] Il faut donc analyser la question sur la base des critères émis par la Cour suprême du Canada dans *Thibault* concernant la constitution d'une fiducie au Québec, soit «le transfert de biens du patrimoine d'une personne à un patrimoine d'affectation, l'affectation des biens à une fin particulière et l'acceptation par un fiduciaire⁵⁰ ». Voyons ces éléments en détail.

i) Transfert de biens du patrimoine d'une personne à un patrimoine d'affectation

[172] Premièrement, il importe de qualifier ce que le législateur entend par «bien». Un bien peut constituer un droit réel ou même un droit personnel⁵¹. Tel que l'a souligné la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille – 093071*⁵², une créance peut même être transférée au patrimoine d'affectation aux fins de constituer une fiducie puisqu'il s'agit d'un droit personnel⁵³.

[173] Deuxièmement, en ce qui a trait à la notion de transfert, il est essentiel que le constituant se dessaisisse des biens transférés. Il ne doit plus en être le propriétaire ni avoir le loisir de pouvoir révoquer le transfert de biens comme bon

⁴⁹ Jacques BEAULNE, préc., note 3, par. 146, p. 129.

⁵⁰ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, par. 31.: Valérie BOUCHER, «Constitution de la fiducie», dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Biens et publicité des droits*, fasc. 20, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 23, à jour au 1^{er} août 2010.

⁵¹ Valérie BOUCHER, préc., note 23, par. 24.

⁵² 2009 QCCA 2460, par. 84. Voir également *Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805, par. 29.

⁵³ *Montgrain c. Banque Nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, par. 40.

lui semble⁵⁴. L'effet juridique du transfert doit donc être complet. L'auteur Jean-Paul Albert précise ce qui suit à ce sujet:

"Il faut distinguer ici le transfert physique des fonds de leur transfert juridique. Ce dernier suffit. L'acte constitutif peut énoncer la règle de transfert. La translation des fonds d'un compte bancaire à l'autre ne sera ensuite que la mise en application du transfert décrété par l'acte constitutif."⁵⁵

[174] Ainsi, il y aura incompatibilité en droit québécois entre la notion de fiducie sans séparation du bien des autres actifs de la Débitrice (tel que le suggère l'article 49 LRQR) et la notion de fiducie du Code civil.

[175] Troisièmement, il doit y avoir constitution d'un patrimoine d'affectation en concomitance avec le transfert du bien. Ce dernier ne doit donc pas être transféré à un patrimoine existant déjà, puisqu'il ne s'agirait que d'une augmentation de patrimoine⁵⁶.

ii) L'affectation des biens à une fin particulière

[176] Une fiducie ne peut exister sans qu'elle n'ait une fin à poursuivre, tel que nous l'indique Me Boucher:

" La fiducie peut être constituée au bénéfice de personnes déterminées ou déterminables, ou encore dans un but précis, qui doit bien sûr être permis par la loi. Il reviendra au fiduciaire, tout au cours de l'existence de la fiducie, de prendre toute mesure propre à assurer l'affectation du patrimoine fiduciaire."⁵⁷

[177] Ainsi, nous retrouvons aux articles 1266 C.c.Q. et suivants la description des divers types de fiducie (personnelle, d'utilité privée et d'utilité sociale) ainsi que les buts que chacune d'elle doit poursuivre.

iii) Acceptation par le fiduciaire de l'obligation de détenir et d'administrer le bien

[178] Il s'agit d'une condition essentielle à la constitution de la fiducie. En effet, l'article 1264 C.c.Q. prévoit que « La fiducie est constituée dès l'acceptation du fiduciaire ou, s'ils sont plusieurs, de l'un d'eux. [...] »⁵⁸. Comme le précise Me Valérie Boucher, il s'agit de l'élément clé:

⁵⁴ Valérie BOUCHER, préc., note 23, par. 26.

⁵⁵ Jean-Paul ALBERT, *Guide sur les régimes de retraite et les avantages sociaux au Québec*, 3^e éd., Brossard, Publications CCH, 2011, p. 330.

⁵⁶ Valérie BOUCHER, préc., note 23, par. 28-29.

⁵⁷ Id., par. 30.

⁵⁸ C.c.Q., art. 1264.

" Dès l'acceptation de la fiducie, le constituant est dessaisi des biens, le fiduciaire est chargé de veiller à l'affectation et à l'administration du patrimoine constitué et le droit du bénéficiaire de la fiducie devient certain. C'est donc la réalisation de ce troisième et dernier élément constitutif qui vient compléter et donner effet aux deux autres. C'est à ce moment que la fiducie devient irrévocable. "

⁵⁹

[Nos soulignements]

[179] Il importe de souligner que le *Code civil du Québec* n'exige aucune forme précise d'acceptation de la charge par le fiduciaire⁶⁰.

[180] Toutefois, bien que cette acceptation soit essentielle, le Tribunal peut intervenir pour nommer un fiduciaire, tel que le prévoit l'article 1277 C.c.Q. dans les cas où aucun fiduciaire ne serait nommé :

1277. Le tribunal peut, à la demande d'un intéressé et après un avis donné aux personnes qu'il indique, désigner un fiduciaire lorsque le constituant a omis de le désigner ou qu'il est impossible de pourvoir à la désignation ou au remplacement d'un fiduciaire.

Il peut, lorsque les conditions de l'administration l'exigent, désigner un ou plusieurs autres fiduciaires.

[181] La naissance de la fiducie sera donc concomitante avec le moment où le fiduciaire acceptera la charge.

b) Qu'en est-il de l'article 49 LRCR?

[182] Pour répondre à cette question, voyons, dans un premier temps, les deux dispositions suivantes de la *LRCR*, qui portent non pas sur les cotisations mais sur la caisse de retraite elle-même:

6. Un régime de retraite est un contrat en vertu duquel le participant bénéficie d'une prestation de retraite dans des conditions et à compter d'un âge donné, dont le financement est assuré par des cotisations à la charge soit de l'employeur seul, soit de l'employeur et du participant.

À moins qu'il ne soit garanti, tout régime de retraite doit avoir une caisse de retraite où sont notamment versés les cotisations ainsi que les revenus qui en résultent. Cette caisse constitue un patrimoine fiduciaire affecté principalement au versement des

⁵⁹ Valérie BOUCHER, préc., note 23, par. 36.

⁶⁰ *Id.*, par. 37.

remboursements et prestations auxquels ont droit les participants et bénéficiaires.

[183] En opposition, revoyons l'article 49 *LR*CR:

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.

[Nos soulignements]

[184] Après une lecture attentive de ces articles, on constate aisément que l'article 6 *LR*CR crée une fiducie légale réelle⁶¹. L'auteur Jean-Paul Albert s'est prononcé à ce propos :

" Un régime complémentaire de retraite est donc une fiducie d'utilité privée à vocation commerciale, établie par la loi et constituée par contrat, sous le contrôle de fiduciaires qui détiennent et administrent le patrimoine fiduciaire en vue de procurer un avantage à des personnes déterminées ou déterminables. Si la naissance d'un régime complémentaire de retraite coïncide avec la date d'effet du contrat qui le constitue, la coupure du cordon ombilical ne survient qu'une fois l'acceptation de leur charge par au moins les trois membres du comité de retraite prévus par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, l'accomplissement du transfert initial de biens à la caisse de retraite et l'adhésion d'un premier participant. "

[185] Qu'en est-il toutefois de la fiducie réputée de l'article 49 *LR*CR? Cette fiducie réputée constitue-t-elle une fiducie réelle permettant d'exclure ces montants du patrimoine de l'employeur?

[186] L'auteure Jacqueline Beaulieu suggère pour sa part que l'article 49 *LR*CR a «pour objet d'exclure du patrimoine de l'employeur les cotisations patronales, salariales ou volontaires qui n'ont pas été versées à la caisse de retraite ou à l'assureur selon le cas. L'article 49 vise à mettre les cotisations et les intérêts accumulés non versés à l'abri des créanciers de l'employeur, que ce dernier les ait ou non gardés séparément de ses biens.⁶²».

[187] Examinons maintenant le premier critère de la constitution d'une fiducie. Étant des créances, les montants des cotisations accumulées rencontrent la première étape puisqu'ils constituent le « bien ».

⁶¹ Jacques BEAULNE, préc., note 3, par. 136, p. 116-119; Jean-Paul ALBERT, préc., note 28, p. 332.

⁶² Jacqueline BEAULIEU et al., *Loi sur les régimes complémentaires de retraite : annotations et commentaires*, Québec, Régie des rentes du Québec, 1998, p. 49-3.

[188] Le second aspect est cependant problématique. Les sommes dues sont homogènes avec les autres argents de la compagnie. Il n'y pas de compte séparé ni de moyen de retracer précisément sur quel argent porte la fiducie réputée. L'employeur a toujours le « pouvoir » sur ces sommes. Le transfert vers un autre patrimoine n'est donc pas complet.

[189] En conséquence, la fiducie présumée de la *LRCR* ne peut donc pas produire d'effet dans le présent contexte, les sommes dues demeurant dans le patrimoine de l'employeur. Comme le mentionnait d'ailleurs le professeur Beaulne, «pas de constitution de patrimoine, pas de fiducie [...] !⁶³». Évidemment, s'il n'y pas de transfert, il ne pourrait y avoir constitution d'un patrimoine d'affectation en concomitance avec le transfert du bien.

[190] En ce qui a trait au second critère, soit l'affectation à une fin particulière, il s'agit sensiblement de la même fin que celle prévue à l'article 6 *LRCR*, soit l'objectif de pourvoir à une retraite.

[191] Quant au dernier critère, c'est-à-dire l'acceptation de la charge par le fiduciaire, le législateur a prévu à l'article 49 *LRCR* que « les cotisations et les intérêts accumulés sont réputés détenus en fiducie par l'employeur. » Ainsi, il y a donc une présomption quant à la détention de ces biens par l'employeur. Cependant, le législateur n'a inscrit aucune précision quant à l'administration des biens. Ainsi, malgré l'article 2847 C.c.Q. qui précise que la présomption légale concernant des faits réputés est absolue et qu'aucune preuve ne peut lui être opposée, le dernier critère ne peut alors n'être rencontré qu'en partie.

[192] Enfin, en 2009, la juge Mayrand de la Cour supérieure en est d'ailleurs arrivée à la conclusion que l'article 49 *LRCR* ne créait pas de véritable fiducie :

" [34] Avec égards, que ce soit en vertu de la LACC ou de l'article 49 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite (LRCR)*, les créances en cause sont des créances ordinaires, que le législateur n'a pas choisi de protéger dans le contexte de la présente restructuration. Le libellé de l'article 49 LRCR n'est pas suffisant en soi pour conclure à l'établissement d'une véritable fiducie devant avoir priorité sur les autres créanciers. " ⁶⁴

(soulignements ajoutés)

[193] En conséquence des arguments mentionnés ci-dessus, la fiducie de l'article 49 *LRCR* ne peut constituer une fiducie réelle au sens du droit québécois.

⁶³ Jacques BEAULNE, préc., note 3, par. 151, p. 135.

⁶⁴ *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 2028, par. 34.

3. L'employeur a-t-il une obligation fiduciaire envers le régime de retraite ou la caisse de retraite?

[194] Avant d'entreprendre l'analyse de cet aspect de l'arrêt *Indalex*, il est opportun de spécifier que la *LRCR* est une loi d'ordre public qui a pour objet d'établir des normes minimales et impératives pour tout ce qui se rapporte à la création, la gestion, la modification et la terminaison d'un régime de retraite⁶⁵.

[195] L'article 150 *LRCR* prévoit que le rôle de fiduciaire appartient au comité de retraite⁶⁶. L'auteur Jean-Paul Albert décrit ainsi le rôle de ce dernier :

" Le comité de retraite est celui qui administre le régime et qui gère la caisse de retraite. Le comité de retraite jouera même un rôle une fois la fiducie éteinte : c'est lui qui procédera à la disposition finale des biens.

Le comité de retraite a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire que constitue la caisse de retraite. Toute intrusion de l'employeur ou du syndicat ou d'un autre tiers dans les affaires qui relèvent exclusivement du comité de retraite est passible de sanction et de répression par un tribunal. Un comité de retraite devrait toujours exercer sa juridiction dans le meilleur intérêt du régime et des participants et bénéficiaires, sans s'assujettir à l'employeur ni au syndicat, le cas échéant. "⁶⁷

(soulignements ajoutés)

[196] Néanmoins, l'article 149 *LRCR* prévoit que tout régime de retraite en vigueur pour lequel il n'a pas été pourvu à la formation d'un comité de retraite est administré par l'employeur jusqu'à ce qu'il soit enregistré. L'employeur, pour l'exercice de cette fonction, possède les pouvoirs, assume les obligations et encourt la responsabilité d'un comité de retraite.

[197] Dès l'enregistrement du régime de retraite, celui-ci doit donc être administré par un comité de retraite composé d'au moins trois membres selon l'article 147 *LRCR*⁶⁸:

⁶⁵ *Synertech Moulded Products, Division of Old Castle Building c. Tribunal administratif du Québec*, 2011 QCCS 4770, par. 70; *Montréal (Ville de) c. Vigneault*, 2006 QCCA 336, par. 20.

⁶⁶ L'article 150 de la *LRCR* se lit ainsi : « Sauf dans le cas d'un régime de retraite garanti, le comité de retraite agit à titre de fiduciaire. ».

⁶⁷ Jean-Paul ALBERT, préc., note 28, p. 338.

147. Tout régime de retraite doit, à compter de son enregistrement, être administré par un comité de retraite composé au moins d'un membre qui, désigné dans les conditions et délais prévus au régime, n'est ni partie au régime ni un tiers à qui l'article 176 interdit de consentir un prêt, et des membres suivants:

1° un membre désigné par les participants actifs lors de l'assemblée tenue en application de l'article 166 ou, à défaut de telle désignation, un participant désigné dans les conditions et délais prévus au régime;

2° un membre désigné par les participants non actifs et les bénéficiaires lors de cette assemblée ou, à défaut de telle désignation, un participant ou un bénéficiaire désigné dans les conditions et délais susmentionnés.

[198] L'employeur ne peut donc administrer à lui seul le régime⁶⁹. Il peut toutefois nommer des membres au comité de retraite, si tel est indiqué dans le régime⁷⁰. Cependant, la personne nommée se doit d'être détachée de tout lien avec la personne, l'organisme ou l'instance l'ayant nommé⁷¹. Le comité est une entité juridique distincte de l'employeur et du syndicat.⁷² De ce, il appartient au comité de retraite, et non à l'employeur⁷³, « [d']agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt des participants ou bénéficiaires⁷⁴ ». Le comité de retraite doit agir avec prudence, diligence et compétence telle une personne raisonnable⁷⁵.

[199] L'employeur a cependant un devoir de surveillance en tant que constituant:

" La fiducie est soumise à la surveillance du constituant et de ses bénéficiaires, même éventuels. Compte tenu de la maîtrise exclusive du fiduciaire sur l'administration de la fiducie, l'exercice de ce pouvoir de surveillance n'est pas compatible avec l'immixtion du constituant ou des bénéficiaires dans les décisions discrétionnaires du fiduciaire.

⁶⁹ *Syndicat des professeures et professeurs de l'Université de Sherbrooke et Université de Sherbrooke (grief collectif)*, [2007] R.J.D.T. 812, par. 18; *Syndicat des chauffeurs d'autobus du Réseau de transport de Longueuil (SCFP-3333) et Réseau de transport de Longueuil (RTL) (grief syndical)*, D.T.E. 2011T-583, par. 23 à 28.

⁷⁰ LRCR, art. 14; Jean-Paul ALBERT, préc., note 28, p. 340; Jacqueline BEAULIEU et al., préc., note 35, p. 147-4.

⁷¹ LRCR, art. 158; Jean-Paul ALBERT, préc., note 28, p. 351.

⁷² *Mondoux c. Lapierre*, [2005] R.J.Q. 2946, par. 75 (C.S.).

⁷³ *Shawinigan (Ville de) et Association des policiers-pompiers de Shawinigan Sud inc. (grief collectif)*, D.T.E. 2007T-716, par. 32-33.

⁷⁴ LRCR, art. 151.

⁷⁵ *Id.*

Dans un régime complémentaire de retraite, l'exercice de cette surveillance par le constituant et par les participants doit se faire surtout par la participation à cet exercice de reddition de comptes que constitue l'assemblée annuelle. "⁷⁶

[200] En effet, le comité de retraite doit, dans les six mois de la fin de chaque exercice financier du régime ou dans tout délai supplémentaire que peut accorder la Régie, convoquer par avis écrit chacun des participants et des bénéficiaires ainsi que l'employeur à une assemblée⁷⁷.

[201] En résumé, dès l'enregistrement du régime, l'employeur n'a plus d'obligation de fiduciaire envers le régime de retraite, sauf exceptions. Hydro-Québec en est une.⁷⁸ Une autre exception est l'article 1 du *Règlement sur la soustraction de certaines catégories de régimes de retraite à l'application de dispositions de la Loi sur les régimes complémentaires de retraite*⁷⁹ qui permet que le régime de retraite soit administré par l'employeur, malgré les articles 147, 147.1 et 166 de la *LRCR*, à la condition que les exigences de cet article soient rencontrées :

1. Tout régime de retraite comptant au plus 25 participants et bénéficiaires peut, s'il le prévoit et malgré les articles 147, 147.1 et 166 de la Loi sur les régimes complémentaires de retraite (L.R.Q., c. R-15.1), être administré par l'employeur partie au régime ou par un comité de retraite composé au moins des membres suivants:

- 1° un participant ou un bénéficiaire désigné dans les conditions et délais prévus au régime ou un membre désigné par la majorité des participants et des bénéficiaires lors de l'assemblée tenue annuellement en application de l'article 166 de cette Loi;
- 2° un membre qui, désigné dans les conditions et délais prévus au régime, n'est ni partie au régime ni un tiers à qui l'article 176 de cette Loi interdit de consentir un prêt.

⁷⁶ Jean-Paul ALBERT, préc., note 28, p. 338-339; C.c.Q., art. 1287.

⁷⁷ *LRCR*, art. 166.

⁷⁸ En effet, l'article 53 de la *Loi sur Hydro-Québec*, L.Q. 1983, c. 15, prévoit précisément qu'il appartient à l'employeur de tenir le rôle de fiduciaire du régime de retraite :

53. L'administration du régime de retraite de la Société est confiée à un comité désigné sous le nom de Comité de retraite d'Hydro-Québec.

La composition et les pouvoirs de ce comité sont déterminés par règlement.

Toutefois, seule la Société est chargée, à titre de fiduciaire, de la gestion de la caisse de retraite.

⁷⁹ (1990) 122 G.O. II, 3261 [c. R-15.1, r. 7].

Le texte de tout régime administré par un tel comité doit indiquer le nombre de membres que le comité doit comporter. Il doit aussi prévoir les conditions et délais applicables à la désignation ou au remplacement des membres du comité. Il peut également prévoir que les participants et les bénéficiaires peuvent, lors de l'assemblée visée au paragraphe 1 du premier alinéa, désigner à la majorité un membre additionnel qui se joint à ceux visés au premier alinéa. Le deuxième alinéa de l'article 147.1 de la Loi s'applique à ce membre.

Le texte de tout régime administré par l'employeur doit prévoir les conditions et délais applicables à la désignation ou au remplacement de celui-ci.

[202] Il est donc évident que ces dispositions ne s'appliquent pas en l'espèce. Il faut donc conclure que, contrairement au *PBA* ontarien, la *LRCR* n'impose pas à l'employeur White Birch une fonction d'administrateur ou de gestionnaire des régimes de retraite des employés syndiqués ou non-syndiqués requérants en l'instance et donc, il s'ensuit que White Birch ne peut être trouvé en violation d'une quelconque obligation fiduciaire de la nature d'un "constructive trustee" de *common law*.

c) La théorie de la charge flottante (*floating charge*) existe-t-elle en droit québécois?

[203] Les Requêteurs ont aussi plaidé que si l'article 49 *LRCR* ne pouvait constituer une fiducie réelle opposable au prêteur DIP, ce même article pouvait, néanmoins, constituer une sorte de charge flottante sur l'ensemble des actifs de la Débitrice. Cette charge flottante pourrait alors faire en sorte que les cotisations d'équilibre pourraient alors prendre rang après les super-priorités accordées dans l'ordonnance initiale et avant les autres créances, garanties ou non, détenues par les nombreux autres créanciers de White Birch. Plus spécifiquement, les cotisations d'équilibre prendraient alors rang avant les hypothèques légales de construction de certains créanciers.

[204] La théorie de la charge flottante peut se décrire ainsi⁸⁰ :

" Une charge flottante n'est pas une charge future; c'est une charge actuelle qui grève tous les biens de la société spécifiés dans l'acte qui la constitue. Par contre, il ne s'agit pas d'une charge spécifique; le titulaire ne peut soutenir qu'il possède un *mortgage* spécifique sur ces biens. Les biens sont grevés d'un *mortgage* de telle façon que le débiteur sur *mortgage* peut faire des opérations sur ces biens sans l'approbation du créancier sur *mortgage*. Une charge flottante n'est pas un *mortgage* spécifique sur les biens, assorti d'une

⁸⁰ Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.; Banque Toronto-Dominion c. M.R.N., [1996] 1 R.C.S. 963, par. 28.

autorisation consentie au débiteur sur mortgage de les aliéner dans le cours normal de ses affaires; c'est plutôt un mortgage général qui grève tout bien visé par la charge, mais qui n'affecte pas spécifiquement ces biens jusqu'à ce qu'un événement donné se produise ou jusqu'à ce que le créancier sur mortgage accomplisse un acte qui a pour effet de transformer cette charge en charge fixe. "

[205] Cependant, le ministre de la Justice, dans ses commentaires de l'article 2715 C.c.Q., a bien pris soin de préciser que le *floating charge* de la *common law* n'existe pas en droit québécois :

"[...] Enfin, les expressions *hypothèque ouverte* et *clôture* ont été retenues plutôt que *hypothèque flottante* et *crystallisation* afin d'éviter un rapprochement inapproprié avec le *floating charge* de *common law*; la doctrine québécoise reconnaît que la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* n'a pas eu l'effet d'introduire, en droit québécois, cette sûreté de *common law*." ⁸¹

[206] L'auteur Louis L'heureux se prononce également dans ce sens :

" D'autre part, le juge Pigeon élabora une règle qui fut, jusqu'aux dernières modifications de 1998, reprise constamment par le droit prétorien en contexte de fiducie réputée, c'est-à-dire celle des charges fixes et des charges flottantes. Mentionnons immédiatement que cette théorie n'est pas applicable dans un contexte de droit civil québécois, puisque celle-ci repose sur le dédoublement du droit de propriété qui s'opère dans les provinces de *common law* lorsqu'un créancier se voit accorder une garantie sur les biens d'un débiteur.

[...]

Le pivot de cette théorie est tout simplement antithétique avec les règles de base des sûretés du droit civil. En effet, l'hypothèque du *Code civil du Québec* ne confère aucun droit de propriété sur les biens qui en sont grevés. Cette théorie n'a par conséquent jamais restreint l'assiette de la fiducie réputée au Québec." ⁸²

[207] Par conséquent, nous en déduisons que la théorie de la charge flottante ne trouve aucune application en droit québécois et cet argument des Requérants doit donc être rejeté.

⁸¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1697-1698, article 2715.

⁸² Louis L'HEUREUX, préc., note 9, p. 16-17.

CONCLUSION SUR L'AFFAIRE INDALEX

[208] Il appert donc que les principaux principes juridiques découlant de l'arrêt *Indalex* ne peuvent recevoir application au Québec.

[209] L'analyse qui précède démontre que la fiducie réputée de la LRRCR ne produit pas d'effet car elle ne constitue pas une fiducie réelle. Trop de critères sont déficients pour conclure que la fiducie réputée de l'article 49 LRRCR constitue bel et bien une fiducie au sens du droit québécois. Par surcroît, la théorie de la charge flottante étant inexistante au Québec en raison de notre conception de ce que constitue une hypothèque élimine cet argument. Finalement, l'employeur n'ayant pas de devoir de fiduciaire du régime de retraite contrairement à certaines provinces de *common law*⁸³, force est de conclure que les principaux arguments des requérants doivent être rejetés.

[210] Deux décisions de la Cour supérieure de l'Ontario rendues par le juge G. Morawetz dans l'affaire *Timminco Limited (Re)*, une première en date du 2 février 2012 et l'autre en date du 9 février 2012⁸⁴ sont dignes de mention.

[211] Dans ces affaires, la question était de savoir si les charges "administrative" et "administrateurs et dirigeants" devaient avoir préséance sur les créances garanties d'investissement Québec ainsi que sur toutes autres charges, incluant "...any deemed trust created under the *Ontario Pension Benefit Act* (PBA) or the *Quebec Supplemental Pensions Plans Act* (QSPPA)...", ce qui avait pour effet d'entrer en conflit direct avec les conclusions de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Indalex*.

[212] Le juge Morawetz s'est démarqué de l'affaire *Indalex* et a refusé de considérer que les fiducies présumées du PBA ou de la LRRCR aient priorité sur les charges précitées. Notamment, la doctrine de préséance de la LACC sur les lois provinciales comme le PBA ou la LRRCR (doctrine of paramountcy) permet au juge Morawetz d'écrire ce qui suit:

[47] The Applicants argue that the CCAA overrides any conflicting requirements of the QSPPA and the BPA.

[48] Counsel submits that the general paramountcy of the CCAA over provincial legislation was confirmed in *ATB Financial v. Metcalf & Mansfield Alternative Investment II Corp.*, 2008 ONCA 587 (CanLII), (2008), 45 C.B.R. (5th) 163 (Ont. C.A.) at para. 104. In addition, in *Nortel Networks Corporation (Re)*, the Court of Appeal held that the doctrine of paramountcy applies either where a provincial and a federal statutory position are in conflict and cannot both be

⁸³ *Indalex Limited (Re)*, préc., note 2, par. 121.

⁸⁴ Ces deux décisions, la première étant portée en annexe à la seconde sont rapportées à 2012 ONSC 948. On retrouve aussi la première décision à 2012 ONSC 506.

complied with, or where complying with the provincial law will have the effect of frustrating the purpose of the federal law and therefore the intent of Parliament. See *Nortel Networks Corporation (Re)*, (2009), 59 C.B.R. (5th) 23 (Ont. C.A.).

[49] It has long been stated that the purpose of the CCAA is to facilitate the making of a compromise or arrangement between an insolvent debtor company and its creditors, with the purpose of allowing the business to continue. As the Court of Appeal for Ontario stated in *Stelco Inc., (Re)* 2005 CanLII 8671 (ON CA), (2005), 75 O.R. (3d) 5, at para. 36:

In the CCAA context, Parliament has provided a statutory framework to extend protection to a company while it holds its creditors at bay and attempts to negotiate a compromised plan of arrangement that will enable it to emerge and continue as a viable economic entity, thus benefiting society and the company in the long run, along with the company's creditors, shareholders, employees and other stakeholders. The s. 11 discretion is the engine that drives this broad and flexible statutory scheme...

[213] Le juge Morawetz se penche alors sur l'arrêt *Indalex* qu'il commente en ces termes:

[51] The Court of Appeal in *Indalex Ltd. (Re)* (2011), 75 C.B.R. (5th) 19 (Ont. C.A.) confirmed the CCAA court's ability to override conflicting provisions of provincial statutes where the application of the provincial legislation would frustrate the company's ability to restructure and avoid bankruptcy. The Court stated, *inter alia*, as follows (beginning at paragraph 176):

The CCAA court has the authority to grant a super-priority charge to DIP lenders in CCAA proceedings. I fully accept that the CCAA judge can make an order granting a super-priority charge that has the effect of overriding provincial legislation, including the PBA. ...

...

What of the contention that recognition of the deemed trust will cause DIP lenders to be unwilling to advance funds in CCAA proceedings? It is important to recognize that the conclusion I have reached does not mean that a finding of paramountcy will never be made. That determination must be made on a case by case basis. There may well be situations in which paramountcy is invoked and the record satisfies the CCAA judge that application of the provincial legislation would frustrate the company's ability to restructure and avoid bankruptcy.

[214] Appliquant ces constats juridiques à l'affaire qui lui est soumise, il conclut ainsi:

[62] On the facts before me, I am satisfied that the application of the QSPPA and the PBA would frustrate the Timminco Entities ability to restructure and avoid bankruptcy. Indeed, while the Timminco Entities continue to make Normal Cost Contributions to the pension plans, requiring them to pay what they owe in respect of special and amortization payments for those plans would deprive them of sufficient funds to continue operating, forcing them to cease operations to the detriment of their stakeholders, including their employees and pensioners.

[63] In my view, this is exactly the kind of result the CCAA is intended to avoid. Where the facts demonstrate that ordering a company to make special payments in accordance with provincial legislation would have the effect of forcing the company into bankruptcy, it seems to me that to make such an order would frustrate the rehabilitative purpose of the CCAA. In such circumstances, therefore, the doctrine of paramountcy is properly invoked, and an order suspending the requirement to make special payments is appropriate (see *ATB Financial* and *Nortel Networks Corporation (Re)*).

...

[66] In my view, in the absence of the court granting the requested super priority and protection, the objectives of the CCAA would be frustrated. It is not reasonable to expect that professionals will take the risk of not being paid for their services, and that directors and officers will remain if placed in a compromised position should the Timminco Entities continue CCAA proceedings without the requested protection. The outcome of the failure to provide these respective groups with the requested protection would, in my view, result in the overwhelming likelihood that the CCAA proceedings would come to an abrupt halt, followed, in all likelihood, by bankruptcy proceedings.

[215] Dans un second volet du dossier *Timminco*, le juge Morawetz rendra une seconde série de motifs portant cette fois sur l'opportunité d'accorder une super-priorité à un financement DIP (décision du 9 février 2012). Il commentera la démarche et les arguments du prêteur DIP en ces termes:

[46] It is unrealistic to expect that any commercially motivated DIP Lender will advance funds without receiving the priority that is being requested on this motion. It is also unrealistic to expect that any commercially motivated party would make advances to the Timminco Entities for the purpose of making special payments or other payments under the pension plans.

[47] The alternative proposed by CEP – of a DIP Charge without super priority – is not, in my view, realistic, nor is directing the

Monitor to investigate alternative financing without providing super priority. If there is going to be any opportunity for the Timminco Entities to put forth a restructuring plan, it seems to me that it is essential and necessary for the DIP Financing to be approved and the DIP Charge granted. The alternative is a failed CCAA process.

[48] This underscores the lack of other viable options that was fully considered in the first Timminco endorsement (*Timminco Limited (Re)* 2012 ONSC 506 (CanLII), 2012 ONSC 506). The situation has not changed. The reality, in my view, is that there is no real alternative. The position being put forth by CEP does not, in my view, satisfactorily present any viable alternative. In this respect, it seems to me that the challenge of the unions to the position being taken by the Timminco Entities is suspect, as the only alternative is a shutdown. It is impossible for me to reach any conclusion other than the fact that there simply is no other viable alternative.

[49] In the absence of the court granting the requested super priority, the objectives of the CCAA would be frustrated. It is neither reasonable nor realistic to expect a commercially motivated DIP lender to advance funds in a DIP facility without super priority. The outcome of a failure to grant super priority would, in all likelihood, result in the Timminco Entities having to cease operations, which would likely result in the CCAA proceedings coming to an abrupt halt, followed by bankruptcy proceedings. Such an outcome would be prejudicial to all stakeholders, including CEP and USW.

[216] Ces deux opinions démontrent jusqu'à quel point la LACC et les super-priorités qu'elle permet de mettre en place, sont cruciales au processus de restructuration. Il serait impensable, sur le plan pratique de fonctionner sans elles.

[217] Ainsi, même si le Tribunal avait conclu à l'existence d'une fiducie en faveur des divers régimes de retraite et créée par l'article 49 LRRCR, faisant en sorte que les cotisations d'équilibre suspendues depuis l'ordonnance initiale soient soustraites de l'actif de la Débitrice (ce qui n'est pas le cas), le Tribunal aurait alors invoqué les mêmes motifs que le juge Morawetz dans *Timminco* pour rejeter les arguments des Requéranants.

[218] Les conclusions du Tribunal rejetant, d'une part, l'application des principes de l'arrêt *Indalex* au Québec et rejetant, d'autre part, l'existence d'une quelconque fiducie opposable à la Débitrice et à ses créanciers découlant de l'article 49 LRRCR font en sorte que les cotisations d'équilibre dues par la Débitrice mais dont le paiement est suspendu par l'effet de l'ordonnance initiale, ne sont que des créances ordinaires ne bénéficiant d'aucune priorité particulière tant à l'égard des super-priorités émanant de la LACC que des autres créances garanties prenant rang après lesdites super-priorités.

[219] Cela suffit pour conclure au rejet des requêtes des Requérants et il n'est donc pas utile ou opportun d'examiner les autres arguments soulevés par les Intimés, sauf celui de l'opportunité de réviser les conclusions de l'ordonnance initiale et de permettre néanmoins la reprise des cotisations d'équilibre à compter du 1^{er} novembre 2011. Nous traiterons donc de ce dernier point dans le contexte de l'argument de "*Res Judicata*" ou, pour utiliser le langage de l'affaire *Indalex*, dans le contexte d'un "collateral attack upon previous orders rendered".

L'ARGUMENT DE "RES JUDICATA"

[220] Les Intimés allèguent que les jugements antérieurs de cette Cour dans le présent dossier ont force de chose jugée et, pour ce seul motif, ne doivent ni être changés ni altérés en ce qui a trait à l'obligation de la Débitrice de reprendre le paiement des cotisations d'équilibre à compter du 1^{er} novembre 2011.

[221] Il est vrai que l'ordonnance initiale comporte une "clause de retour" ou "comeback clause" qui permet au Tribunal de rajuster le tir si cette même ordonnance cause problème à une partie intéressée qui n'aurait pas été entendue lors de l'audition originale.

[222] On ne doit cependant pas perdre de vue que les ordonnances rendues en cours d'instance sont aussi des jugements sur la base desquels d'importantes décisions sont prises et, une fois rendues et tant qu'elles ne sont pas modifiées, ces ordonnances jouissent, sinon d'une autorité de la chose jugée totale et complète (étant révisables par le Tribunal qui les a rendues), à tout le moins de l'autorité de la chose décidée.

[223] Une des distinctions à faire entre l'autorité de la chose jugée et celle de la chose décidée semble être que l'une s'applique dans le cas où un jugement d'un tribunal n'est révisable que par une Cour d'appel tandis que l'autre peut être révisable par le même tribunal qui l'a prononcé. C'est le cas des jugements interlocutoires, des ordonnances de sauvegarde rendues en cours d'instance, des ordonnances de garde, accès et pension alimentaire en droit familial, des ordonnances de gestion, etc. Une ordonnance initiale peut donc être revue, corrigée ou adaptée aux circonstances, selon les intérêts des parties qui en demandent la révision, la correction ou l'adaptation, mais sans pour autant "changer la donne" ou les droits et obligations des autres parties qui ont pris des décisions majeures et importantes sur la base d'une ordonnance initiale antérieure.

[224] L'exemple parfait est celui où une Débitrice obtient une ordonnance initiale assortie d'un financement intérimaire qui est mis en place en fonction des termes et conditions de l'ordonnance. Il est évident que les conditions d'une telle ordonnance ne peuvent pas être modifiées à la légère et si elles le sont, les

modifications doivent prendre en compte les décisions déjà prises et sanctionnées par le Tribunal.

[225] Ici, le prêteur temporaire a convenu de prêter à la Débitrice White Birch plusieurs dizaines de millions de dollars pour maintenir l'entreprise en vie, alors que White Birch croulait sous les dettes (environ 900 millions\$). Sans ce prêt temporaire (DIP) White Birch aurait été incapable de continuer à fonctionner, les pertes d'emploi se seraient comptées par milliers, les créanciers se seraient livrés une guerre à ne plus finir, sans oublier que les régimes de retraite fortement affectés d'un déficit actuariel de solvabilité important auraient vu leurs créances (sous forme de cotisations d'équilibre) perdre toute chance de récupération substantielle.

[226] Au lieu de cela, l'ordonnance initiale et le financement DIP ont permis à l'entreprise de fonctionner à plein régime jusqu'au 9 décembre 2011 pour l'usine de Stadacona et sans interruption et jusqu'à ce jour, pour les deux autres usines, Papiers Masson et F.F. Soucy. Durant cette période, il n'y a pas eu de mises à pied (sauf la fermeture de Stadacona) et l'employeur White Birch a versé toutes les cotisations requises au titre des cotisations de services courants envers ces mêmes fonds de pension.

[227] Les demandes des Requérants sont de deux ordres. Dans un premier temps, ils demandent de modifier l'ordonnance initiale afin de faire en sorte que les cotisations d'équilibre de l'employeur prennent rang avant la super-priorité du prêteur DIP, en alléguant que la *LRCR* crée une fiducie présumée ayant pour effet de soustraire la valeur des cotisations d'équilibre des biens de la Débitrice.

[228] Dans un second temps, ils demandent une levée de la suspension du paiement des cotisations d'équilibre à compter du 1^{er} novembre, soit une somme de plus de 2 millions\$ par mois (ou 24 millions\$ par an).

[229] Dans les deux cas, une révision de l'ordonnance initiale affecterait sérieusement les droits du prêteur DIP eu égard au remboursement éventuel du financement temporaire.

[230] La jurisprudence semble assez constante lorsqu'il s'agit de prendre en compte les droits des parties intéressées qui ont pris de décisions en fonction des ordonnances déjà rendues par un tribunal sous l'empire de la *LACC*.

[231] En l'instance, le prêteur DIP n'aurait tout simplement pas accepté de financer les opérations de la Débitrice, n'eût été de l'octroi d'une super-priorité lui permettant de voir son prêt remboursé prioritairement à toute autre dette de l'entreprise.

[232] Dans *Re: Muscletech Research and Development Inc.* [2006] 19 C.B.R. (5th) 54⁸⁵, le juge Farley écrit ceci:

" As this order today is being requested without notice to persons who may be affected, I would stress that these persons are completely at liberty and encouraged to use the comeback clause found at paragraph 59 of the Initial Order. In that respect, notwithstanding any order having previously been given, the onus rests with the applicants (and the applicants alone) to justify *ab initio* the relief requested and previously granted. Comeback relief, however, cannot prejudicially affect the position of parties who have relied *bona fide* on the previous order in question. This endorsement is to be provided to the creditors and others receiving notice. "

[233] Deux principes se dégagent de ceci: premièrement, lorsqu'une ordonnance est rendue sans avoir donné avis à une personne qui en est affectée, cette dernière peut utiliser la clause de retour et la Débitrice a alors le fardeau de prouver la justesse des dispositions de l'ordonnance initiale.

[234] Or, ici, aucune des parties requérantes ne plaident que l'ordonnance initiale a été rendue à leur insu. Ce n'est certainement pas le cas pour le Syndicat (et pour les retraités syndiqués qui étaient à l'origine représentés par le Syndicat). Quant aux retraités non-syndiqués, il est vrai qu'ils n'ont pas reçu signification de la requête introductive d'instance au tout début du processus mais ils ont dû forcément en prendre connaissance très rapidement. En effet, toutes les procédures et toutes les ordonnances rendues dans ce dossier ont été affichées sur le site web du contrôleur et le fait que White Birch s'était mise sous la protection de la LACC a été largement publicisé. Qui plus est, ces requérants ont aussi pu constater que les cotisations d'équilibre n'étaient plus versées. Finalement, le très long délai entre la date de l'ordonnance initiale et leur requête actuelle résulte non pas de leur ignorance des faits et des conséquences de l'ordonnance mais plutôt de leur tentative de voir les principes de l'arrêt *Indalex* appliqués au Québec une fois que cette décision a été connue et publicisée dans le monde des régimes de retraite et des restructurations sous l'empire de la LACC.

[235] Chaque cas est un cas d'espèce. Le fardeau de la preuve peut être celui que le juge Farley énonce dans *Muscletech* lorsqu'on se situe au début d'un processus. Le principe n'est pas le même lorsque l'on veut faire modifier l'ordonnance initiale quelque 21 mois plus tard? Au contraire, le soussigné est d'avis que l'écoulement du temps et la nature des remèdes demandés font, ici, en sorte que les Requérants ont le fardeau de prouver l'ensemble des prétentions qu'ils invoquent.

⁸⁵ Voir aussi *Re: Pliant Corp. of Canada* [2006] O.J. No. 20.

[236] Le second principe qui s'infère de *Muscletech* fait en sorte qu'une éventuelle modification de l'ordonnance ne peut porter préjudice aux parties qui se sont fiées de bonne foi aux termes de l'ordonnance. Cela inclut le prêteur DIP. Ses ressources ont été bien accueillies par la Débitrice au bénéfice de tous, mais à certaines conditions. Il appartient donc aux Requérants de démontrer que l'on doit ré-ouvrir des prises de décision qui sont en place depuis plus de deux ans.

[237] Lorsqu'il s'agit de changer une décision en se basant sur un jugement subséquent qui vient en quelque sorte se démarquer substantiellement de l'état du droit antérieur, comme c'est le cas en l'espèce, il faut faire preuve d'une certaine déférence et le juge chargé d'intervenir doit exercer sa discrétion de manière à tenir compte des faits et du droit qui prévalaient au moment de la prise de décision et non au moment où on en demande la révision. Voir Re: *Taylor* [1998] 4 C.B.R. (4th) 139:

[10] I am unable to find any breach of equitable principles or any abuse of process in the making of my order. Nor does the need to do justice between the parties require that it be set aside. A change in the law subsequent to my decision does not establish that my decision was wrong at the time it was made. The judgment cannot be said to have caused injustice at that time and no circumstances existed which would have changed my decision had I been informed of them. The failure to advise the court of the fact that an appeal had been taken is not such a circumstance nor can fault be attributed to one party or the other. Both parties had an opportunity to advise the court of the Giffen appeal and, for whatever reason, chose not to disclose that fact. Whether or not I was told of the appeal, I was obliged to rely on the decision of the Court of Appeal. It expressed the legal principles binding on me at that time.

[11] The law is constantly changing. If orders are set aside by the court which makes them because of a change in the law, there would be no finality to litigation. Litigants could never be certain that matters before the court would be brought to a close. I decline to exercise the limited inherent jurisdiction of this court to set aside the order.

[238] Dans *Parc Industriel Laprade Inc. c. Conporec Inc.*, 2008 QCCA 2222, la juge France Thibault a confirmé la décision de notre collègue le juge Étienne Parent qui a refusé de modifier l'ordonnance initiale prononcée en faveur de la Débitrice *Conporec* malgré l'existence d'une clause de retour. Dans cette affaire, l'ordonnance initiale était datée du 8 août 2008 et fut renouvelée le 8 septembre 2008. Le 24 septembre 2008, Laprade demande à la Cour supérieure de modifier l'ordonnance renouvelée qui avait pour effet de grever un immeuble sur lequel Laprade avait des droits hypothécaires. La juge Thibault de la Cour d'appel (sur requête pour permission d'en appeler):

[10] D'abord, il m'apparaît que les règles élémentaires de transparence, qui favorisent la confiance des justiciables dans le système judiciaire, militaient ici en faveur de la signification de la requête pour modifier l'Ordonnance initiale à Laprade, un créancier garanti. Si la procédure suivie n'est pas illégale, elle est, pour le moins, inélégante. D'ailleurs, la loi 47 prévoit expressément la signification de telles requêtes.

[11] Ensuite, je m'en voudrais de ne pas souligner un certain laxisme de Laprade. Si elle avait produit une comparution au dossier comme l'Ordonnance initiale le prévoyait à son paragraphe [51], il y aurait eu économie des ressources judiciaires. Elle aurait alors pu faire valoir ses motifs d'opposition à la modification de l'Ordonnance initiale, en temps utile.

...

[17] En l'absence de quelque allégation pouvant affecter le bien-fondé de l'Ordonnance initiale modifiée, permettre l'appel aurait comme effet de mettre en péril le processus de redressement entrepris, à l'aveuglette, et en faveur d'une partie qui n'a pas agi avec diligence en négligeant de produire une comparution. En effet, en pareille matière, la confiance du prêteur est essentielle et il n'est pas souhaitable de remettre les jugements en cause sans raison valable.

[239] Modifier aujourd'hui l'Ordonnance initiale sur la base des principes d'*Indalex* est hors de question, vu les conclusions auxquelles nous arrivons sur l'application de ces principes en droit québécois. Quant à la modification de l'ordonnance sur la base de l'actuelle position financière de White Birch, le soussigné est d'avis qu'il n'y a pas lieu de le faire.

[240] Si on accepte la proposition des Requérants qui suggèrent de reprendre le paiement des cotisations d'équilibre à compter du 1^{er} novembre 2011, cela représenterait aujourd'hui un montant de plus de 12 millions\$ qui devrait être versé dans les divers régimes de retraite.

[241] Il est vrai que la preuve et les admissions des parties ont révélé une plus grande marge de manœuvre pour White Birch qui a pu augmenter ses liquidités au-delà de ses prévisions. Cela est dû notamment au fait que depuis la fermeture de Stadacona, l'usine a pu écouler des stocks d'inventaire sans avoir à effectuer des dépenses courantes reliées à la production (réductions d'achats de matières premières, consommation d'énergie réduite, etc.)

[242] De plus, certaines dépenses prévues mais non encourues au niveau des coûts de fermeture de la transaction de vente à BDWBI (environ 6.5 millions\$).

[243] Le contrôleur Rosenthal a cependant émis quelques réserves sur ces projections de liquidités en rappelant que White Birch devait toujours 88 millions\$ de DIP à ses prêteurs temporaires.

[244] Il n'est pas nécessaire ici de revoir et analyser tous les chiffres des projections de l'évolution de l'encaisse. Qu'il suffise de noter que l'encaisse s'est nettement améliorée, que les liquidités de White Birch pourraient, à la limite, permettre une reprise des cotisations d'équilibre sans mettre l'entreprise en péril et sans empêcher le remboursement du prêt DIP. Actuellement, il semble clair que White Birch n'est pas en "crise de liquidités", dans la mesure où elle fonctionne sous la protection de la LACC et qu'elle n'a pas l'obligation de rembourser ses dettes antérieures au 24 février 2010.

[245] La question qui se pose est plutôt de déterminer s'il est opportun de consacrer une partie de la marge de manœuvre au remboursement d'une dette antérieure au 24 février 2010 ne jouissant d'aucune priorité sur l'ensemble des autres dettes de White Birch.

[246] En effet, nous avons vu que les cotisations d'équilibre ne font l'objet d'aucune fiducie réelle opposable à la Débitrice ou aux créanciers de cette dernière. Nous avons aussi vu que l'article 49 *LRCR* ne créait aucune charge particulière de la nature d'une charge flottante grevant les actifs de la compagnie. Somme toute, les cotisations d'équilibre ne sont ni des créances garanties, privilégiées ou autrement prioritaires et il n'y a aucune justification de les traiter différemment des autres dettes pré-ordonnance initiale de White Birch.

[247] Agir autrement serait donner aux régimes de retraite un avantage indu sur les autres créanciers de White Birch dont les créances antérieures au 24 février 2010 sont gelées. Certaines de ces entreprises font les frais de la situation actuelle et le non-paiement de leurs créances affecte leur rentabilité, voire leur survie, et on peut même supposer que les salaires et autres avantages de leurs propres employés peuvent aussi être mis en péril.

[248] Aussi sympathique que la position des employés et des retraités de White Birch puisse être, lorsqu'ils voient leur régime de retraite aussi durement affecté par les circonstances actuelles, et aussi injuste que cela puisse être de voir leurs revenus de retraite ainsi réduits, le Tribunal ne croit pas que cela soit opportun de tenter de corriger ce problème en en créant ou en en aggravant un autre.

[249] Il est tout à fait normal que White Birch puisse voir une amélioration de ses liquidités dans un contexte où elle bénéficie d'une suspension de paiement de ses dettes antérieures, qu'elle réduit ses opérations, qu'elle réduit ses dépenses et qu'elle maximise ses rentrées d'argent en plus de bénéficier de nouvelles liquidités suite au financement temporaire du prêteur DIP. Si ce n'était pas le cas, il faudrait s'interroger sérieusement sur l'opportunité de poursuivre le

processus de restructuration. La *LACC* existe justement dans sa forme actuelle pour permettre une telle amélioration de la situation actuelle de l'entreprise. L'augmentation des liquidités servira de moteur à la reprise des activités économiques de White Birch après avoir permis qu'un plan de restructuration puisse être mis en place et que l'ensemble des créanciers de White Birch – y compris les employés, les retraités et les régimes de retraite requérants – puissent bénéficier autant que faire se peut à cette relance souhaitée par tous.

[250] Permettre aux régimes de retraite de jouir d'un avantage indu par rapport aux autres créanciers en leur permettant de voir leur réclamation traitée prioritairement alors qu'elle ne jouit d'aucune priorité serait donc inapproprié et carrément injuste.

[251] Les Requérants doivent aussi réaliser que la *LACC* est une loi d'exception qui donne des droits d'exception à la Débitrice et qui affecte négativement certains créanciers dans un but de relance et de jours meilleurs pour tous. L'alternative, au 24 février 2010, n'apparaissait pas meilleure. Il en aurait résulté, n'eût été de la *LACC* et du prêteur DIP, une probable faillite de toute l'entreprise avec des conséquences plus désastreuses encore pour les employés et les retraités.

[252] Les Requérants n'ont donc pas gain de cause et leurs requêtes doivent donc être rejetées. Elles le seront sans frais, vu l'importance du débat et la situation juridique nouvelle créée par l'arrêt *Indalex*.

POUR L'ENSEMBLE DE CES MOTIFS, le Tribunal

[253] **REJETTE** les requêtes des Requérants:

Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP-Québec) et ses sections locales 11, 137, 200, 250, 299, 625, 627, 905 et 1104

Regroupement des employés retraités de White Birch – Stadacona

Comité de retraite du régime de retraite des employés non syndiqués de PML

Comité de retraite du régime complémentaire de retraite du personnel non syndiqué de F.F.Soucy

Comité de retraite du régime de retraite des employés non syndiqués de Stadacona.

[254] **SANS FRAIS**

ROBERT MONGEON, J.C.S.

Me Jean Fontaine et Me Matthew Liben
Stikeman Elliott
Pour les Débitrices

Me Gerry Apostolatos et Me Tina Hobday
Langlois Kronström Desjardins
Pour Comités de retraite des non-syndiqués

Me Sylvain Rigaud
Norton Rose
Pour le contrôleur Ernst & Young

Me Julie Lavertu
Gilbert Simard Tremblay
Pour KSH Solution

Me Jean-Yves Simard
Lavery De Billy
Me Joseph Latham
Goodmans (Toronto)
Pour BD White Birch Investments

Me Jocelyn Morency
Boily Morency Roy
Me Audrey Létourneau
Létourneau Gagné
Pour le Regroupement des retraités (Stadacona)

Me Martin Desrosiers et Me Sandra Abitan
Osler, Hoskin Harcourt
Pour Crédit Suisse

Me yves St-André et Me Louise-Hélène Guimond
Trudel Nadeau
Pour SCEP

Me Marc Duchesne et Me Vanessa Jodoin
Borden Ladner Gervais
Pour Unsecured Creditors of Bear Island

Me Jean-Éric Guindon
Bélanger Sauvé
Pour le Service d'Impartition Industriel

Dates d'audience: 26 et 27 janvier 2012