

TAB 10

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley *Appellants*

v.

Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans *Respondents*

and between

Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans *Appellants*

v.

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley *Respondents*

INDEXED AS: SCHMIDT v. AIR PRODUCTS CANADA LTD.

File Nos.: 23047, 23057.

1993: December 1; 1994: June 9.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Pensions — Trusts — Contracts — Pension fund — Surplus — Entitlement to surplus in defined benefit pension plans — One plan incorporating a trust fund and not contemplating the reversion of surplus assets to the company — Second plan originally defined contribution plan but converted to defined benefit plan — Second plan making no reference to the existence of a trust and specifically contemplating the reversion of surplus assets to the company — Whether employer entitled to surplus — Whether employer entitled to contribution holiday in situation where pension fund in surplus — Employment Pension Plans Act, S.A. 1986, c. E-10.05, ss. 42(2), 58(a), (b), (c) — Regulations to the Employ-

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley *Appelants*

a

c.

Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd. *Intimés*

et entre

Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd. *Appellants*

d

c.

Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley *Intimés*

e

RÉPERTORIÉ: SCHMIDT c. AIR PRODUCTS CANADA LTD.

f

Nos du greffe: 23047, 23057.

1993: 1^{er} décembre; 1994: 9 juin.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

g

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Pensions — Fiducies — Contrats — Caisse de retraite — Surplus — Droit au surplus accumulé dans les régimes à prestations déterminées — Régime comportant une caisse en fiducie et ne prévoyant pas la remise de l'actif excédentaire à la compagnie — Second régime étant au départ un régime à cotisations déterminées, mais converti en un régime à prestations déterminées — Second régime ne faisant aucune mention de l'existence d'une fiducie et prévoyant expressément la remise de l'actif excédentaire à la compagnie — L'employeur a-t-il droit au surplus? — L'employeur a-t-il droit à une période d'exonération de cotisations lorsque la caisse de retraite accuse un surplus? — Employment

i

j

ment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, s. 34(9)(b)(i), (ii), (iii), (iv).

Stearns-Roger Canada Ltd. (Stearns) and Catalytic Enterprises Ltd. (Catalytic) merged and eventually became Air Products Canada Ltd. Both companies had defined benefit pension plans for their employees, and both plans were in surplus. Their pension plans and funds were amalgamated and evolved into two virtually identical Air Products Plans, one of which forms the subject of the appeal and cross-appeal; the senior management plan will be affected by the result.

In 1959, Catalytic instituted a contributory money-purchase plan incorporating a trust fund administered by a trustee. By 1966, the plan had been amended to become a contributory defined benefits plan. No provision existed as to the treatment of surplus funds until the plan was further amended in 1978 to give the employer a purported discretion as to the distribution of any surplus which might remain upon the termination of the pension plan.

The first Stearns plan, created in 1970, was a contributory defined benefits plan until 1977, when it was amended to provide that employee contributions were to be of a voluntary nature only. All relevant versions of the Stearns plan gave the employer a discretion as to the distribution of any surplus which might remain upon the termination of the pension plan.

The amalgamated plan was a contributory defined benefits plan. The plan gave the company a discretion as to the distribution of surplus upon termination and provided for the automatic reversion to the company of any surplus remaining once benefits paid to a member had reached the maximum level specified in the plan. For several years the company transferred no assets to the fund but rather met its contributions from the actuarially determined surplus existing in the pension fund.

The Air Products pension plan was terminated following the sale of most of the company's assets. Actuarial calculations established that a substantial surplus would remain in the plan after all benefits had been paid. Both Air Products, and Gunter Schmidt, on behalf of the Air Products employees, applied to the Alberta Court of Queen's Bench for a declaration of entitlement to the surplus funds. Schmidt also sought a declaration that Air Products be required to repay the amount of

Pension Plans Act, S.A. 1986, ch. E-10.05, art. 42(2), 58a), b), c) — Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, art. 34(9)(b)(i), (ii), (iii), (iv).

Stearns-Roger Canada Ltd. (Stearns) et Catalytic Enterprises Ltd. (Catalytic) ont fusionné pour finalement devenir Air Products Canada Ltd. Les régimes à prestations déterminées dont bénéficiaient les employés des deux compagnies accusaient un surplus. Leurs régimes et caisses de retraite ont été combinés pour être ensuite divisés en deux régimes quasi identiques d'Air Products, dont l'un fait l'objet des pourvois principal et incident; leur issue aura une incidence sur le régime des cadres supérieurs.

En 1959, Catalytic a mis sur pied un régime contributif à formule d'achat qui comportait une caisse en fiducie gérée par un fiduciaire. En 1966, le régime a été converti en un régime contributif à prestations déterminées. On n'a prévu le traitement des sommes excédentaires que lorsqu'en 1978 le régime a été modifié de nouveau pour que l'employeur soit investi d'un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de tout surplus accumulé à la cessation du régime de retraite.

Le premier régime de Stearns, créé en 1970, était un régime contributif à prestations déterminées jusqu'à ce qu'il soit modifié, en 1977, de manière à prévoir que les cotisations des employés seraient volontaires uniquement. Toutes les versions pertinentes du régime de Stearns conféraient à l'employeur un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de tout surplus accumulé à la cessation du régime de retraite.

Le régime combiné était un régime contributif à prestations déterminées. Selon ses modalités, la compagnie était investie d'un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de surplus à la cessation du régime et se voyait remettre automatiquement tout surplus qui restait une fois que les prestations versées à un participant avaient atteint le montant maximal prévu au régime. Pendant plusieurs années, la compagnie n'a transféré aucun actif à la caisse, prélevant plutôt ses cotisations sur le surplus actuariel de la caisse elle-même.

On a mis fin au régime de retraite d'Air Products après que la plupart des biens de la compagnie eurent été vendus. Selon les calculs actuariels, le régime accusait un surplus important une fois qu'on aurait versé toutes les prestations. Air Products et Gunter Schmidt, pour le compte des employés d'Air Products, ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta de rendre un jugement déclaratoire sur le droit aux sommes excédentaires. Schmidt a également demandé un juge-

fund surplus it had used to take a contribution holiday. The Court of Queen's Bench found that the portion of the surplus derived from the Catalytic fund was to be paid out to the employees, and that Air Products was not entitled to take a contribution holiday utilising any part of the Catalytic surplus. The surplus traceable to the Stearns fund was found to belong to Air Products. An appeal by the company to the Alberta Court of Appeal in respect of the Catalytic surplus and the contribution holiday and a cross-appeal by the former Stearns employees in respect of the Stearns surplus were both dismissed.

At issue here is the question of entitlement to surplus monies remaining in an employee pension fund once the fund has been wound up and all benefits either paid or provision made for their payment. There is a further related issue as to whether or when employers may refrain from contributing to ongoing pension plans which are in "surplus". Both the appeal and cross-appeal are the same as before the Court of Appeal. The former Catalytic employees are the respondents on the appeal and the former Stearns employees are the appellants on the cross-appeal.

Held (Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in part): The appeal by Air Products Canada Ltd. (File No. 23047) with respect to entitlement to any surplus traceable to the Catalytic fund should be dismissed and its appeal with respect to its entitlement to take a contribution holiday is allowed.

Held: The cross-appeal by Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the beneficiaries of the Stearns pension plans (File No. 23057) should be dismissed with respect to the entitlement of Air Products Canada Ltd. to all surplus remaining in the pension fund derived from the Stearns plan and to its entitlement to take a contribution holiday.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Absent legislation to the contrary, a court must determine competing claims to pension surplus by a careful analysis of the pension plan and the funding structures created under it. First it must determine, using ordinary principles of trust law, if the pension fund is impressed with a trust. A trust will exist whenever there has been an express or implied declaration of trust and an alienation of trust property to a trustee to be held for specified beneficiaries. If the pension fund, or any part

ment déclaratoire enjoignant à Air Products de rembourser le surplus de caisse dont elle s'était servi pour s'accorder une période d'exonération de cotisations. La Cour du Banc de la Reine a conclu que la partie du surplus qui provenait de la caisse de Catalytic devait être versée aux employés, et qu'Air Products ne pouvait s'accorder une période d'exonération de cotisations en utilisant une partie du surplus de Catalytic. On a conclu que le surplus qui pouvait être attribué à la caisse de Stearns appartenait à Air Products. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel interjeté par la compagnie relativement au surplus de Catalytic et à la période d'exonération de cotisations, de même que l'appel incident interjeté par les anciens employés de Stearns relativement au surplus de cette dernière.

En l'espèce, il s'agit de savoir qui a droit au surplus qui reste une fois qu'est liquidée une caisse de retraite d'employés et qu'on a versé toutes les prestations ou encore pourvu à leur versement. Se pose aussi l'autre question connexe de savoir si les employeurs peuvent s'abstenir de cotiser aux régimes de retraite existants qui accusent un surplus et, le cas échéant, dans quels cas. Les pourvois principal et incident formés sont identiques aux appels principal et incident interjetés devant la Cour d'appel. Les anciens employés de Catalytic sont les intimés dans le pourvoi principal, et ceux de Stearns, les appelants dans le pourvoi incident.

Arrêt (les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents en partie): Le pourvoi formé par Air Products Canada Ltd. (n° de greffe 23047) relativement au droit à tout surplus pouvant être attribué à la caisse de Catalytic est rejeté et son pourvoi relatif au droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations est accueilli.

Arrêt: Le pourvoi incident formé par Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns (n° de greffe 23057) est rejeté relativement au droit d'Air Products Canada Ltd. à tout surplus de la caisse de retraite provenant du régime de Stearns et à son droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: En l'absence d'une loi contraire, les tribunaux doivent se prononcer sur des revendications opposées du droit à un surplus de caisse de retraite en effectuant une analyse minutieuse du régime de retraite et des structures de financement créées en application de ce régime. Ils doivent d'abord déterminer, conformément aux principes ordinaires du droit des fiducies, si la caisse de retraite est assujettie à une fiducie. Il existera une fiducie dans tous les cas où il y a eu déclaration de

of it, is not subject to a trust, then any issues relating to outstanding pension benefits or to surplus entitlement must be resolved by applying principles which pertain to the interpretation of contracts.

Different considerations apply if the fund is impressed with a trust. The trust is not a trust for a purpose, but a classic trust governed by equity, and, to the extent that applicable equitable principles conflict with plan provisions, equity must prevail. The trust will in most cases extend to an ongoing or actual surplus as well as to that part of the pension fund needed to provide employee benefits. An employer may explicitly limit the operation of the trust so that it does not apply to surplus and, as a settlor of the trust, may reserve a power to revoke the trust. In order to be effective, the latter power must be clearly reserved at the time the trust is created. A power to revoke the trust or any part of it cannot be implied from a general, unlimited power of amendment.

Funds remaining in a pension trust following termination and payment of all defined benefits may be subject to a resulting trust. Before a resulting trust can arise, all of the trust's objectives must have been fully satisfied. Even when this is the case, the employer cannot claim the benefit of a resulting trust when the terms of the plan demonstrate an intention to part outright with all money contributed to the pension fund. In contributory plans, it is not only the employer's, but also the employees', intentions which must be considered. Both are settlors of the trust.

An employer's right to take a contribution holiday must also be determined on a case-by-case basis. It can be excluded either explicitly or implicitly in circumstances where a plan mandates a formula for calculating employer contributions which removes actuarial discretion. Contribution holidays may also be permitted by the terms of the plan. When the plan is silent on the issue, the right to take a contribution holiday is not objectionable so long as actuaries continue to accept the application of existing surplus to current service costs as standard practice. These principles apply whether or not the pension fund is subject to a trust. Because no money is withdrawn from the fund by the employer, the taking of a contribution holiday represents neither an encroach-

fiducie expresse ou implicite et où des biens en fiducie ont été confiés à un fiduciaire qui les détient pour des bénéficiaires donnés. Si la totalité ou une partie de la caisse de retraite n'est pas assujettie à une fiducie, il faut alors résoudre toutes les questions relatives aux prestations de retraite dues ou au droit à un surplus en appliquant les principes d'interprétation des contrats.

Si la caisse est assujettie à une fiducie, différentes considérations entrent en jeu. Il s'agit non pas d'une fiducie à une fin, mais d'une fiducie classique régie par l'*equity* et, dans la mesure où les principes d'*equity* applicables sont incompatibles avec les dispositions du régime, l'*equity* doit prévaloir. La fiducie s'étendra, dans la plupart des cas, au surplus existant ou réel de même qu'à la partie de la caisse de retraite qui est nécessaire pour verser les prestations aux employés. Un employeur peut expressément limiter l'application de la fiducie de façon à ce qu'elle ne s'applique pas à un surplus et, en tant que constituant de la fiducie, il peut se réserver le pouvoir de la révoquer. Pour être valide, ce dernier pouvoir doit être clairement réservé au moment où la fiducie est créée. Le pouvoir de révoquer une fiducie ou une partie de celle-ci ne saurait s'inférer d'un pouvoir de modification général et illimité.

Les sommes qui restent dans une caisse de retraite en fiducie à la cessation du régime et après le paiement de toutes les prestations déterminées peuvent faire l'objet d'une fiducie par déduction. Pour qu'une fiducie par déduction naisse, tous les objets de la fiducie doivent avoir été pleinement atteints. Même alors, l'employeur ne peut se prévaloir d'une fiducie par déduction lorsque les modalités du régime démontrent l'intention de se départir complètement de tout l'argent versé dans la caisse de retraite. Dans les régimes contributifs, ce ne sont pas uniquement les intentions de l'employeur qui comptent, mais également celles des employés. Ils sont, dans les deux cas, les constituants de la fiducie.

Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations doit également être déterminé en fonction de chaque cas. Ce droit peut être exclu explicitement ou implicitement dans les cas où le régime prescrit une formule de calcul des cotisations de l'employeur qui retire toute discrétion à l'actuaire. Les périodes d'exonération de cotisations peuvent également être autorisées par les modalités du régime. Lorsque le régime est silencieux sur la question, le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations ne peut être contesté dans la mesure où les actuaires continuent d'accepter comme pratique normale l'affectation d'un surplus existant aux coûts des services courants. Ces principes s'appliquent peu importe que la caisse de retraite

ment upon the trust nor a reduction of accrued benefits. These general considerations are, of course, subject to applicable legislation.

The Catalytic plan and the trust agreement constituted a clear declaration of an intention to create a trust. The subject matter of the trust was defined and the beneficiaries were identified in the trust agreement by reference back to the plan. This classic trust established for the benefit of a defined group of persons was never terminated and so continues to exist. The parties contemplated that the trust would continue if a different trustee were named. The trust therefore was not terminated when, in 1974, the company transferred control of its pension fund to Confederation Life Insurance Company. Further, the fact that the 1978 version of the Catalytic plan removed all reference to a trust could not have the effect of terminating the trust. Nor could any of the provisions of the 1984 investment contract entered into by Stearns Catalytic and Confederation Life have that effect.

The trust fund was comprised of all contributions made by both the company and the employees, together with any earnings of those monies. The fact that the 1959 plan was a defined contribution plan under which no surplus could arise does not affect this definition of the trust fund. The company could only claim the surplus remaining on termination by virtue of a resulting trust, or by validly revoking the trust. The purposes of the trust were not fully satisfied by the payment of all defined benefits. One of the objects of the trust was to use any money contained in the fund for the benefit of the employees. The benefits to which employees were entitled under the 1959 plan were not restricted to only those contributions made by the company on their behalf. Therefore, the trust objects could never be exhausted so long as some money remained in the fund and some eligible employees could be found. A resulting trust could not arise here. Air Products was only entitled to the surplus if it could have revoked the trust upon termination of the pension plan in 1988.

Both the trust agreement and all versions of the plan make some provision for what was to occur on termination of the plan. Although the company reserved a general amending power subject to the provisos that no amendments could reduce accrued benefits or allow the trust fund to be used in any way other than for the

soit ou non assujettie à une fiducie. Aucune somme n'étant retirée de la caisse par l'employeur, la période d'exonération de cotisations ne constitue pas un empiètement sur la fiducie ni une réduction des prestations acquises. Ces considérations générales sont évidemment sujettes à la loi applicable.

Le régime de Catalytic et l'acte de fiducie reflètent clairement l'intention de créer une fiducie dont les biens y assujettis sont définis et les bénéficiaires désignés dans l'acte de fiducie par renvoi au régime. Cette fiducie classique, établie pour le bénéfice d'un groupe donné et à laquelle il n'a pas été mis fin, continue donc d'exister. Les parties avaient prévu que la fiducie subsisterait si un fiduciaire différent était nommé. Par conséquent, la fiducie n'a pas cessé d'exister lorsqu'en 1974 la compagnie a cédé le contrôle de sa caisse de retraite à La Confédération, Compagnie d'assurance-vie. En outre, le fait que la version de 1978 du régime de Catalytic ait supprimé tout renvoi à une fiducie ne pouvait avoir pour effet d'éteindre celle-ci. Les dispositions du contrat de placement de 1984 conclu entre Stearns Catalytic et La Confédération ne pouvaient pas non plus avoir cet effet.

Le fonds en fiducie se composait de toutes les cotisations versées par la compagnie et par les employés, de même que des gains en découlant. Le fait que le régime de 1959 ait été un régime à cotisations déterminées, en vertu duquel aucun surplus ne pouvait être accumulé, ne change rien à la définition du fonds en fiducie. La compagnie ne pouvait revendiquer le surplus accumulé à la cessation qu'en vertu d'une fiducie par déduction ou en révoquant valablement la fiducie. Les objets de la fiducie n'ont pas été pleinement réalisés par le paiement de toutes les prestations déterminées. L'un d'eux consistait à utiliser toute somme contenue dans la caisse pour le bénéfice des employés. Les prestations auxquelles les employés avaient droit en vertu du régime de 1959 n'étaient pas limitées aux cotisations versées par la compagnie pour leur compte. C'est pourquoi les objets de la fiducie ne pouvaient pas être épuisés tant qu'il restait de l'argent dans la caisse et que des employés y avaient droit. Il ne pouvait y avoir de fiducie par déduction en l'espèce. Air Products n'aurait eu droit au surplus que si elle avait pu révoquer la fiducie à la cessation du régime de retraite en 1988.

L'acte de fiducie et toutes les versions du régime pouvoient à ce qui doit se produire à la cessation du régime. Bien que la compagnie se soit réservé un pouvoir général de modifier, à la condition qu'aucune modification ne puisse réduire les prestations acquises ou permettre que le fonds en fiducie soit utilisé à d'autres

employees' exclusive benefit, the company did not clearly reserve a power to revoke the trust. Such a power could not be implied under the broad general amendment power. Therefore, the 1978 amendment purporting to give the company the power to distribute surplus to itself, as well as the reversion clause of the 1983 plan, were invalid. Both represented attempts to revoke partially the 1959 trust in favour of the employees. Neither was within the scope of the control which the company reserved to itself at that time.

The relevant plan provisions which governed the taking of a contribution holiday were those contained in the 1983 Air Products plan. The wording of the plan implicitly authorized an actuary to consider the surplus when calculating the company's annual funding obligation. Since the plan allowed the company to take contribution holidays, it did not need to repay the actuarial surplus taken into account in the years when it made no contributions into the plan.

The first Stearns plan differed in two significant ways from the original Catalytic plan: it made no reference to the existence of a trust and it specifically contemplated the reversion of surplus assets to the company. A trust was never created notwithstanding the facts that the alleged subject matter of the trust, the pension fund, was defined under the two Stearns plans, that the employees were identified as those entitled to receive the fund monies and that the exclusive benefit and non-diversion clauses relied upon by the employees were consistent with the existence of a trust. Several other clauses were equally consistent with the non-existence of trust and clearly identified the plan as a contract to receive defined benefits. No intention to create a trust was apparent on the face of the documents.

A brochure distributed by the company to its employees in 1972 did not form a binding part of the pension plan documents and its influence on entitlement of plan surplus in 1988 was doubtful since it specifically stated that the plan would be subject to amendment from time to time. The statement contained in the brochure to the effect that the company intended to pay any remaining surplus to the employees could not in the circumstances of this case form the basis for an estoppel preventing the company from now claiming the surplus for itself. Documents not normally considered to have legal effect may nonetheless form part of the legal matrix within which

fins que le bénéfice exclusif des employés, la compagnie ne s'est pas clairement réservé le pouvoir de révoquer la fiducie. Un tel pouvoir ne saurait s'inférer du pouvoir général de modifier. En conséquence, la modification de 1978 qui avait pour effet de conférer à la compagnie le pouvoir de s'approprier le surplus, de même que la disposition en matière de réversion dans le régime de 1983, étaient invalides. Elles représentaient toutes les deux une tentative de révoquer partiellement la fiducie établie en 1959 en faveur des employés. Le contrôle que s'est réservé la compagnie à cette époque ne comprenait ni l'une ni l'autre.

Les dispositions pertinentes qui régissaient les périodes d'exonération de cotisations étaient contenues dans le régime de 1983 d'Air Products. Le texte du régime autorisait implicitement l'actuaire à tenir compte d'un surplus actuariel pour calculer la cotisation annuelle obligatoire de la compagnie. Puisque le régime autorisait la compagnie à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations, celle-ci n'avait pas à rembourser le surplus actuariel dont il avait été tenu compte pendant les années où elle n'a versé aucune cotisation au régime.

Le premier régime de Stearns différait sur deux points importants du régime initial de Catalytic: il ne mentionnait pas l'existence d'une fiducie et il envisageait explicitement le retour de l'actif excédentaire à la compagnie. Aucune fiducie n'a jamais été créée, nonobstant le fait que le bien en fiducie allégué, soit la caisse de retraite, était précisé dans les deux régimes de Stearns, que les employés étaient décrits comme ceux qui avaient droit à l'argent de la caisse et que les dispositions relatives au bénéfice exclusif et à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins, invoquées par les employés, étaient compatibles avec l'existence d'une fiducie. Plusieurs autres dispositions étaient également compatibles avec l'inexistence d'une fiducie et décrivaient nettement le régime comme un contrat de réception de prestations déterminées. Aucune intention de créer une fiducie n'était apparente à la lecture des documents.

Une brochure que la compagnie a distribuée à ses employés en 1972 ne formait pas une partie obligatoire des documents du régime de retraite et il est douteux qu'elle ait pu influencer sur le droit à un surplus de régime en 1988, étant donné particulièrement qu'elle précisait que le régime ferait, à l'occasion, l'objet de modifications. La déclaration qu'on trouve dans la brochure, selon laquelle la compagnie avait l'intention de verser aux employés tout surplus accumulé, ne saurait, dans les circonstances de la présente affaire, justifier une fin de non-recevoir empêchant la compagnie de réclamer aujourd'hui le surplus pour elle-même. Les documents

the rights of employers and employees participating in a pension plan must be determined. Whether they do so depends on the wording of the documents, the circumstances in which they were produced, and the effect which they had on the parties, particularly the employees.

Since no trust was ever created under the Stearns plan and since the 1972 brochure was without legal effect, the issue of entitlement to the plan surplus had to be decided on the basis of an interpretation of the plan's provisions. The 1983 amendment of the pension plan was within the limits of the power of amendment because it did not reduce any "then existing" interest of the employees as the employees had no interest in the surplus remaining upon termination until the company exercised its discretion to give them an interest. The amendment did not violate the restriction that no amendments were to have the effect of diverting any part of the fund to purposes other than for the exclusive benefit of the participants, former participants, joint annuitants, beneficiaries, or estates. Although the 1970 plan did not deal with the issue, the reversion of surplus to the company was not inconsistent with the non-diversion and exclusive benefit clauses. The prohibition on diversion of funds and the exclusive benefit clause applied from the outset only in respect of the defined benefits to which the employees were contractually entitled. They did not apply to the distribution of a plan surplus.

The company is entitled according to the plan's terms to any surplus remaining in the pension fund which can be traced to the former Stearns plans. It was also entitled to take a contribution holiday. The application of an actuarial surplus to current service funding obligations was permitted under the terms of the Air Products plan, and did not have the effect of reducing any benefits which had accrued to the employees.

The results in these appeals demonstrate the need for legislation. It is unfair that there should be a different result for these two groups of employees based only on a finding that a trust exists in one case but not the other. A legislative scheme should be set up to provide for the

qui ne sont pas considérés normalement comme ayant un effet juridique peuvent néanmoins faire partie de la structure juridique dans laquelle les droits des employeurs et des employés cotisant à un régime de retraite doivent être déterminés. La question de savoir s'ils en font partie dépend du texte des documents, des circonstances dans lesquelles ils ont été rédigés et de l'incidence qu'ils ont eu sur les parties, particulièrement sur les employés.

Étant donné qu'aucune fiducie n'a été créée dans le cadre du régime de Stearns et que la brochure de 1972 n'avait aucun effet juridique, la réponse à la question de savoir qui a droit au surplus du régime passait par l'interprétation des dispositions de ce régime. La modification apportée en 1983 au régime de retraite était conforme au pouvoir de modification du fait qu'elle ne réduisait aucun droit «alors existant» des employés, puisque ces derniers n'avaient aucun droit au surplus accumulé à la cessation du régime tant et aussi longtemps que la compagnie n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire de leur en conférer un. La modification n'a pas violé la restriction selon laquelle aucune modification ne devait avoir pour effet d'utiliser une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants, anciens participants, rentiers conjoints, ayants droit ou succession. Même si le régime de 1970 ne traitait pas la question, le retour du surplus à la compagnie n'était pas incompatible avec les dispositions relatives à l'interdiction d'utiliser à d'autres fins et au bénéfice exclusif. L'interdiction d'utiliser les fonds à d'autres fins et la disposition relative au bénéfice exclusif se sont appliquées dès le début uniquement à l'égard des prestations déterminées auxquelles les employés avaient droit en vertu d'un contrat. Elles ne s'appliquaient pas à la répartition d'un surplus de régime.

La compagnie a le droit, en vertu des dispositions du régime, à tout surplus accumulé dans la caisse de retraite qui peut être attribué aux anciens régimes de Stearns. Elle avait également le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations. L'utilisation d'un surplus actuariel pour s'acquitter d'obligations en matière de financement des services courants était permise par les termes du régime d'Air Products, et n'avait pas pour effet de réduire les prestations acquises des employés.

Les résultats des présents pourvois démontrent la nécessité de légiférer. Il est injuste d'imposer un résultat différent à ces deux groupes d'employés pour le seul motif que l'on conclut qu'une fiducie existe dans un cas et non dans l'autre. On devrait établir un régime législa-

equitable distribution of surplus between employees and employers when pension plans are terminated.

Per Sopinka J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)): The surplus in the Catalytic plan reverts to the employer. The imposition of a trust on all the monies in that plan, did not prevent the trust's being amended. The nature of the rights of amendment depends upon the terms of the plan and of the trust agreement, if any. Nothing in the Catalytic plan precluded the company's exercising the express power of amendment in the plan so as to provide for the return of surplus funds on termination of the plan.

The company from the outset reserved the power to amend the Catalytic plan so as to permit any surplus to be distributed to itself. The trust agreement's amending clause was subject to the plan and both the 1959 and the 1966 versions of the plan reserved broader powers of amendment to the company than did the trust agreement. Both plans provided that the company's power to amend the plan was limited only by the condition that accrued benefits could not be reduced. The right to receive surplus monies in the pension fund was not a benefit which had accrued to the members of the plan when the company amended the plan to permit the surplus to be distributed to itself. Moreover, even if such a right could be said to have accrued at the time of amendment, it is not a benefit contemplated by that provision.

A power of amendment, limited in that it cannot reduce accrued benefits, is not inconsistent with the fundamental purpose of a defined benefits pension trust. It should be given effect if sufficiently explicit to permit a change amounting to a partial revocation in law.

No magic exists in the use of the specific word "revocation". Both the creation of a trust and a limitation on the nature of a trust can be determined from the clear intention of the settlor. The power of amendment can be sufficiently explicit to include a power of revocation and the absence of the word "revocation" does not mean that a settlor's changes clearly having the effect of revocation would be fatally flawed. A formulaic approach

tif qui permette une répartition équitable entre employés et employeurs de tout surplus accumulé à la cessation d'un régime de retraite.

Le juge Sopinka (dissident en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)): Le surplus accumulé dans le régime de Catalytic revient à l'employeur. L'assujettissement de tout l'argent dans ce régime à une fiducie n'empêchait pas cette dernière d'être modifiée. La nature des droits de modification dépend, le cas échéant, des modalités du régime et de l'acte de fiducie. Rien dans le régime de Catalytic n'empêchait la compagnie d'exercer le pouvoir de modification qui y était expressément prévu de manière à préciser que toute somme excédentaire lui serait remise à la cessation du régime.

Dès le départ, la compagnie s'est réservé le pouvoir de modifier le régime de Catalytic de façon à permettre que tout surplus lui soit versé. La disposition en matière de modification, contenue dans l'acte de fiducie, était assujettie au régime et les versions de 1959 et de 1966 du régime réservaient toutes deux à la compagnie des pouvoirs de modification plus larges que ceux prévus par l'acte de fiducie. Les deux régimes prévoyaient que le pouvoir de la compagnie de modifier le régime était assujetti à la seule condition que les prestations accumulées ne puissent être réduites. Le droit de recevoir les sommes excédentaires de la caisse de retraite n'était pas une prestation que les participants avaient accumulée au moment où la compagnie a modifié le régime de manière à permettre que le surplus lui soit versé. En outre, même si on pouvait dire qu'ils avaient ce droit à l'époque de la modification, ce n'est pas une prestation envisagée par la disposition en question.

Le pouvoir de modification assujetti à l'interdiction d'y avoir recours pour réduire les prestations accumulées n'est pas incompatible avec l'objectif fondamental d'une fiducie de régime à prestations déterminées. Il devrait avoir effet s'il est suffisamment explicite pour permettre un changement qui, en droit, constitue une révocation partielle.

Il n'y a rien de magique dans l'utilisation du mot précis «révocation». La création d'une fiducie et les restrictions quant à la nature de la fiducie peuvent être déterminées par l'intention manifeste du constituant. Le pouvoir de modification peut être suffisamment explicite pour inclure un pouvoir de révocation, et l'absence du mot «révocation» n'est pas fatale aux modifications apportées par le constituant, qui ont clairement l'effet

should not be allowed to dislodge the clear intention of the parties.

Neither the company nor the employees foresaw the existence of a surplus when the plan was created and the employees had no reason to expect to receive more than their defined benefits. There was nothing inequitable in allowing the employer to take advantage of the broad amending power to distribute the surplus to itself, so long as it did nothing to reduce the level of benefits provided to the employees.

The tax motivations of the parties to pension plans, while generally of limited relevance in interpreting those plans, here supported a broad interpretation of the amending power. It was reasonable to infer that the Catalytic plan's broad amending power, in 1959 and subsequent versions, was retained in part to deal with changes in income tax legislation, given the plan's express direction that the company's contributions be tax deductible.

Per McLachlin J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047)): The surplus in defined benefit plans (as distinguished from defined contribution plans) should revert to the employer. Apart from the reference in the 1978 restatement which provided that surplus should go to the employer, the documents were silent on the question of surplus. The 1978 stipulation was a valid "amendment" to the original trust documents and ought to stand. Even if the 1978 stipulation were disregarded, however, the surplus would devolve on the employer under the doctrine of resulting trust.

Where a new situation arises and falls within an existing term of the contractual document, the courts must look at the factual context in which the term was drafted and consider whether the new situation can reasonably be said to fall within this clause. If it does not, the court may nevertheless consider if a term covering the new situation can be implied, whether as a matter of fact, law or custom. The courts will not make a new contract or trust to which the parties have not agreed.

Article V in the 1959 trust agreement, which dealt with modification and termination, provided that no part of the fund be diverted to purposes other than for the

d'une révocation. On ne devrait pas permettre qu'une méthode fondée sur une formule aille à l'encontre de l'intention manifeste des parties.

Ni la compagnie ni les employés n'ont prévu l'existence d'un surplus lorsque le régime a été créé, et les employés n'avaient aucune raison de s'attendre à recevoir plus que leurs prestations déterminées. Il n'y avait rien d'injuste à autoriser l'employeur à tirer profit du pouvoir général de modification pour s'attribuer le surplus, en autant qu'il ne faisait rien pour réduire le montant des prestations garanties aux employés.

Les motivations des parties aux régimes de retraite, sur le plan fiscal, dont la pertinence est généralement limitée pour ce qui est d'interpréter ces régimes, appuient en l'espèce une interprétation large du pouvoir de modification. Il était raisonnable de déduire que le maintien du pouvoir général de modification dans le régime de 1959 de Catalytic et ses versions subséquentes visait en partie à répondre aux changements survenus dans la législation fiscale, étant donné que le régime prévoyait expressément que les cotisations versées par la compagnie seraient déductibles.

Le juge McLachlin (dissidente en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047)): Le surplus accumulé dans les régimes à prestations déterminées (par opposition aux régimes à cotisations déterminées) revient à l'employeur. À part la disposition de la nouvelle convention de 1978, qui prévoyait qu'un surplus devait revenir à l'employeur, les documents ne disaient rien au sujet de la question du surplus. La stipulation de 1978 constituait une «modification» valide des documents de fiducie initiaux et elle devrait être maintenue. Toutefois, même si on faisait abstraction de la stipulation de 1978, le surplus irait à l'employeur en vertu du principe de la fiducie par déduction.

Lorsqu'une nouvelle situation est visée par une modalité existante du document, les tribunaux doivent examiner le contexte factuel dans lequel cette modalité a été rédigée et déterminer s'il est raisonnablement possible de dire que la nouvelle situation est visée par la modalité en question. Dans la négative, le tribunal peut néanmoins se demander s'il est possible de déduire l'existence d'une modalité applicable à la nouvelle situation, que ce soit sur le plan des faits, du droit ou de la coutume. Les tribunaux ne créeront pas un nouveau contrat ou une nouvelle fiducie n'ayant pas reçu l'adhésion des parties.

L'article V de l'acte de fiducie de 1959, relatif à la modification et à la cessation, prévoyait qu'aucune partie de la caisse ne pouvait être utilisée ou affectée à

exclusive benefits of those intended to benefit from it. This article was drafted in the context of a defined contribution plan under which no surplus could arise and should therefore not be read as applying to the surplus which arose under the later defined benefit plan. The 1978 provision stipulating that the surplus should go to the employer is valid and determines the issue.

Payment of the surplus to the employer does not constitute revocation of a trust. A trust cannot be revoked without express wording so permitting. The surplus was an unanticipated development never contemplated by the original trust and not addressed by any changes to the trust until 1978. The 1959 trust provisions do not apply to a surplus.

The trust did not require that the surplus in question be paid to the employees. In 1966, when the possibility of a surplus first arose because of the plan's conversion to a defined benefit plan, the trust provided no guidance as to where a surplus would go in the event of termination. The 1978 amendment made it clear that it was payable to the employer. Therefore, under the terms of the trust, the employer is entitled to the surplus.

Alternatively, if the 1978 amendment as to surplus is invalid, the doctrine of resulting trust requires that the surplus be available to the employer. The employer was responsible for ensuring a fund sufficient to meet all defined benefits owing to employees. Since the employer paid more than required for the purpose of the trust, the residual sum should return to the employer.

Even where employees contribute to a defined benefit plan, that contribution is taken to be fully satisfied by receipt of the defined benefits. The employee accepts this fixed amount in lieu of the greater or lesser amounts he or she might obtain on a defined contribution plan and in doing so exhausts his or her rights under the plan.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Hockin v. Bank of*

d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes censées en bénéficiaire. Cet article, rédigé dans le contexte d'un régime à cotisations déterminées, en vertu duquel aucun surplus ne pouvait être accumulé, ne devrait donc pas être interprété comme s'appliquant au surplus accumulé dans le cadre du régime à prestations déterminées subséquent. La disposition de 1978 portant que le surplus devrait revenir à l'employeur est valide et règle la question.

Le versement des sommes excédentaires à l'employeur ne constitue pas une révocation de fiducie. En l'absence de disposition expresse, il est impossible de révoquer une fiducie. Le surplus était imprévu et n'avait jamais été envisagé dans la fiducie initiale, et ce n'est qu'en 1978 que cette question a été réglée au moyen d'une modification de la fiducie. Les dispositions de la fiducie de 1959 ne s'appliquent pas à un surplus.

La fiducie n'exigeait pas que le surplus en question soit versé aux employés. En 1966, lorsque la possibilité d'un surplus s'est manifestée pour la première fois du fait que le régime a été converti en un régime à prestations déterminées, la fiducie n'indiquait pas ce qu'il adviendrait d'un surplus en cas de cessation du régime. Il est ressorti clairement de la modification de 1978 qu'il était payable à l'employeur. Par conséquent, aux termes de la fiducie, l'employeur a droit aux sommes excédentaires.

Subsidièrement, si la modification de 1978 concernant le surplus est invalide, la règle de la fiducie par déduction exige que l'employeur puisse récupérer le surplus. Ce dernier était chargé de garantir que la caisse serait suffisante pour verser toutes les prestations déterminées qui seraient dues aux employés. Puisque l'employeur a payé plus que ce qui était nécessaire pour réaliser l'objet de la fiducie, la somme restante devrait lui être remise.

Même lorsque les employés cotisent à un régime à prestations déterminées, leurs cotisations sont considérées comme pleinement remboursées grâce à la réception des prestations déterminées. L'employé accepte ce montant fixe au lieu des sommes supérieures ou inférieures qu'il pourrait obtenir dans le cadre d'un régime à cotisations déterminées et, ce faisant, il épuise les droits que lui confère le régime.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Hockin c. Bank of*

British Columbia (1990), 71 D.L.R. (4th) 11; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109; **distinguished**: *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274; **disapproved**: *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563; **referred to**: *C.A.W., Local 458 v. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, *aff'd* (1990), 39 E.T.R. 1; *King Seagrave Ltd. v. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), *aff'g* (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.); *Arrowhead Metals Ltd. v. Royal Trust Co.*, Pension Commission of Ontario, March 26, 1992, unreported; *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449; *Martin & Robertson Administration Ltd. v. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249; *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620; *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Trent University Faculty Assn. v. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451; *Harris v. Robert Simpson Co.*, [1985] 1 W.W.R. 319.

British Columbia (1990), 71 D.L.R. (4th) 11; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109; **distinction d'avec l'arrêt**: *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274; **arrêt critiqué**: *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563; **arrêts mentionnés**: *C.A.W., Local 458 c. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, *conf. par* (1990), 39 E.T.R. 1; *King Seagrave Ltd. c. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), *conf.* (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.); *Arrowhead Metals Ltd. c. Royal Trust Co.*, Commission des régimes de retraite de l'Ontario, 26 mars 1992, inédit; *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449; *Martin & Robertson Administration Ltd. c. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249; *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620; *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451; *Harris c. Robert Simpson Co.*, [1985] 1 W.W.R. 319.

By Sopinka J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047))

Citée par le juge Sopinka (dissident en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047))

Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Hockin v. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11.

Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550; *Hockin c. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11.

By McLachlin J. (dissenting in part on the appeal (File No. 23047))

Citée par le juge McLachlin (dissidente en partie dans le pourvoi principal (n° de greffe 23047))

Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd., [1991] 2 All E.R. 563; *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495; *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 v. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (1983); *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (1977); *Pollock v. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (1979); *Wilson v. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (1987); *Bryant v. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (1986); *Audio Fidelity Corp. v. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (1980); *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Murphy v. McSorley*, [1929] S.C.R. 542; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109.

Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd., [1991] 2 All E.R. 563; *In re Courage Group's Pension Schemes*, [1987] 1 W.L.R. 495; *Washington-Baltimore Newspaper Guild Local 35 c. Washington Star Co.*, 555 F.Supp. 257 (1983); *In re C. D. Moyer Co. Trust Fund*, 441 F.Supp. 1128 (1977); *Pollock c. Castrovinci*, 476 F.Supp. 606 (1979); *Wilson c. Bluefield Supply Co.*, 819 F.2d 457 (1987); *Bryant c. International Fruit Products Co.*, 793 F.2d 118 (1986); *Audio Fidelity Corp. c. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 624 F.2d 513 (1980); *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139; *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641; *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595; *Murphy c. McSorley*, [1929] R.C.S. 542; *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109.

Statutes and Regulations Cited

- Employment Pension Plans Act*, S.A. 1986, c. E-10.05, ss. 42(2), 58(a), (b), (c).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63.
Income Tax Regulations, ss. 8502(c), 8503(4)(c).
Pension Benefits Act, R.S.A. 1980, c. P-3.
Pension Benefits Act, R.S.M. 1987, c. P32, s. 26(2).
Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8.
Pension Benefits Standards Act, S.B.C. 1991, c. 15.
Power Corporation Act, R.S.O. 1980, c. 384, s. 20(4).
Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, s. 34(9)(b)(i), (ii), (iii), (iv).

Authors Cited

- Adell, Bernard. "Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform", in *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
 Canada. Revenue Canada. Information Circular No. 72-13R7 (December 31, 1981).
 Canada. Revenue Canada. Information Circular No. 72-13R8 (December 16, 1988).
 Ezra, D. Don. *The Struggle for Pension Fund Wealth*. Toronto: Pagurian Press, 1983.
 Hanscom, Deborah K. "A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin" (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258.
 Nachshen, Gary. "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in *New Developments in Employment Law*. (Meredith Memorial Lectures, 1988.) Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.
 Ontario. Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans. *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
 Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, 4th ed., vol. 4. Boston: Little, Brown, 1989.
 Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1975.
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 125 A.R. 224, 14 W.A.C. 224, 89 D.L.R. (4th) 762, 46 E.T.R. 21, dismissing an appeal and cross-appeal from an order of Moore C.J.Q.B. in Chambers (1990), 104 A.R. 190, 66

Lois et règlements cités

- Employment Pension Plans Act*, S.A. 1986, ch. E-10.05, art. 42(2), 58a), b), c).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63.
^a *Loi sur les prestations de pension*, L.R.M. 1987, ch. P32, art. 26(2).
Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8.
Pension Benefits Act, R.S.A. 1980, ch. P-3.
Pension Benefits Standards Act, S.B.C. 1991, ch. 15.
^b *Power Corporation Act*, R.S.O. 1980, ch. 384, art. 20(4).
Règlement de l'impôt sur le revenu, art. 8502c), 8503(4)c).
Regulations to the Employment Pension Plans Act, Alta. Reg. 364/86, art. 34(9)b)(i), (ii), (iii), (iv).
^c

Doctrine citée

- Adell, Bernard. «Pension Plan Surpluses and the Law: Finding a Path for Reform», in *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
 Canada. Revenu Canada. Circulaire d'information n° 72-13R7 (31 décembre 1981).
^e Canada. Revenu Canada. Circulaire d'information n° 72-13R8 (16 décembre 1988).
 Ezra, D. Don. *The Struggle for Pension Fund Wealth*. Toronto: Pagurian Press, 1983.
 Hanscom, Deborah K. «A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin» (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258.
^f Nachshen, Gary. «Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate», in *New Developments in Employment Law*. (Meredith Memorial Lectures, 1988.) Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.
 Ontario. Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans. *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies*, vol. 2. Toronto: The Task Force, 1988.
^g Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, 4th ed., vol. 4. Boston: Little, Brown, 1989.
 Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1975.
^h Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.
ⁱ

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 125 A.R. 224, 14 W.A.C. 224, 89 D.L.R. (4th) 762, 46 E.T.R. 21, qui a rejeté un appel principal et un appel incident interjetés contre une ordonnance du juge en chef Moore de la

D.L.R. (4th) 230, 37 E.T.R. 64. The appeal by Air Products Canada Ltd. (File No. 23047) with respect to entitlement to any surplus traceable to the Catalytic fund should be dismissed and its appeal with respect to its entitlement to take a contribution holiday is allowed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in part. The cross-appeal by Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the beneficiaries of the Stearns plans (File No. 23057) should be dismissed with respect to all surplus remaining in the pension fund derived from the Stearns plan and to its entitlement to take a contribution holiday.

Dennis R. O'Connor, Q.C., Anne Corbett and Barry L. Glaspell, for the appellants Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley.

Neil C. Wittman, Q.C., and Kenneth J. Warren, for the respondents Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans.

Aleck H. Trawick and Leslie O'Donoghue, for the appellants on the cross-appeal Gunter Schmidt in his personal capacity and on behalf of the Beneficiaries of the Stearns Catalytic Ltd. Pension Plans.

Dennis R. O'Connor, Q.C., for the respondents on the cross-appeal Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, Confederation Life Insurance Company and T. J. Westley.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY J. — These two cases raise the issue of entitlement to surplus monies remaining in an employee pension fund once the fund has been wound up and all benefits either paid or provision made for their payment. There is a further related issue as to whether or when employers may refrain

Cour du Banc de la Reine en chambre (1990), 104 A.R. 190, 66 D.L.R. (4th) 230, 37 E.T.R. 64. Le pourvoi formé par Air Products Canada Ltd. (n° de greffe 23047) relativement au droit à tout surplus pouvant être attribué à la caisse de Catalytic est rejeté et son pourvoi relatif au droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations est accueilli. Les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents en partie. Le pourvoi incident formé par Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns (n° de greffe 23057) est rejeté relativement au droit d'Air Products Canada Ltd. à tout surplus de la caisse de retraite provenant du régime de Stearns et à son droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations.

Dennis R. O'Connor, c.r., Anne Corbett et Barry L. Glaspell, pour les appelants Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley.

Neil C. Wittman, c.r., et Kenneth J. Warren, pour les intimés Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.

Aleck H. Trawick et Leslie O'Donoghue, pour les appelants dans le pourvoi incident Gunter Schmidt personnellement et pour le compte des bénéficiaires des régimes de retraite de Stearns Catalytic Ltd.

Dennis R. O'Connor, c.r., pour les intimés dans le pourvoi incident Air Products Canada Ltd., William M. Mercer Limited, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie et T. J. Westley.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — Ces deux pourvois soulèvent la question de savoir qui a droit au surplus qui reste une fois qu'est liquidée une caisse de retraite d'employés et qu'on a versé toutes les prestations ou encore pourvu à leur versement. Se pose aussi l'autre question connexe de savoir si les

from contributing to ongoing pension plans which are in "surplus".

Some Definitions

At the outset it may be helpful to review briefly some of the technical terms which often appear in pension surplus cases. For a detailed explanation reference may be made to: G. Nachshen, "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989; Deborah K. Hanscom, "A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin" (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258, and the articles contained in vol. 2 of the *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies* (1988).

Pension surpluses can only arise in "defined benefit" pension plans. In those plans, each employee belonging to the plan is guaranteed specific benefits upon retirement.

An ongoing pension fund is said to have an "existing" or "actuarial" surplus when the estimated value of the assets in the fund exceeds the estimated value of all of the liabilities (i.e., pension benefits owed employees) of the fund. When the calculated fund liabilities exceed the calculated fund assets, the plan is said to be in a state of "unfunded liability". Once the plan is wound up, assets and liabilities can be precisely determined. The fund will then be in a state of "actual" or "real" surplus or liability.

Contribution to a defined benefit plan is made each year on the basis of an actuary's estimate of the amount which must be presently invested in order to provide the stipulated benefits at the time the pension is paid out. The actuary's estimate of the present value of future benefits to members of the plan is known as the "current service cost". The obvious difficulties involved in predicting factors such as inflation rates, investment returns and the future employee levels of the company mean that the actuary's task is difficult and to a certain extent speculative. The assumptions made by actu-

employeurs peuvent s'abstenir de cotiser aux régimes de retraite existants qui accusent un surplus et, le cas échéant, dans quels cas.

a Définitions

Au départ, il peut se révéler utile de revoir brièvement certains termes techniques qui sont fréquemment utilisés en matière de surplus de caisse de retraite. Pour une explication détaillée, on peut se reporter à G. Nachshen, «Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate», dans *New Developments in Employment Law* (Meredith Memorial Lectures, 1988), 1989; Deborah K. Hanscom, «A Surplus of Uncertainty: The Question of Entitlement After Hockin» (1991), 10 *Est. & Tr. J.* 258, et les articles contenus dans le vol. 2 du *Task Force on Inflation Protection for Employment Pension Plans, Research Studies* (1988).

Seuls les régimes «à prestations déterminées» peuvent accumuler un surplus. Chaque employé y participant est assuré de toucher à sa retraite des prestations déterminées.

On dit qu'une caisse de retraite accuse un surplus «existant» ou «actuariel» lorsque la valeur estimative de son actif excède la valeur estimative de tout son passif (c.-à-d. les prestations dues aux employés). Lorsque le passif calculé excède l'actif calculé, on dit du régime qu'il a un «passif non capitalisé». Ce n'est qu'une fois le régime liquidé qu'il est possible de déterminer précisément l'actif et le passif. La caisse accusera alors un surplus ou un déficit «réel».

La cotisation à un régime à prestations déterminées est effectuée annuellement, selon une évaluation actuarielle de la somme qui doit être investie aujourd'hui pour pouvoir verser à l'employé, à sa retraite, les prestations prévues. On appelle le «coût des services courants» le résultat de l'évaluation actuarielle de la valeur actuelle des prestations futures des participants. Les difficultés évidentes à prévoir des variantes comme le taux d'inflation, le rendement des placements et les futurs niveaux d'emploi de la compagnie rendent la tâche de l'actuaire ardue et, dans une certaine

aries in respect of these and other factors will have a significant impact upon the determination of current service costs and the calculation of present levels of fund surplus or liability.

Defined benefit plans are to be distinguished from defined contribution (or "money purchase") plans, where set amounts are paid into the pension fund, and the benefits eventually paid equal the amount of the initial contributions plus any return which was obtained on the investment of those funds.

Either type of pension plan may be "contributory" (contributions by both employer and employee are mandatory) or "non-contributory" (only the employer's contributions are mandatory). In a non-contributory defined benefit plan, only the employer is obligated to contribute to the pension fund, although employees may have the option of making voluntary contributions in order to increase the benefits they will receive. In a contributory defined benefit plan, the employees must contribute a set amount, which may vary according to factors such as each employee's length of service and earnings, but is usually a defined percentage of salary. The employer's contribution to the fund is the amount over and above the employee contributions which the actuary determines is needed to cover the current service costs of the plan.

In the 1980s, a unique combination of conservative actuarial estimates and various economic factors caused many pension funds to accumulate large actuarial surpluses. Many employers sought to recapture this surplus by withdrawing excess monies from pension funds as an alternate source of capital, by applying surplus funds to any required contribution to the pension plan (i.e., taking a "contribution holiday"), or by claiming a proprietary right in any excess remaining upon the termination of the plan once all the employee benefits had been provided for. Employee groups have resisted such actions, claiming that the pension plans were established for their benefit, that the employers never intended or expected to recover any contributions made to the fund, and that any

mesure, conjecturale. Les hypothèses formulées par les actuaires au sujet de ces variantes et d'autres facteurs ont une incidence importante sur les coûts des services courants et sur le calcul du surplus ou du passif actuel de la caisse.

Il faut distinguer le régime à prestations déterminées du régime «à cotisations déterminées» (ou «à formule d'achat»), dans lequel des sommes fixes sont versées dans la caisse de retraite et où les prestations éventuellement versées équivalent au montant des cotisations initiales plus le rendement de placement de ces sommes.

Chaque type de régime peut être «contributif» (l'employeur et l'employé doivent y cotiser tous les deux) ou «non contributif» (seul l'employeur est tenu d'y cotiser). Seul l'employeur est tenu de cotiser à la caisse de retraite dans le cas d'un régime non contributif à prestations déterminées, quoiqu'il se puisse que les employés aient le choix d'y cotiser volontairement afin d'accroître leurs prestations futures. Dans le cas d'un régime contributif à prestations déterminées, les employés doivent cotiser une somme déterminée qui peut varier en fonction, notamment, de leur nombre d'années de service et de leur rémunération. Cependant, il s'agit en général d'un pourcentage déterminé de la rémunération. Pour sa part, l'employeur cotise à la caisse la somme qui, en sus des cotisations de l'employé, est, selon l'actuaire, nécessaire pour couvrir les coûts des services courants du régime.

Dans les années 1980, en raison d'une combinaison exceptionnelle d'évaluations actuarielles prudentes et de différents facteurs économiques, de nombreuses caisses de retraite ont accumulé des surplus actuariels considérables. Nombre d'employeurs ont tenté de récupérer ces sommes excédentaires en les retirant des caisses de retraite pour les utiliser comme source supplémentaire de capital, en s'en servant pour effectuer toute cotisation requise au régime de retraite (c'est-à-dire en s'accordant une «période d'exonération de cotisations») ou en revendiquant un droit de propriété sur tout surplus accumulé à la cessation du régime, une fois qu'on a pourvu au versement de toutes les prestations aux employés. Des groupes d'employés se sont opposés à de telles mesures sous prétexte

surplus accruing because of fortuitous economic circumstances should be paid to them when the plans are terminated.

Factual Background

In 1983, two companies, Stearns-Roger Canada Ltd. ("Stearns") and Catalytic Enterprises Ltd. ("Catalytic") merged to form Stearns Catalytic, which subsequently became Air Products Canada Ltd. At the time of the merger, both Stearns and Catalytic had defined benefit pension plans for their employees, and both plans were in surplus. The pension plans and funds of Stearns and of Catalytic were amalgamated and evolved into two virtually identical Air Products Plans, one for employees of the Construction Division, and one for members of senior management. It is the employees' pension plan (the "Air Products plan") which forms the subject of the appeal and cross-appeal, although the results of the appeals will also affect the senior management plan.

Catalytic first instituted a pension plan for its employees in 1959. This plan was a contributory money-purchase plan which incorporated a trust fund administered by a trustee. By 1966, the plan had been amended to become a contributory defined benefits plan. The Catalytic plan was further amended in 1978.

The first Stearns pension plan relevant to these appeals was created in 1970. It repealed and replaced an earlier defined contribution plan. The 1970 plan was a contributory defined benefits plan until 1977, when it was amended to provide that employee contributions were to be of a voluntary nature only. Pursuant to the plan, Stearns entered into a Group Annuity Policy with the Mutual Life Assurance Company. All relevant versions of the Stearns plan gave the employer a discretion as to the distribution of any surplus which might remain upon the termination of the pension plan. By contrast, no provision was made for the treatment of

que les régimes de retraite étaient établis à leur profit, que les employeurs n'avaient jamais voulu ni prévu récupérer les cotisations versées dans la caisse, et que tout surplus accumulé en raison de circonstances économiques imprévues devrait leur être versé à la cessation des régimes.

Historique des faits

En 1983, Stearns-Roger Canada Ltd. («Stearns») a fusionné avec Catalytic Enterprises Ltd. («Catalytic») pour former Stearns Catalytic qui est, par la suite, devenue Air Products Canada Ltd. À l'époque de la fusion, les régimes à prestations déterminées dont bénéficiaient les employés de Stearns et ceux de Catalytic accusaient un surplus. Les régimes et caisses de retraite de Stearns et de Catalytic ont été combinés pour être ensuite divisés en deux régimes quasi identiques, l'un destiné aux employés de la division de la construction d'Air Products et l'autre, à ses cadres supérieurs. C'est le régime de retraite des employés (le «régime d'Air Products») qui fait l'objet des pourvois principal et incident, quoique leur issue aura une incidence sur le régime des cadres supérieurs également.

C'est en 1959 que Catalytic a mis sur pied le premier régime de retraite à l'intention de ses employés. Il s'agissait d'un régime contributif à formule d'achat qui comportait une caisse en fiducie gérée par un fiduciaire. En 1966, le régime a été converti en un régime contributif à prestations déterminées et il a été modifié de nouveau en 1978.

Chez Stearns, le premier régime de retraite pertinent aux fins des présents pourvois a été créé en 1970. Il abrogeait et remplaçait un régime à cotisations déterminées antérieur. En 1977, on a modifié le régime de 1970, qui était un régime contributif à prestations déterminées, de manière à prévoir que les cotisations des employés seraient volontaires uniquement. Conformément au régime, Stearns a conclu un contrat de rente collective avec La Mutuelle, Compagnie d'assurance sur la vie. Toutes les versions pertinentes du régime de Stearns conféraient à l'employeur un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de tout surplus

surplus in the Catalytic plans until the 1978 amendment to the plan purported to give the company a similar discretion.

The amalgamated Stearns Catalytic (later Air Products) plan was a contributory defined benefits plan. It was funded by means of an Investment Contract with the Confederation Life Insurance Company. The terms of the plan gave the company a discretion as to the distribution of surplus upon termination and also provided for the automatic reversion to the company of any surplus remaining once benefits paid to a member had reached a maximum level specified in the plan. For the years ending September 30, 1985, September 30, 1986, September 30, 1987 and January 31, 1988, the company transferred no assets to the Confederation Life fund. Rather, the company's contributions to the pension fund were paid from the actuarially determined surplus existing in the pension fund.

On January 31, 1988, following the sale of most of the company assets, the Air Products pension plan was terminated. Actuarial calculations established that once provision had been made for payment to the employees of Air Products Canada Ltd. of all benefits to which they were entitled under the terms of their plans, a surplus of \$9,179,130 would remain in the employee pension plan.

In February, 1988, first Air Products, and then Gunter Schmidt on behalf of the employees of Air Products, applied to the Alberta Court of Queen's Bench for a declaration of entitlement to the surplus funds. Schmidt, on behalf of himself and the employees, also sought a declaration that Air Products be required to pay \$1,465,400 into the pension fund. This sum represented the amount of fund surplus applied by Air Products to its contribution requirements from 1985 to 1988.

The Chief Justice of the Alberta Court of Queen's Bench (*Stearns Catalytic Pension Plans*

accumulé à la cessation du régime de retraite. Par contre, ce n'est qu'en 1978 qu'une modification a été apportée aux régimes de Catalytic pour que la compagnie soit investie du même pouvoir.

Le régime combiné de Stearns Catalytic (par la suite Air Products) était un régime contributif à prestations déterminées, financé au moyen d'un contrat de placement conclu avec La Confédération, Compagnie d'assurance-vie («La Confédération»). Selon les modalités du régime, la compagnie était investie d'un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition de surplus à la cessation du régime et se voyait remettre automatiquement tout surplus qui restait une fois que les prestations versées à un participant avaient atteint le montant maximal prévu au régime. Pour les années se terminant le 30 septembre 1985, le 30 septembre 1986, le 30 septembre 1987 et le 31 janvier 1988, la compagnie n'a transféré aucun actif à la caisse de La Confédération. Les cotisations qu'elle a versées dans la caisse de retraite ont été prélevées sur le surplus actuariel de la caisse elle-même.

Le 31 janvier 1988, après que la plupart des biens de la compagnie eurent été vendus, on a mis fin au régime de retraite d'Air Products. Selon les calculs actuariels, le régime de retraite des employés d'Air Products Canada Ltd. accuserait un surplus de 9 179 130 \$ une fois qu'on aurait pourvu au versement de toutes les prestations auxquelles ils avaient droit en vertu de leurs régimes.

En février 1988, Air Products puis Gunter Schmidt, pour le compte des employés d'Air Products, ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta de rendre un jugement déclaratoire sur le droit aux sommes excédentaires. Schmidt a également demandé, en son propre nom et en celui des employés, un jugement déclaratoire enjoignant à Air Products de verser 1 465 400 \$ dans la caisse de retraite, laquelle somme représentait le surplus de caisse dont Air Products s'était servi pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisation au cours des années 1985 à 1988.

Le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (*Stearns Catalytic Pension Plans (Re)*

(*Re*) (1990), 104 A.R. 190) found that the portion of the surplus which had been derived from the Catalytic fund was to be paid out to the employees, and that Air Products was not entitled to take a contribution holiday utilising any part of the Catalytic surplus. He therefore ordered the company to return \$1,465,400 to the pension fund. In respect of the surplus which was traceable to the Stearns fund, the chambers judge held that it belonged to Air Products.

An appeal by the company to the Alberta Court of Appeal in respect of the Catalytic surplus and the contribution holiday and a cross-appeal by the former Stearns employees in respect of the Stearns surplus were both dismissed.

The appeal and the cross-appeal before this Court are the same as before the Court of Appeal. The facts and the plans at issue in the appeal and the cross-appeal are sufficiently different that they must be dealt with separately. In order to avoid confusion, I will not refer to the parties as appellants or respondents but to either "Air Products" or "the company" (appellants on the appeal and respondents on the cross-appeal); and to "the employees" or "the plan members". The former Catalytic employees are the respondents on the appeal and the former Stearns employees are the appellants on the cross-appeal.

I. Judgments Below

Alberta Court of Queen's Bench (1990), 104 A.R. 190

The chambers judge noted that two provisions in the 1983 amalgamated pension plan were of particular importance. Under Section 18.05, any surplus remaining in the amalgamated fund following termination of the plan and distribution of all defined benefits was to revert to the company. Section 1 of the plan provided that the benefits provided by the plan were in lieu of any benefits to which employees may have been entitled under any of the previous plans and also that the benefits paid under the 1983 plan "in no event shall be less than the bene-

(1990), 104 A.R. 190) a conclu que la partie du surplus qui provenait de la caisse de Catalytic devait être versée aux employés, et qu'Air Products ne pouvait s'accorder une période d'exonération de cotisations en utilisant une partie du surplus de Catalytic. Il a donc ordonné à la compagnie de remettre 1 465 400 \$ dans la caisse de retraite. Le juge en chambre a conclu que le surplus qui pouvait être attribué à la caisse de Stearns appartenait à Air Products.

La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel interjeté par la compagnie relativement au surplus de Catalytic et à la période d'exonération de cotisations. Elle a également rejeté l'appel incident interjeté par les anciens employés de Stearns relativement au surplus de cette dernière.

Les pourvois principal et incident formés devant notre Cour sont identiques aux appels principal et incident devant la Cour d'appel. Les faits et les régimes en cause dans les pourvois principal et incident diffèrent suffisamment pour être étudiés séparément. Afin d'éviter toute confusion, je ne parlerai ni de parties appelantes ni de parties intimées, mais plutôt d'«Air Products» ou de la «compagnie» (appelante dans le pourvoi principal et intimée dans le pourvoi incident), et des «employés» ou «participants». Les anciens employés de Catalytic sont les intimés dans le pourvoi principal, et ceux de Stearns, les appelants dans le pourvoi incident.

I. Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1990), 104 A.R. 190

Le juge en chambre a souligné l'importance particulière de deux dispositions du régime de retraite combiné de 1983. Aux termes de l'art. 18.05, tout surplus qui reste dans la caisse combinée après la cessation du régime et le versement de toutes les prestations déterminées devait revenir à la compagnie. L'article 1 du régime prévoyait, d'une part, que les prestations y prévues tenaient lieu de toute prestation à laquelle les employés pouvaient avoir eu droit en vertu de l'un ou l'autre régime antérieur, et, d'autre part, que les prestations versées

fits to which they were entitled under these Prior Plans" (at p. 201). It was this phrase which required the court to review the Stearns and the Catalytic plans which had existed prior to 1983.

Following a careful examination of the history and terms of all the relevant pension plans, Moore C.J. decided that Air Products was entitled to the surplus funds under the Stearns Plan and that the employees were entitled to the surplus funds under the Catalytic plan. He further held that the company was not entitled to apply any actuarial surplus from the Catalytic fund towards its contributions to the pension fund in the period 1985-88, but that the relevant plan provisions did permit the company to use the existing surplus in the Stearns fund to pay its contribution to the pension fund.

The Chief Justice first considered the Stearns plans. He noted, at pp. 206-207, that Article 14.1 of the 1970 Stearns pension plan, incorporated as Article 14.3 in the 1977 plan, provided:

Notwithstanding any surplus remaining after all benefits referred to in this Sub-section 14.1(c) have been provided, such surplus may, subject to the approval of the Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions at the time, be returned to the Company or may be used for the benefit of Participants, former Participants, beneficiaries or estates in such equitable manner as the Company may in its discretion determine. [Emphasis of the Chief Justice.]

In his view the concluding words of this section gave the company a discretion as to the distribution of the surplus. He rejected the employees' suggestion that the 1977 plan was amended to remove this discretion, holding instead that the alleged "1982 amendments" to the plan were never more than a draft version which was not adopted and never registered. The Chief Justice considered that Article 14.3, when read together with Article 13.4 of the 1977 Plan, which permitted funds to be returned to the company with the consent of the

dans le cadre du régime de 1983 [TRADUCTION] «ne doivent en aucun cas être inférieures aux prestations auxquelles ils avaient droit en vertu de ces régimes antérieurs» (à la p. 201). C'est en raison de cette phrase que la cour a dû examiner les régimes de Stearns et de Catalytic antérieurs à 1983.

Après avoir examiné minutieusement l'histoire et les modalités de tous les régimes de retraite pertinents, le juge en chef Moore a décidé qu'Air Products avait droit au surplus accumulé dans le régime de Stearns et que les employés avaient droit au surplus accumulé dans le régime de Catalytic. Il a en outre conclu que la compagnie n'avait pas le droit de se servir de tout surplus actuariel accumulé dans la caisse de retraite de Catalytic pour effectuer ses cotisations au régime de retraite de 1985 à 1988, mais que les dispositions pertinentes du régime permettaient effectivement à la compagnie d'utiliser le surplus existant de la caisse de retraite de Stearns pour cotiser au régime de retraite.

Le Juge en chef a d'abord étudié les régimes de Stearns. Il souligne, aux pp. 206 et 207, que l'art. 14.1 du régime de 1970 de Stearns, devenu l'art. 14.3 du régime de 1977, prévoyait:

[TRADUCTION] Sous réserve de l'approbation du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite de l'époque, le surplus qui reste après que toutes les prestations visées au présent alinéa 14.1c) sont versées peut être remis à la compagnie ou être utilisé au profit des participants, anciens participants, leurs ayants droit ou succession, de la manière juste que la compagnie peut à sa discrétion déterminer. [Souligné par le Juge en chef.]

À son avis, la dernière partie de cet article conférerait à la compagnie un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition du surplus. Le Juge en chef a rejeté l'idée, exprimée par les employés, que le régime de 1977 a été modifié afin de retirer ce pouvoir, préférant conclure que les prétendues «modifications de 1982» n'étaient rien de plus qu'un avant-projet n'ayant jamais été adopté ni enregistré. Le Juge en chef a considéré que, conjugué à l'art. 13.4 du régime de 1977, qui permettait que des fonds soient remis à la compagnie avec

Minister of National Revenue and the Superintendent of Pensions, modified a more general clause which prohibited any amendment, termination, or diversion of the fund other than for the exclusive benefit of the employees.

Therefore, on a construction of the plan provisions as a whole, Moore C.J. concluded at p. 208:

From the moment the prior Stearns Plan was terminated in 1969, the company had the right to any surplus as it had from the outset reserved out to itself any surplus. The plan had ended and the company could reserve out the surplus. The company at this point did not enter into a trust agreement but purchased an annuity contract. Insofar as the Stearns Plan is concerned, we are dealing with a defined benefits plan and once all the defined benefits have been satisfied or provided for (as is the case), the balance or any surplus is to be disposed of at the discretion of the company. The plan was not established to create a fund to be divided up among the employees, but rather to provide them with specific pensions on retirement.

He concluded that the Stearns fund was never impressed with a trust, nor could one be implied to any part of the Air Products fund which evolved from the prior Stearns plans. The company's right to control the allocation of surplus was determined in 1970, and the amalgamation of the Stearns and the Catalytic plans did not create any employee entitlement to such surplus.

The Chief Justice next considered the Catalytic plans. The first began in 1959 as a defined contribution plan. Unlike the original Stearns plan, this plan was never terminated. Rather it was amended several times over the following twenty-five years. The 1959 plan included a Trust Agreement entered into between Catalytic and the Canada Trust Company for the administration of the pension fund. It contained a provision prohibiting the company from recovering any sums paid into the fund, and an amendment provision which prohibited any amendment which had the effect of reducing members' benefits. These three features were also present in the 1966 restatement of the Catalytic Plan,

le consentement du ministre du Revenu national et du surintendant des régimes de retraite, l'art. 14.3 avait pour effet de modifier une disposition plus générale interdisant toute modification, cessation ou utilisation de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés.

Par conséquent, compte tenu de l'ensemble des dispositions du régime, le juge en chef Moore conclut ceci, à la p. 208:

[TRADUCTION] À compter de la cessation du régime antérieur de Stearns en 1969, la compagnie avait droit à tout surplus puisqu'elle se l'était réservé depuis le début. Le régime ayant cessé, la compagnie pouvait se réserver le surplus. La compagnie n'a alors conclu aucun acte de fiducie, passant plutôt un contrat de rente. Quant au régime de Stearns, il s'agit d'un régime à prestations déterminées et une fois qu'on a versé toutes ces prestations ou encore pourvu à leur versement (comme en l'espèce), le solde ou tout surplus doit être aliéné à la discrétion de la compagnie. La création du régime ne visait donc pas à établir une caisse qui serait répartie entre les employés, mais plutôt à verser à ces derniers des prestations déterminées à leur retraite.

Il a conclu que la caisse de Stearns n'avait jamais été assujettie à une fiducie et qu'on ne pouvait pas non plus déduire l'existence d'une telle fiducie à l'égard d'une partie de la caisse d'Air Products provenant des régimes antérieurs de Stearns. Le droit de la compagnie de contrôler la répartition d'un surplus a été établi en 1970 et la combinaison des régimes de Stearns et de Catalytic n'a pas conféré aux employés le droit à ce surplus.

Le Juge en chef a ensuite étudié les régimes de Catalytic. Le premier, créé en 1959, était un régime à cotisations déterminées. Contrairement au premier régime de Stearns, on n'a jamais mis fin à ce régime. Il a plutôt été modifié à maintes reprises au cours des vingt-cinq années suivantes. Le régime de 1959 comportait un acte de fiducie conclu entre Catalytic et la Société Canada Trust pour la gestion de la caisse de retraite. Une disposition du régime interdisait à la compagnie de recouvrer toute somme versée dans la caisse, et une autre interdisait toute modification ayant pour effet de réduire les prestations des participants. Ces trois caractéristiques existaient également dans le

although by then the plan had been changed from a money purchase plan to a defined benefits plan.

Moore C.J. noted that although in 1974 the agreement between Canada Trust and Catalytic was terminated and replaced by an investment contract with Confederation Life, there was no evidence that the trust itself had terminated. He was therefore of the opinion that the trust was still in place in 1978 when Catalytic purported to amend the plan in order to give itself the right to any surplus remaining upon termination.

Moore C.J., at p. 210, felt that in 1959 Catalytic had created a trust,

[t]he sole object of . . . which . . . was to provide retirement benefits for the employees, not the company. . . . The fund became a trust fund for the benefit of the Catalytic employees.

He was particularly struck, at p. 210, by the wording of the 1959 Trust Agreement:

It states in clear terms that no amendment shall authorize or permit any part of the Fund to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons or their estates. This wording cannot be ignored and in my view it overrides any attempt to amend the trust to give the surplus to the company.

Moore C.J. therefore held that the 1978 amendment was invalid. He further relied upon *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, and *C.A.W., Local 458 v. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, aff'd (1990), 39 E.T.R. 1, in support of his conclusion that, by virtue of the trust in their favour, the former employees of Catalytic were entitled to their portion of the surplus remaining in the Air Products Fund.

Moore C.J. dealt lastly with the issue of the contribution holidays taken by the company. He observed that, under the provisions of the amalgamated plan, Air Products reserved the right to pay its annual contribution to the fund out of existing surplus. He therefore held that the company could

régime de 1966 de Catalytic, bien qu'à cette époque le régime à formule d'achat soit devenu un régime à prestations déterminées.

Le juge en chef Moore a signalé que, bien que l'entente conclue en 1974 entre Canada Trust et Catalytic ait pris fin pour être remplacée par un contrat de placement conclu avec La Confédération, aucune preuve n'indiquait que la fiducie elle-même avait cessé d'exister. Il était donc d'avis que la fiducie existait toujours en 1978, lorsque Catalytic a voulu modifier le régime pour se conférer le droit à tout surplus restant à la cessation du régime.

Le juge en chef Moore estime, à la p. 210, qu'en 1959 Catalytic avait créé une fiducie qui

[TRADUCTION] [a]vait pour unique objet d'offrir des prestations de retraite aux employés, et non à la compagnie [. . .] La caisse est devenue assujettie à une fiducie en faveur des employés de Catalytic.

Il est particulièrement frappé, à la p. 210, par le texte de l'acte de fiducie de 1959:

[TRADUCTION] Il précise clairement qu'aucune modification ne doit autoriser ou permettre l'utilisation ou l'utilisation d'une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif de ces personnes ou de leur succession. Ce texte ne saurait être ignoré et, à mon avis, il l'emporte sur toute tentative de modifier la fiducie de façon à remettre le surplus à la compagnie.

Le juge en chef Moore a donc conclu que la modification de 1978 était invalide. Il a en outre invoqué les décisions *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada* (1986), 53 O.R. (2d) 595, et *C.A.W., Local 458 c. White Farm Manufacturing Canada Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 535, conf. par (1990), 39 E.T.R. 1, à l'appui de sa conclusion qu'en vertu de la fiducie créée en leur faveur, les anciens employés de Catalytic avaient droit à leur part du surplus accumulé dans la caisse d'Air Products.

Le juge en chef Moore a finalement examiné la question des périodes d'exonération de cotisations que s'est accordé la compagnie. Il a fait remarquer qu'aux termes du régime combiné Air Products se réservait le droit de se servir du surplus existant pour verser sa cotisation annuelle à la caisse. Par

validly use this surplus for its contribution obligations in the years 1985-88, but that, as a result of the existence of the trust in favour of the Catalytic employees, the contribution could not have been taken from the Catalytic share of the actuarial surplus.

Alberta Court of Appeal (1992), 125 A.R. 224 (McClung, Foisy and Major J.J.A.)

The Court of Appeal affirmed the judgment of Moore C.J., adding only two brief comments. The former Stearns employees argued again that the Stearns plan had been amended in 1982 so as to give them title to the surplus. The court noted that the chambers judge held that the draft provision the employees relied upon never became part of the plan and found no evidence to suggest that he was wrong in this conclusion.

Secondly, the Court of Appeal dealt with the employees' argument that the company was bound by the terms of an employee benefits brochure issued in 1982 to give the surplus to the employees. Under the heading "Future of the Plan" that brochure provided (p. 227):

In the event there is a surplus in the fund after all benefits have been paid, it is the Company's intention the surplus will be distributed in an equitable manner to the employees active in the Plan at the date of termination.

The chambers judge had noted the existence of this brochure, but did not comment on its legal effect in his judgment.

The Court of Appeal held that the evidence surrounding the brochure was insufficient to alter the plan provisions giving Stearns a discretion as to use of the surplus. The facts were distinguishable from the case of *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274. In *Re Collins* the company had given "repeated assurances" to the employees concerning the surplus in the course of collective bargaining, and it knew that the employees were aware of the surplus and

conséquent, a-t-il conclu, la compagnie pouvait à bon droit utiliser ce surplus pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisation au cours des années 1985 à 1988, mais, en raison de l'existence de la fiducie en faveur des employés de Catalytic, la cotisation n'aurait pu être prélevée sur la part du surplus actuariel revenant à Catalytic.

Cour d'appel de l'Alberta (1992), 125 A.R. 224 (les juges McClung, Foisy et Major)

La Cour d'appel a confirmé le jugement du juge en chef Moore, n'ajoutant que deux brefs commentaires. Les anciens employés de Stearns ont soutenu de nouveau que la modification apportée au régime de Stearns en 1982 leur donnait droit au surplus. La cour a fait remarquer que le juge en chambre avait conclu que l'avant-projet de disposition qu'invoquaient les employés n'avait jamais fait partie du régime, et elle n'a trouvé aucun élément de preuve qui portait à croire que sa conclusion était erronée.

La Cour d'appel a ensuite examiné l'argument des employés voulant que la compagnie était tenue, aux termes d'une brochure publiée en 1982 au sujet des prestations des employés, de verser le surplus à ces derniers. Sous la rubrique [TRADUCTION] «Avenir du régime», cette brochure prévoyait (p. 227):

[TRADUCTION] Si la caisse accuse un surplus une fois versées toutes les prestations, la compagnie souhaite que ce surplus soit distribué équitablement aux employés qui cotisent au régime à la date de la cessation.

Le juge en chambre avait souligné l'existence de cette brochure, sans toutefois en commenter l'effet juridique dans son jugement.

La Cour d'appel a conclu que la preuve entourant la brochure n'était pas suffisante pour modifier les dispositions du régime qui permettaient à Stearns d'utiliser le surplus à sa discrétion. Les faits étaient différents de ceux de l'affaire *Re Collins and Pension Commission of Ontario* (1986), 56 O.R. (2d) 274, où, au cours des négociations collectives, la compagnie avait fait des «promesses répétées» aux employés concernant le surplus, alors qu'elle savait que les employés connaissaient

expected to receive it. In this case there was no evidence that any employees knew of or relied upon the Stearns brochure. Finally, the court held that the Stearns employees had failed to demonstrate that the brochure estopped the company from appropriating the surplus, or that the company acted unfairly in the exercise of its discretion to distribute the excess funds.

II. Issues on Appeal

A. *The Appeal (The Catalytic Plan)*

1. Whether the Court of Appeal erred in finding that Air Products was not entitled to the monies deriving from the Catalytic Plan which remained in its employee pension fund following termination of the pension plan and provision of all benefits.
2. Whether the Court of Appeal erred in finding that Air Products was not entitled to take existing actuarial surplus deriving from the Catalytic Plan into account in determining the amount of its annual funding obligation.

B. *The Cross-Appeal (The Stearns Plan)*

1. Whether the Court of Appeal erred in holding that Air Products was entitled to take the surplus remaining in its employee pension fund which was derived from the Stearns plan following termination of the plan and provision of all benefits.
2. Whether the Court of Appeal erred in finding that Air Products was entitled to use existing actuarial surplus not derived from the Catalytic plan in order to fund its required annual contribution to the Air Products plan during the years 1985-88.

III. The Legislative Framework

Two separate regimes affect Canadian employer pension plans in surplus. Each province now has in place some form of pension benefits legislation designed to protect member benefits by ensuring that employers meet their funding obligations and

l'existence du surplus et espéraient le toucher. En l'espèce, il n'y a aucune preuve que les employés connaissaient l'existence de la brochure de Stearns ou qu'ils se sont fondés sur elle. Enfin, la cour a conclu que les employés de Stearns n'avaient pas démontré qu'en raison de la brochure la compagnie ne pouvait s'approprier le surplus, ni qu'elle avait agi inéquitablement dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de répartir les sommes excédentaires.

II. Les questions en litige

A. *Le pourvoi (le régime de Catalytic)*

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products n'avait pas droit aux sommes provenant du régime de Catalytic, qui restaient dans la caisse de retraite des employés après la cessation du régime de retraite et le versement de toutes les prestations?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products n'avait pas le droit de tenir compte du surplus actuariel existant qui provenait du régime de Catalytic pour déterminer le montant de sa cotisation annuelle obligatoire?

B. *Le pourvoi incident (le régime de Stearns)*

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products avait le droit, après la cessation du régime et le versement de toutes les prestations, de s'approprier le surplus provenant du régime de Stearns, qui restait dans la caisse de retraite de ses employés?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'Air Products pouvait se servir du surplus actuariel existant qui ne provenait pas du régime de Catalytic pour effectuer sa cotisation annuelle obligatoire au régime d'Air Products pendant les années 1985 à 1988?

i III. Le cadre législatif

Les surplus accumulés dans les régimes de retraite des employeurs canadiens sont assujettis à deux régimes distincts. Chaque province possède maintenant une forme quelconque de législation en matière de prestations de retraite, destinée à préserver

that pension funds remain solvent. The federal income tax authorities have also attempted to regulate employer pension plans in order to limit the tax relief which employers and employees can obtain for their contributions to pension funds. Some of the provincial statutes have recently begun to deal with the issue of surplus upon plan termination or of contribution holidays. The tax regulation pertaining to surplus has to date taken the form of non-binding Information Circulars rather than legislation.

A. *The Income Tax Act*

Under the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, certain tax benefits are granted to those contributing to registered pension plans. Contributions by employers and employees to a registered pension plan are tax deductible; plan earnings are exempt from taxation, and the taxation of employee benefits is deferred until they are received by the employee. The Act also contains two ceilings, one on the amount which an employer can deduct from income in respect of current service contributions to an employee pension plan, and the other on the maximum benefit which each employee can derive from the employer's deductible contributions.

In addition, on December 31, 1981, Revenue Canada issued Information Circular No. 72-13R7. This circular contains two significant requirements for the registration of pension plans. First, s. 39 of the circular requires that all plans provide that any existing actuarial plan surplus in excess of the employer's normal current service costs over a two-year period must either be refunded to the employer or used to take a contribution holiday. The circular also sets a maximum limit on the benefits which an employee can recover under a plan, and in s. 13.1 stipulates that all pension plans must contain a provision permitting actual surplus to be

ver les prestations des participants en assurant que les employeurs remplissent leurs obligations en matière de financement et que les caisses de retraite demeurent solvables. Les autorités fédérales en matière d'impôt sur le revenu ont également tenté de régir les régimes de retraite des employeurs afin de limiter les allègements fiscaux dont ces derniers et leurs employés peuvent bénéficier à l'égard des cotisations qu'ils versent dans des caisses de retraite. Certaines lois provinciales ont récemment commencé à traiter la question du surplus lors de la cessation d'un régime ou celle des périodes d'exonération de cotisations. La réglementation fiscale relative aux surplus a jusqu'à maintenant pris la forme de circulaires d'information n'ayant aucune force obligatoire, plutôt que celle de textes législatifs.

a A. *La Loi de l'impôt sur le revenu*

La *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, accorde certains avantages fiscaux à ceux qui cotisent à des régimes de retraite enregistrés. Les cotisations versées par les employeurs et les employés dans un régime de retraite enregistré sont déductibles d'impôt, les gains réalisés par le régime sont exempts d'impôt et les prestations ne sont imposées qu'au moment de leur versement aux employés. La Loi fixe également deux plafonds, l'un quant à la somme qu'un employeur peut déduire de son revenu relativement aux cotisations pour services courants versées dans un régime de retraite d'employés, et l'autre quant à la prestation maximale que chaque employé peut tirer des cotisations déductibles de l'employeur.

De plus, le 31 décembre 1981, Revenu Canada a publié la circulaire d'information n° 72-13R7 qui énonce deux exigences importantes à l'égard de l'enregistrement des régimes de retraite. D'abord, l'art. 39 de la circulaire exige que tous les régimes prévoient que tout surplus actuariel existant du régime qui excède le coût normal des services courants de l'employeur au cours d'une période de deux ans doit être remboursé à ce dernier ou utilisé aux fins d'une période d'exonération de cotisations. La circulaire fixe également une limite maximale aux prestations que l'employé peut recouvrer en vertu d'un régime, alors que l'art. 13.1 précise

refunded to employers upon termination of the plan. However, these requirements were never incorporated into the *Income Tax Act* or its Regulations during the lifetime of the Air Products plan or its predecessors.

One of the results of the Information Circular has been that many pension plans which originally were silent on the issue of surplus or which stated that employer contributions to a plan were "irrevocable" have been amended to provide that any surplus should be refunded to employers upon termination of the plan. Air Products cites the Information Circular in support of its position, presumably as evidence that Revenue Canada supports employer ownership of a surplus. The employees in turn emphasize the non-binding effect of the circular and contend that the employer's motivation for amending the plan is not a relevant consideration in determining its legal effect.

Several years ago I agreed with Zuber J.A. of the Ontario Court of Appeal that the Information Circular is of limited legal significance: *King Seagrave Ltd. v. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), aff'g (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.). I am still of that opinion. At the time the pension plans which are the subject of these appeals were wound up, the requirements contained in the circular did not have binding legal force. The circular did not purport to clarify any provisions of the *Income Tax Act*, and the fact that some pension plans may have been amended to comply with its provisions does not alter my approach to the surplus entitlement issue.

B. Provincial Legislation

No Canadian province has yet dealt directly with the issue of ownership of or entitlement to pension surplus by legislation. The preferred approach in most jurisdictions has been to provide

que tous les régimes de retraite doivent comporter une disposition permettant le remboursement d'un surplus réel aux employeurs lors de la cessation du régime. Toutefois, ces exigences n'ont jamais été incorporées dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou dans son règlement d'application pendant la durée du régime d'Air Products ou des régimes qui l'ont précédé.

À la suite de la circulaire d'information, notamment, de nombreux régimes de retraite, qui ne traitaient pas, au départ, de la question du surplus ou qui déclaraient «irrévocables» les cotisations d'un employeur à un régime, ont été modifiés de manière à prévoir que tout surplus devrait revenir à l'employeur lors de la cessation du régime. Air Products cite la circulaire d'information à l'appui de sa position, vraisemblablement comme preuve que Revenu Canada soutient le droit de propriété de l'employeur sur un surplus. Les employés, pour leur part, insistent sur l'effet non obligatoire de la circulaire et prétendent que la raison qui pousse l'employeur à modifier le régime n'est pas un facteur pertinent pour déterminer son effet juridique.

Il y a plusieurs années, j'ai convenu avec le juge Zuber de la Cour d'appel de l'Ontario que la circulaire d'information avait une importance limitée sur le plan juridique: *King Seagrave Ltd. c. Canada Permanent Trust* (1986), 13 O.A.C. 305 (C.A.), conf. (1985), 51 O.R. (2d) 667 (H.C.). Je suis toujours de cet avis. Au moment où les régimes de retraite qui font l'objet des présents pourvois ont été liquidés, les exigences contenues dans la circulaire n'avaient pas force obligatoire. La circulaire n'avait pas pour objet de clarifier des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le fait que certains régimes de retraite puissent avoir été modifiés de manière à se conformer aux dispositions de la circulaire ne change rien à ma façon d'aborder la question du droit au surplus.

B. La législation provinciale

Aucune province canadienne n'a, à ce jour, légiféré directement sur la question de la propriété ou du droit au surplus d'un régime de retraite. Dans la plupart des cas, on a préféré prévoir qu'il ne sau-

that the withdrawal or transfer of actuarial surplus can only be accomplished when certain specified conditions have been met. See, for example, the Ontario *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8. The British Columbia *Pension Benefits Standards Act*, S.B.C. 1991, c. 15, requires that all pension plans must contain clauses providing for the arbitration of disputes concerning entitlement to surplus or contribution holidays. Manitoba has also enacted an interesting variation on the treatment of surplus funds. Section 26(2) of its *Pension Benefits Act*, R.S.M. 1987, c. P32, provides that no existing surplus may be withdrawn from a pension fund unless the Pension Commission "believes it equitable to do so".

The B.C. and Manitoba provisions represent welcome legislative steps. Regrettably, a comprehensive approach to the issues arising from pension surplus has yet to be enacted in any part of this country. The courts have on a number of occasions been required to determine the allocation of pension surplus. Yet the courts are limited in their approach by the necessity of applying the sometimes inflexible principles of contract and trust law. The question of entitlement to surplus raises issues involving both social policy and taxation policy. The broad policy issues which are raised by surplus disputes would be better resolved by legislation than by a case-by-case consideration of individual plans. Yet that is what now must be undertaken.

The pension plans under consideration are governed by the Alberta *Employment Pension Plans Act*, S.A. 1986, c. E-10.05 (proclaimed into force January 1, 1987). Section 42(2) of the Act requires that all plans provide for the allocation of surplus on termination to either the employer, the employees, or both. Section 58 prohibits employer withdrawal of surplus from an ongoing fund unless such withdrawal is specifically permitted in the plan and the permission of the Superintendent of Pensions is obtained.

rait y avoir de retrait ou de transfert d'un surplus actuariel que si certaines conditions précises sont remplies. Voir, par exemple, la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.8. Pour sa part, la *Pension Benefits Standards Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1991, ch. 15, requiert que tous les régimes de retraite prévoient l'arbitrage des litiges portant sur le droit à un surplus ou sur les périodes d'exonération de cotisations. Le Manitoba a lui aussi adopté une variante intéressante quant au traitement des sommes excédentaires. Le paragraphe 26(2) de la *Loi sur les prestations de pension*, L.R.M. 1987, ch. P32, prévoit qu'aucun surplus existant ne peut être retiré d'une caisse de retraite, sauf si la Commission des pensions «croit qu'il est juste qu'un tel versement soit effectué».

Les dispositions législatives adoptées par la Colombie-Britannique et le Manitoba sont bienvenues. Malheureusement, nulle part au pays n'a-t-on répondu exhaustivement aux questions qui se posent en matière de surplus accumulé dans les régimes de retraite. Les tribunaux ont dû, à maintes reprises, statuer sur la répartition d'un surplus de caisse de retraite. Cependant, ils sont limités dans leur démarche par la nécessité d'appliquer les principes parfois inflexibles du droit des contrats et du droit des fiducies. Le droit à un surplus soulève des questions tant de politique sociale que de politique fiscale. Les questions de principe générales soulevées dans les litiges en matière de surplus seraient plus adéquatement résolues par voie législative que par un examen individuel de chaque régime. Or, c'est ce qu'il faut maintenant entreprendre.

Les régimes de retraite examinés sont régis par l'*Employment Pension Plans Act* de l'Alberta, S.A. 1986, ch. E-10.05 (promulguée le 1^{er} janvier 1987). Le paragraphe 42(2) de cette loi exige que tous les régimes prévoient l'attribution de tout surplus lors de leur cessation soit à l'employeur, soit aux employés, soit aux deux à la fois. L'article 58 interdit à l'employeur de retirer le surplus d'une caisse existante, sauf si le régime le permet expressément et si on a obtenu l'autorisation du surintendant des régimes de retraite:

Withdrawal, together with the issue of contribution holidays, is also referred to in s. 34(9) of the Regulations to the Act (Alta. Reg. 364/86) which provides:

34 ...

(9) Where the actuarial valuation report ... reveals that the plan has surplus assets,

(b) when the unfunded liabilities have been amortized or where no unfunded liability exists, the surplus assets may be

(i) used to increase benefits,

(ii) left in the plan,

(iii) if the plan does not so prohibit, applied to reduce the employer contributions referred to in subsection (3)(a), or

(iv) where no solvency deficiency exists and subject to section 58 of the Act and section 39 of this Regulation, paid or transferred to the employer.

The *Employment Pension Plans Act* and its regulations do no more than establish that surplus entitlement must be determined by the wording of the plan. Contribution holidays are permitted provided they are not prohibited by the plan. The previous legislation governing pensions in Alberta, the *Pension Benefits Act*, R.S.A. 1980, c. P-3, did not deal with either surplus remaining on termination or with contribution holidays. As a result, the primacy of the wording of individual pension plans has never been displaced by legislation, and it is therefore those specific provisions which must be considered.

IV. Relevant Pension Plan Provisions

The parties most helpfully compiled a summary of the history and relevant provisions of all the pension plans and related documents pertinent to these appeals. An abbreviated version of this summary, taken from the Agreed Statement of Facts, is attached as an appendix to these reasons.

Le retrait de même que la question des périodes d'exonération de cotisations sont également mentionnés au par. 34(9) du règlement d'application de la Loi (Alta. Reg. 364/86), qui prévoit:

^a [TRADUCTION] 34 ...

(9) Si le rapport d'évaluation actuarielle [...] révèle que le régime accuse un surplus,

^b b) lorsque le passif non capitalisé a été amorti ou qu'il n'existe aucun passif non capitalisé, le surplus peut être

^c (i) utilisé pour accroître les prestations;

(ii) laissé dans le régime;

(iii) si le régime n'interdit pas de le faire, utilisé pour réduire les cotisations de l'employeur prévues à l'alinéa 3a); ou

^d (iv) en l'absence d'insolvabilité et sous réserve de l'article 58 de la Loi et de l'article 39 du présent règlement, versé ou transféré à l'employeur.

^e L'*Employment Pension Plans Act* et son règlement d'application ne font que prévoir que le droit au surplus doit être déterminé par le texte du régime. Les périodes d'exonération de cotisations sont permises dans la mesure où elles ne sont pas interdites par le régime. La loi qui, auparavant, régissait les régimes de retraite en Alberta, soit la *Pension Benefits Act*, R.S.A. 1980, ch. P-3, ne traitait ni du surplus accumulé à la cessation, ni des périodes d'exonération de cotisations. Ainsi, la prééminence du texte des régimes de retraite individuels n'a jamais été écartée par une loi et ce sont, par conséquent, ces dispositions précises qu'il faut étudier.

IV. Les dispositions pertinentes des régimes de retraite

ⁱ Les parties ont fort utilement dressé un résumé de l'historique et des dispositions pertinentes de tous les régimes de retraite et documents connexes qui sont pertinents à l'égard des présents pourvois. Une version abrégée de ce résumé, tirée de l'exposé conjoint des faits, est annexée aux présents motifs.

V. Analysis

A. *Surplus Entitlement*

An employer who creates an employee pension plan agrees to provide pension benefits to retiring employees. At first, employers undertaking this obligation paid retired employees directly from company income. Gradually, the practice of creating separate pension funds emerged following the passage of regulations designed to protect employees from the bankruptcy or termination of the company, coupled with the realization of employers that the cost of providing pensions is reduced if money is put aside on behalf of present employees for their future benefit.

Pension funds thus began to be structured in several different ways. Investment contracts and trust funds eventually proved to be the most popular forms of pension plan funding for employers since they provided the requisite degree of "irrevocability" of contribution to entitle an employer to obtain tax relief on its pension contributions. The relatively recent phenomenon of pension plan surplus has created an inevitable tension between employers who claim that they never lose their entitlement to monies which they contribute to the fund but which are not needed to provide agreed benefits, and employees who assert that all pension fund monies belong to them. It is suggested that if employers are not able to retrieve surpluses, they will be tempted to fund existing plans less generously. I cannot agree. First, unless the terms of the plan specifically preclude it, an employer is entitled to take a contribution holiday. Second, most pension plans require the level of employer contribution to be determined by an actuary. The employer will not be able to reduce the level of contribution unilaterally below that required according to standard actuarial practice. Third, employers are required by legislation to make up any unfunded liability. Finally, the fact that some employers cannot recoup surplus on termination is unlikely to influence the conduct of employers as a whole. In order to obtain registration, plans created since 1981 must make provision for distribution of

V. Analyse

A. *Le droit au surplus*

L'employeur qui met sur pied un régime de retraite pour ses employés convient de verser des prestations à ceux qui prennent leur retraite. À l'origine, les employeurs s'engageant ainsi payaient les employés retraités directement sur le revenu de la compagnie. La pratique consistant à créer des caisses de retraite distinctes est née progressivement après qu'eurent été adoptés des règlements destinés à protéger les employés de la faillite ou de la fermeture de la compagnie et que les employeurs eurent réalisé que le coût des prestations de retraite est réduit si l'argent destiné aux employés actuels est mis de côté pour leur bénéfice futur.

Les caisses de retraite ont donc commencé à être structurées de plusieurs façons différentes. Les contrats de placement et les fiducies se sont éventuellement révélés être les formes les plus populaires de financement d'un régime de retraite pour les employeurs puisqu'ils fournissaient le degré d'«irrévocabilité» des cotisations nécessaire pour permettre à l'employeur d'obtenir un allégement fiscal pour ses cotisations au régime de retraite. Le phénomène relativement récent des surplus de caisse de retraite a engendré des tensions inévitables entre les employeurs qui prétendent qu'ils n'ont jamais perdu leur droit aux cotisations qu'ils ont versées dans la caisse, mais qui ne sont pas requises pour offrir les prestations convenues, et les employés qui soutiennent que toutes les sommes comprises dans une caisse de retraite leur appartiennent. On laisse entendre que si les employeurs ne sont pas capables de récupérer les surplus, ils seront tentés de financer moins généreusement les régimes existants. Je ne puis être d'accord avec cela. Premièrement, à moins que les modalités du régime ne l'empêchent de le faire, l'employeur a le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations. Deuxièmement, la plupart des régimes de retraite exigent que le montant des cotisations de l'employeur soit fixé par un actuaire. Il ne sera pas possible à l'employeur de réduire unilatéralement le montant de ses cotisations en deçà de ce qui est nécessaire suivant la

surplus on termination. It is generally only in pre-existing plans that the problem of ownership of surplus arises and, as the results of these appeals demonstrate, even then employee entitlement to the surplus is not automatic.

Entitlement to the surplus will often turn upon a determination as to whether the pension fund is impressed with a trust. Accordingly, the first question to be decided in a pension surplus case is whether or not a trust exists.

1. Trust or Contract?

Employer-funded defined benefit plans usually consist of an agreement whereby an employer promises to pay each employee upon retirement a pension which is defined by a formula contained in the plan. A pension fund is created pursuant to the plan, either by way of contract or by way of trust. Whether or not any given fund is subject to a trust is determined by the principles of trust law. If there has been some express or implied declaration of trust, and an alienation of trust property to a trustee for the benefit of the employees, then the pension fund will be a trust fund.

If no trust is created, then the administration and distribution of the pension fund and any surplus will be governed solely by the terms of the plan. However, when a trust is created, the funds which form the *corpus* are subjected to the requirements of trust law. The terms of the pension plan are relevant to distribution issues only to the extent that those terms are incorporated by reference in the instrument which creates the trust. The contract or pension plan may influence the payment of trust

pratique actuarielle normale. Troisièmement, les employeurs sont légalement tenus de compenser tout passif non capitalisé. Enfin, le fait que certains employeurs ne puissent récupérer un surplus à la cessation d'un régime est peu susceptible d'influencer la conduite de l'ensemble des employeurs. Pour être enregistrés, les régimes mis sur pied depuis 1981 doivent pourvoir à la répartition de tout surplus à leur cessation. Ce n'est généralement que dans le cas de régimes antérieurs à cette date que se pose le problème de la propriété des surplus et, comme le démontre l'issue des présents pourvois, même là, le droit des employés au surplus n'est pas automatique.

Le droit au surplus dépendra souvent de la réponse à la question de savoir si la caisse de retraite est assujettie à une fiducie. En conséquence, la première question à trancher dans une affaire de surplus de caisse de retraite est de savoir s'il existe une fiducie.

1. Fiducie ou contrat?

Dans les régimes à prestations déterminées financés par l'employeur, ce dernier s'engage généralement à verser à chaque employé retraité des prestations déterminées selon une formule prévue dans le régime. Une caisse de retraite est créée conformément au régime, soit par contrat, soit par fiducie. La question de savoir si une caisse de retraite est assujettie à une fiducie est résolue par les principes du droit des fiducies. S'il y a eu une déclaration expresse ou implicite de fiducie et si les biens en fiducie ont été confiés à un fiduciaire pour le bénéfice des employés, la caisse de retraite constituera alors un fonds en fiducie.

Si aucune fiducie n'est créée, la gestion et la répartition de la caisse de retraite et de tout surplus accumulé seront régies uniquement par les modalités du régime. Toutefois, lorsqu'une fiducie est créée, le fonds qui forme le capital est assujetti aux exigences du droit des fiducies. Les modalités du régime de retraite ne sont alors pertinentes, quant aux questions de répartition, que dans la mesure où elles sont insérées par renvoi dans l'acte qui crée la fiducie. Le contrat ou régime de retraite peut

funds but its terms cannot compel a result which is at odds with the existence of the trust.

Typically, when a pension fund is subject to a trust, several issues arise: Are such trusts for a purpose or are they "classic" trusts? What part of the pension fund is subject to the trust? To what extent can a settlor-employer alter the terms of a trust in order to appropriate the fund surplus for itself? Is the surplus subject to a resulting trust? Let us consider the nature of the trust in this case.

2. Purpose or 'True' Trust?

Air Products has suggested that the Catalytic pension fund was not subject to an express trust but instead to a trust for a purpose. Relying on *dicta* of the British Columbia Court of Appeal in *Hockin v. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, the company argues that a trust set up as part of a pension plan constitutes a trust whose sole purpose is to provide defined benefits to members. Once those benefits have been provided the purpose is fulfilled, the trust expires and the terms of the pension plan alone determine entitlement to any remaining fund surplus. I cannot accept this proposition.

Trusts for a purpose are a rare species. They constitute an exception to the general rule that trusts for a purpose are void. (See D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 127-28.) The pension trust is much more akin to the classic trust than to the trust for a purpose. I agree with the following comments of the Pension Commission of Ontario in *Arrowhead Metals Ltd. v. Royal Trust Co.* (March 26, 1992), unreported, at pp. 13-15, cited by Adams J. in *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449, at p. 510:

Purpose trusts are trusts for which there is no beneficiary; that is, they are trusts where no person has an equitable entitlement to the trust funds. Funds are

influer sur le paiement des fonds de la fiducie, mais ses modalités ne peuvent forcer un résultat qui soit incompatible avec l'existence de la fiducie.

Habituellement, lorsqu'une caisse de retraite est assujettie à une fiducie, plusieurs questions se posent: S'agit-il d'une fiducie à une fin ou d'une fiducie «classique»? Quelle partie de la caisse de retraite est assujettie à la fiducie? Dans quelle mesure l'employeur constituant peut-il modifier les termes d'une fiducie pour s'approprier le surplus de la caisse? Ce surplus est-il assujetti à une fiducie par déduction? Voyons la nature de la fiducie en l'espèce.

2. Fiducie à une fin ou fiducie «véritable»?

Air Products a laissé entendre que la caisse de retraite de Catalytic était assujettie non pas à une fiducie expresse, mais plutôt à une fiducie à une fin. Invoquant les remarques incidentes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Hockin c. Bank of British Columbia* (1990), 71 D.L.R. (4th) 11, la compagnie soutient qu'une fiducie créée dans le cadre d'un régime de retraite a pour seule fin de verser des prestations déterminées aux participants à ce régime. Une fois que ces prestations sont versées, la fin est réalisée, la fiducie est éteinte et seules les modalités du régime de retraite déterminent qui a droit à toute somme excédentaire. Je ne puis souscrire à cette proposition.

Les fiducies à une fin sont rares. Elles sont une exception à la règle générale qui veut que les fiducies à une fin soient nulles. (Voir D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), aux pp. 127 et 128.) La fiducie de régime de retraite s'apparente beaucoup plus à la fiducie classique qu'à la fiducie à une fin. Je partage les commentaires suivants de la Commission des régimes de retraite de l'Ontario, dans l'arrêt *Arrowhead Metals Ltd. c. Royal Trust Co.* (26 mars 1992), inédit, aux pp. 13 à 15, cité par le juge Adams dans *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 11 O.R. (3d) 449, à la p. 510:

[TRADUCTION] Dans le cas des fiducies à une fin, aucun bénéficiaire n'est désigné; en d'autres termes, personne n'a un droit d'*equity* sur les fonds en fiducie.

deposited in trust in order to see that a particular purpose is filled; people may benefit, but only indirectly.

People are clearly direct beneficiaries of pension trusts. Pension trusts are established not to effect some purpose, such building [*sic*] a recreation centre, but to provide money on a regular basis to retired employees. It misconceives both the nature of a purpose trust and of a pension trust to suggest that pensions are for purposes, not persons. It is important to recognize that the characterization of pension trusts as purpose trusts results in the pension text, a contract, taking precedence over the trust agreement. That is, in making common law principles of contract paramount to the equitable principles of trust law. It is trade [*sic*] law that where common law and equity conflict, equity is to prevail. In light of that rule, it seems inappropriate to do indirectly that which could not be done directly.

To repeat, the first step is to determine whether or not the pension fund is in fact a pension trust. This will most often be revealed by the wording of the pension plan itself, but may also be implied from the plan and from the way in which the pension fund is set up. A pension trust is a "classic" or "true" trust and not a mere trust for a purpose. If there is no trust created under the pension plan, the wording of the pension plan alone will govern the allocation of any surplus remaining on termination. However, if the fund is subject to a trust, different considerations may govern.

3. The Definition of the Trust Fund

Before proceeding to an examination of the actual effect of the trust, one more brief investigation must be undertaken. That is the determination of whether all of the monies contained in a given pension fund are subject to the trust, or whether the surplus remaining after termination is separate from the remainder of the fund and thus not subject to the trust. In creating a pension plan and accompanying trust, an employer may be able to

Des fonds sont déposés en fiducie pour réaliser une fin particulière; des personnes peuvent en bénéficier, mais seulement indirectement. . . .

Des personnes sont manifestement bénéficiaires directs des fiducies de régime de retraite. Ces dernières sont créées non pas pour réaliser une fin, comme la construction d'un centre récréatif, mais pour que des sommes soient versées régulièrement à des employés retraités. C'est mal concevoir la nature d'une fiducie à une fin et celle d'une fiducie de régime de retraite que de dire que les prestations de retraite sont versées pour une fin et non pour des personnes. Il importe de reconnaître que, si les fiducies de régime de retraite sont qualifiées de fiducies à une fin, il en résulte que le texte du régime, un contrat, aura préséance sur l'acte de fiducie. Autrement dit, les principes de common law du droit des contrats l'emporteront sur les principes d'*equity* du droit des fiducies. Or, il est bien établi en droit que lorsque la common law et l'*equity* s'opposent, cette dernière doit prévaloir. Compte tenu de cette règle, il semble peu approprié de faire indirectement ce qui ne pourrait être fait directement.

Je le répète, la première étape consiste à déterminer si la caisse de retraite constitue en fait un régime de retraite assujéti à une fiducie. On trouvera le plus souvent la réponse à cette question dans le texte du régime de retraite lui-même, mais il se peut également qu'elle ressorte implicitement du régime et de la façon dont la caisse de retraite est mise sur pied. La fiducie de régime de retraite est une fiducie «classique» ou «véritable», et non une simple fiducie à une fin. Si aucune fiducie n'est créée en vertu du régime de retraite, seul le texte du régime régira la répartition de toute somme excédentaire lors de la cessation. Toutefois, si la caisse est assujétiée à une fiducie, différentes considérations peuvent s'appliquer.

3. La définition du fonds en fiducie

Avant d'étudier l'effet réel de la fiducie, il faut procéder à un autre bref examen, c'est-à-dire qu'il faut se demander si tout l'argent contenu dans une caisse de retraite donnée est assujéti à la fiducie, ou si le surplus qui reste après la cessation est distinct du reste de la caisse et échappe ainsi à la fiducie. En créant un régime de retraite assorti d'une fiducie, un employeur peut être en mesure de définir l'objet de la fiducie de façon à n'inclure que le

define the subject matter of the trust so as to include only the amount necessary to cover the employee benefits owed. However, very specific wording will be necessary before an ongoing surplus will be excluded from the operation of the pension trust. ^a

The definition of the trust fund in the pension plan and in the trust agreement will usually establish that any surplus monies form part of the trust. ^b In *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada*, *supra*, for example, part of Canada Dry's pension plan, cited at p. 596 of the judgement of Zuber J.A., provided:

10.1 A Trustee shall be appointed by the Board of Directors from time to time and a Trust Agreement executed between the Board of Directors and such trustee, under the terms of which a Trust Fund shall be established to receive and hold all Contributions payable by the Members and the Company, interest and other income, and to pay the benefits provided by the Plan and any of its expenses not paid directly by the Company. ^d
[Emphasis added.] ^e

In the absence of any more specific definition of the content of the trust fund in either the plan or the trust agreement such a phrase establishes that all money in the care of the trustee is subject to the trust in favour of the employees. The wording of the plan in *Hockin, supra*, at p. 13, was even more explicit: ^f

(h) "Fund" means the trust consisting of all sums of money and other property as shall from time to time be paid or delivered to the Trustee in accordance with the provisions hereof, all investments and proceeds thereof and all earnings, profits and other accretions thereto, less all payments and deductions that are made therefrom as herein provided. ^h

I would have thought that the wording of this clause would make it clear that any existing surplus formed a part of the trust and was subject to the provisions of the trust. ⁱ

The definition of the trust fund should not be confused with the issue of the definition of the

montant nécessaire pour couvrir les prestations dues aux employés. Toutefois, il faudra un texte très précis pour qu'un surplus existant échappe à l'application de la fiducie de régime de retraite.

La définition du fonds en fiducie dans le régime de retraite et dans l'acte de fiducie établira généralement que les sommes excédentaires font partie de la fiducie. Par exemple, dans l'arrêt *Re Reeve and Montreal Trust Co. of Canada*, précité, une partie du régime de retraite de Canada Dry, cité à la p. 596 des motifs du juge Zuber, prévoyait ceci: ^c

[TRADUCTION]

10.1 Le conseil d'administration nomme un fiduciaire et il conclut avec ce dernier un acte de fiducie aux termes duquel un fonds en fiducie est établi afin que toutes les cotisations des participants et de la compagnie y soient versées, de même que les intérêts et autres revenus, et afin de verser les prestations prévues par le régime et de payer les frais y relatifs qui ne sont pas payés directement par la compagnie. [Je souligne.]

À défaut d'une définition plus précise du contenu du fonds en fiducie dans le régime ou dans l'acte de fiducie, pareille phrase établit que tout l'argent confié au fiduciaire est assujéti à la fiducie en faveur des employés. Le texte du régime dans *Hockin*, précité, à la p. 13, était même plus explicite: ^g

[TRADUCTION]

h) «fonds» La fiducie qui réunit toutes les sommes versées et autres biens confiés à l'occasion au fiduciaire conformément aux présentes dispositions, de même que tous les placements et leurs produits, les gains, les profits et autres accroissements réalisés, moins tous les paiements et toutes les déductions effectués sur celle-ci conformément aux présentes.

J'aurais cru que le texte de cette disposition ferait clairement ressortir que tout surplus existant faisait partie de la fiducie et était assujéti à ses dispositions.

On ne devrait pas confondre la définition du fonds en fiducie avec la question de la détermina-

benefits to which the employee/beneficiaries are entitled according to the terms of the pension plan. As the examples demonstrate, the trust fund will normally include all monies contributed to the pension fund, including both any ongoing actuarial surplus and any surplus on termination.

4. Amendment of the Trust

When a pension fund is impressed with a trust, that trust is subject to all applicable trust law principles. The significance of this for the present appeals is twofold. Firstly, the employer will not be able to claim entitlement to funds subject to a trust unless the terms of the trust make the employer a beneficiary, or unless the employer reserved a power of revocation of the trust at the time the trust was originally created. Secondly, if the objects of the trust have been satisfied but assets remain in the trust, those funds may be subject to a resulting trust.

The settlor of a trust can reserve any power to itself that it wishes provided the reservation is made at the time the trust is created. A settlor may choose to maintain the right to appoint trustees, to change the beneficiaries of the trust, or to withdraw the trust property. Generally, however, the transfer of the trust property to the trustee is absolute. Any power of control of that property will be lost unless the transfer is expressly made subject to it.

Employers seeking to obtain a pension surplus have frequently made the argument that they reserved a power to revoke, or to revoke partially the pension trust fund they set up for the benefit of their employees. This approach has had mixed results. The inconsistency of the decisions on the revocation of pension trusts exists on two levels. At one level, the different decisions can be explained on the basis of the wording of the particular amending clause and the limitations put upon it in each case. However, the decisions also reveal a more fundamental difference of opinion as to whether the revocation of trusts is possible when a

tion des prestations auxquelles les employés-bénéficiaires ont droit aux termes du régime de retraite. Comme les exemples le démontrent, le fonds en fiducie inclut normalement toutes les cotisations versées dans la caisse de retraite, y compris tout surplus actuariel existant et tout surplus accumulé à la cessation.

4. Modification de la fiducie

La caisse de retraite assujettie à une fiducie est soumise à tous les principes applicables du droit des fiducies. Cela revêt une double importance en l'espèce. Premièrement, l'employeur ne pourra revendiquer le droit aux fonds assujettis à une fiducie que s'il est bénéficiaire aux termes de la fiducie ou s'il s'est réservé le pouvoir de révoquer la fiducie au moment où elle a été créée. Deuxièmement, si les objets de la fiducie sont atteints mais qu'il reste des éléments d'actif dans la fiducie, ces fonds peuvent faire l'objet d'une fiducie par déduction.

Le constituant d'une fiducie peut se réserver les pouvoirs qu'il désire à condition de le faire au moment où la fiducie est créée. Il peut ainsi se réserver le droit de nommer des fiduciaires, de changer les bénéficiaires de la fiducie ou de retirer les biens en fiducie. En général, toutefois, le transfert des biens en fiducie au fiduciaire est absolu. Tout pouvoir de contrôler ces biens sera perdu, sauf si le transfert est expressément assujetti à ce pouvoir.

Les employeurs qui cherchent à s'approprier un surplus de caisse de retraite ont souvent fait valoir qu'ils s'étaient réservé le pouvoir de révoquer à tout le moins partiellement la fiducie de régime de retraite qu'ils ont créée au bénéfice de leurs employés. Cette approche a entraîné des résultats divers. L'incohérence des décisions portant sur la révocation des fiducies de régime de retraite se manifeste à deux niveaux. D'une part, les différentes décisions peuvent s'expliquer par le texte de la disposition modificatrice en cause et les restrictions qui lui sont imposées dans chaque cas. D'autre part, les décisions révèlent également une divergence d'opinions plus fondamentale quant à savoir si une fiducie peut être révoquée lorsque le

settlor has reserved a broad power of amendment. This difference must be resolved in this case.

The differing approaches to revocation of the trust are perhaps most starkly illustrated by the cases of *Reevie, supra*, and *Hockin, supra*. In both of these cases, a trust fund was established pursuant to a pension plan which contained a broad power of amendment. Each amending power was subject only to the proviso that no amendment could reduce members' entitlement to accrued benefits.

The court in *Reevie* relied upon a passage from *Waters* to the effect that it is a cardinal rule of trust law that a settlor can only revoke his or her trust when the settlor has expressly reserved the power to do so and found that the broad amendment power reserved by Canada Dry did not amount to an express reservation. The Court in *Hockin*, on the other hand, preferred the approach of McLennan J. in *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.).

In *Re Campbell-Renton & Cayley*, the settlors of a private trust sought to revoke the trust in order to set up a more tax-beneficial trust in England. After considering the unlimited power of amendment contained in the trust agreement, McLennan J. stated at pp. 552-53:

I am advised that there is no decision either in England or in this country as to whether or not a power to alter and amend includes the power to revoke or perhaps it would be better to say includes a power to amend in such a way as to permit the revocation of the trust instrument but there is American law on the subject and statements in 3 *Scott's Law of Trusts*, 2nd ed., pp. 2393, 2402-3, 2413, 2395 and 2416 and at the latter citation it is stated that an unrestricted power to amend is equivalent to a power to revoke.

McLennan J. elected to follow the American jurisprudence on this point, as did the court in *Hockin* at p. 19 which relied upon the following more recent excerpt from Scott (*The Law of Trusts* (4th ed. 1989), vol. 4, at pp. 346-48):

constituant s'est réservé un large pouvoir de modification. Nous devons résoudre cette divergence en l'espèce.

Les différentes façons d'aborder la révocation de la fiducie sont peut-être illustrées d'une manière plus frappante par les arrêts *Reevie* et *Hockin*, précités. Dans ces deux affaires, une fiducie avait été établie conformément à un régime de retraite qui conférerait un large pouvoir de modification, assujéti à la seule condition qu'aucune modification ne puisse réduire le droit des participants aux prestations accumulées.

Dans l'affaire *Reevie*, la cour a invoqué un passage de *Waters* voulant que, selon une règle cardinale du droit des fiducies, le constituant ne puisse révoquer sa fiducie que s'il s'est expressément réservé le pouvoir de le faire, et elle a conclu que le large pouvoir de modification que s'était réservé Canada Dry ne constituait pas une réserve explicite. Dans l'affaire *Hockin*, la cour a, par ailleurs, préféré le point de vue adopté par le juge McLennan dans l'arrêt *Re Campbell-Renton & Cayley*, [1960] O.R. 550 (H.C.).

Dans cet arrêt, les constituants d'une fiducie privée ont cherché à la révoquer pour mettre sur pied, en Angleterre, une autre fiducie plus profitable sur le plan fiscal. Après avoir examiné le pouvoir illimité de modification prévu dans l'acte de fiducie, le juge McLennan affirme, aux pp. 552 et 553:

[TRADUCTION] On m'informe qu'aucune décision n'a été rendue en Angleterre ou ici sur la question de savoir si le pouvoir de modification inclut le pouvoir de révocation, ou peut-être serait-il préférable de dire, s'il inclut le pouvoir de modifier d'une façon qui permette de révoquer l'acte de fiducie. Toutefois, le droit américain en traite et on trouve des exposés sur ce point dans 3 *Scott's Law of Trusts*, 2^e éd., pp. 2393, 2402, 2403, 2413, 2395 et 2416, où on déclare que le pouvoir illimité de modifier équivaut à un pouvoir de révoquer.

Le juge McLennan a choisi de suivre la jurisprudence américaine sur ce point, comme l'a fait la cour dans l'affaire *Hockin*, à la p. 19, en invoquant un passage plus récent de Scott (*The Law of Trusts* (4^e éd. 1989), vol. 4, aux pp. 346 à 348):

330.1. Where the creation of a trust is evidenced by a written instrument that purports to include the terms of the trust, and there is no provision in the instrument expressly or impliedly reserving to the settlor power to revoke the trust, the trust is irrevocable. The intention to reserve a power of revocation need not be manifested by an express provision to that effect; it can be indicated by the use of language from which it may be inferred.

Based upon this authority, the B.C. Court of Appeal concluded at p. 19 that “[a] power to amend includes the power to revoke unless revocation is precluded by specific wording of the power to amend”. With respect, I cannot agree with this position.

In my view the nature and purpose of the trust as it has evolved in Canada is consistent with a more restrictive interpretation as to when the trust instrument will permit a unilateral revocation of the trust. One of the most fundamental characteristics of a trust is that it involves a transfer of property. In the words of D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, *supra*, at p. 291:

... the trust is a mode of disposition, and once the instrument of creation of the trust has taken effect or a verbal declaration has been made of immediate disposition on trust, the settlor has alienated the property as much as if he had given it to the beneficiaries by an out-and-out gift. This almost self-evident proposition has to be reiterated because it is sometimes said that the trust is a mode of “restricted transfer.” So indeed it is, but the restriction does not mean that by employing the trust the settlor inherently retains a right or power to intervene once the trust has taken effect, whether to set the trust aside, change the beneficiaries, name other beneficiaries, take back part of the trust property, or do anything else to amend or change the trust. By restriction is meant that he has transferred the property but subject to restrictions upon who is to enjoy and to what degree. The mode of future enjoyment is regulated in the act of transferring, but the transfer remains a true transfer.

The judgment of the B.C. Court of Appeal in *Hockin*, if followed to its logical conclusion, would mean that the presence of an unlimited

[TRADUCTION] 330.1. Lorsque la création d'une fiducie ressort d'un acte écrit qui est censé inclure les modalités de la fiducie, et qu'il n'existe, dans l'acte, aucune disposition qui réserve explicitement ou implicitement au constituant le pouvoir de révoquer la fiducie, celle-ci est irrévocable. Il n'est pas nécessaire que l'intention de réserver le pouvoir de révocation ressorte d'une disposition expresse en ce sens; elle peut s'inférer du texte utilisé.

À la lumière de cette doctrine, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique conclut, à la p. 19, que [TRADUCTION] «[l]e pouvoir de modifier comprend le pouvoir de révoquer, à moins que la révocation ne soit interdite par le texte même du pouvoir de modifier». En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion.

À mon avis, la nature et l'objet de la fiducie telle qu'elle a évolué au Canada appelle une interprétation plus restrictive quant à savoir dans quels cas l'acte de fiducie permettra une révocation unilatérale. L'une des caractéristiques les plus fondamentales de la fiducie est qu'elle entraîne un transfert de bien. Selon D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, *op. cit.*, à la p. 291:

[TRADUCTION] ... la fiducie est un mode d'aliénation. Une fois que l'acte qui crée la fiducie a pris effet ou qu'une déclaration verbale a été faite quant à l'aliénation immédiate à la fiducie, le constituant aliène le bien tout autant que s'il l'avait remis aux bénéficiaires au moyen d'un don véritable. Cette proposition qui va presque de soi doit être réitérée puisque l'on dit parfois que la fiducie est un mode de «transfert restreint». Elle l'est effectivement, mais cette restriction ne signifie pas qu'en ayant recours à une fiducie, le constituant retient de façon inhérente le droit ou le pouvoir d'intervenir une fois que la fiducie a pris effet pour y mettre fin, pour en changer les bénéficiaires ou en nommer d'autres, pour reprendre une partie des biens en fiducie ou pour faire quoi que ce soit d'autre en vue de modifier la fiducie. Par restriction, on entend que le constituant a transféré le bien, mais sous réserve de certaines restrictions quant à savoir qui en bénéficiera et dans quelle mesure. Le mode de jouissance future est régi dans l'acte de transfert, mais le transfert demeure un véritable transfert.

L'arrêt *Hockin* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, si on en poussait le raisonnement jusqu'à sa conclusion logique, signifierait que

power of amendment in a trust agreement entitles a settlor to maintain complete control over the administration of the trust and the trust property. That result is inconsistent with the fundamental concept of a trust, and cannot, in my opinion, be sustained without extremely clear and explicit language. A general amending power should not endow a settlor with the ability to revoke the trust. This is especially so when it is remembered that consideration was given by the employee beneficiaries in exchange for the creation of the trust. In the case of pension plans, employees not only contribute to the fund, in addition they almost invariably agree to accept lower wages and fewer employment benefits in exchange for the employer's agreeing to set up the pension trust in their favour. The wording of the pension plan and trust instrument are usually drawn up by the employer. The employees as a rule must rely upon the good faith of the employer to ensure that the terms of the specific trust arrangement will be fair. It would, I think, be inequitable to accept the proposition that a broad amending power inserted unilaterally by the employer carries with it the right to revoke the trust. The employer who wishes to undertake a restricted transfer of assets must make those restrictions explicit. Moreover, amendment means change not cancellation which the word revocation connotes.

Furthermore, prior to the 1981 circular, the amendment power in most trust arrangements was specifically made broad and ambiguous at the behest of the employer, who was entitled to tax relief on funds designated for employee pensions only if those funds were committed irrevocably to a trust or some other funding arrangement. The tax motivations of the respective parties to pension plans are not particularly relevant to a judicial interpretation of the trust. However a court should not be eager to sanction a result which would allow an employer to represent to the Minister of National Revenue that it has irrevocably committed funds to an employee pension plan, only to

l'existence d'un pouvoir illimité de modification dans un acte de fiducie autorise le constituant à exercer un contrôle total sur la gestion de la fiducie et sur les biens en fiducie. Ce résultat va à l'encontre de la notion fondamentale d'une fiducie et ne peut, à mon avis, être soutenu en l'absence d'un texte extrêmement clair et explicite. Le pouvoir général de modification ne devrait pas investir le constituant du pouvoir de révoquer une fiducie, et ce, d'autant plus si on considère que les employés bénéficiaires ont versé une contrepartie en échange de la création de la fiducie. Dans le cas des régimes de retraite, non seulement les employés cotisent-ils à la caisse, mais encore ils conviennent presque toujours d'accepter un salaire inférieur et des avantages sociaux réduits en échange de l'établissement par l'employeur d'une fiducie de régime de retraite en leur faveur. Le texte du régime de retraite et l'acte de fiducie sont habituellement rédigés par l'employeur. Les employés doivent, en principe, s'en remettre à la bonne foi de l'employeur pour ce qui est d'assurer que les modalités de l'acte de fiducie en question seront équitables. Il serait, à mon avis, injuste d'accepter la proposition voulant qu'un pouvoir général de modification incorporé unilatéralement par l'employeur comporte le pouvoir de révoquer la fiducie. L'employeur qui souhaite effectuer un transfert restreint de biens doit expliciter ces restrictions. De plus, modifier signifie changer et non annuler comme le connote le terme «révoquer».

En outre, avant la circulaire de 1981, le pouvoir de modification prévu dans la plupart des actes de fiducie était expressément formulé de façon générale et ambiguë à la demande de l'employeur, qui n'avait droit à un allègement fiscal à l'égard de l'argent destiné au régime de retraite des employés que si cet argent était affecté irrévocablement à une fiducie ou à quelque autre convention de financement. Les motivations, sur le plan fiscal, de chaque partie au régime de retraite ne sont pas particulièrement pertinentes relativement à l'interprétation judiciaire de la fiducie. Toutefois, les tribunaux ne devraient pas s'empresser de sanctionner un résultat qui permettrait à un employeur de sou-

later purport to revoke the pension trust in order to recoup surplus funds.

As a result I find that, at least in the context of pension trusts, the reservation by the settlor of an unlimited power of amendment does not include a power to revoke the trust. A revocation power must be explicitly reserved in order to be valid.

5. The Resulting Trust

A resulting trust may arise if the objects of the trust have been fully satisfied and money still remains in the trust fund. In such situations, the remaining trust funds will ordinarily revert by operation of law to the settlor of the fund. However, a resulting trust will not arise if, at the time of settlement, the settlor demonstrates an intention to part with his or her money outright. This is to say the settlor indicates that he or she will not retain any interest in any remaining funds.

Several Canadian cases have dealt with the resulting trust in relation to pension surplus cases. In *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (B.C.S.C.), the pension plan had been terminated. The plan provided that upon termination, assets were to be applied to four listed categories of beneficiaries. All the beneficiaries were paid in accordance with this provision, and a surplus remained in the fund. The trustee of the fund, Canada Trust, sought directions from the court as to how to deal with the surplus.

Gould J. held, at p. 111, that the "purposes of this trust simply did not exhaust the fund and the outcome here, *i.e.*, a surplus balance of \$31,163.38, was not foreseen by the respondent. . . . The situation appears to be one where a resulting trust arises by operation of the law." This conclusion could well be questioned in light of another provision in the plan (at p. 110) which provided

tenir devant le ministre du Revenu national qu'il a irrévocablement affecté de l'argent à un régime de retraite d'employés, pour ensuite tenter de révoquer la fiducie de régime de retraite afin de récupérer les sommes excédentaires.

Par conséquent, j'estime que le pouvoir illimité de modifier une fiducie que se réserve le constituant n'inclut pas le pouvoir de la révoquer, tout au moins dans le contexte des fiducies de régime de retraite. Pour être valide, le pouvoir de révocation doit être explicitement réservé.

5. La fiducie par déduction

Une fiducie par déduction peut prendre naissance si les objets de la fiducie ont été atteints pleinement et qu'il reste des sommes dans le fonds en fiducie. En pareils cas, les fonds en fiducie qui restent reviendront habituellement, en vertu de la loi, au constituant du fonds. Toutefois, aucune fiducie par déduction ne naîtra si, à l'époque de la constitution, le constituant manifeste l'intention de se départir complètement de son argent. En d'autres termes, le constituant indique qu'il ne conservera aucun droit sur les sommes restantes.

Les tribunaux canadiens ont examiné à maintes reprises la fiducie par déduction dans des affaires de surplus de caisse de retraite. Dans l'affaire *Re Canada Trust Co. and Cantol Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 109 (C.S.C.-B.), on avait mis fin au régime de retraite. Celui-ci prévoyait qu'à la cessation l'actif serait réparti entre quatre catégories déterminées de bénéficiaires. Après que tous les bénéficiaires eurent été payés conformément à cette disposition, un surplus est resté dans la caisse. Le fiduciaire de celle-ci, Canada Trust, a demandé au tribunal des directives sur la façon de traiter le surplus.

Le juge Gould a conclu (à la p. 111) que la [TRANSLATION] «réalisation des objets de cette fiducie n'a simplement pas permis d'épuiser le fonds et l'intimée [...] n'avait pas prévu le résultat auquel on est arrivé en l'espèce, *c.-à-d.* le solde excédentaire de 31 163,38 \$. Il paraît s'agir d'une situation où une fiducie par déduction prend naissance en vertu de la loi.» Cette conclusion pourrait bien être

that "no alteration, amendment or termination of the Plan or any part thereof shall permit any part of the trust fund to revert to or to be recoverable by the Company or to be used for or diverted to purposes other than the exclusive benefits of members . . .". Perhaps the decision can be explained on the basis that the employees were not parties before the court and did not contribute to the plan which was funded solely by the employer.

In most cases, the existence of a non-reversion clause will be evidence of a permanent intention to part with the trust property and it will preclude the operation of the resulting trust. The trust agreement in *C.A.W., Local 458 v. White Farm Manufacturing Canada Ltd., supra*, contained the following clause, at p. 538:

No part of the capital or income of the fund shall ever revert to the Company or be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of the employees and former employees under the plan except as therein and herein provided.

I agree with Montgomery J.'s conclusion, at p. 540, that these provisions "effectively dispose of the respondents' arguments that the surplus is subject to the doctrine of resulting trust". The employer had absolutely and irrevocably waived its interest in any surplus that might arise upon the termination of the pension fund despite the contributions it had made to that fund.

The exigencies of tax law are such that preferential tax treatment will only be afforded to registered pension plans. Registration, originally contingent upon clear evidence that the employer's contribution would be irrevocable, now requires a plan to provide that, following termination of the plan, any remaining surplus in excess of the statutory maximum level of employee benefits must revert to the employer. Therefore, the provisions of most registered pension plans will normally themselves exclude the possibility of a resulting trust's

contestée du fait qu'une autre disposition du régime (à la p. 110) prévoyait qu'[TRADUCTION] «aucune modification ou cessation du régime ou d'une partie de celui-ci ne doit permettre qu'une partie du fonds en fiducie soit retournée à la compagnie ou récupérable par cette dernière, ou qu'elle soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants . . .». Cette décision peut peut-être s'expliquer par le fait que les employés n'étaient pas des parties devant le tribunal et ne cotisaient pas au régime qui était financé uniquement par l'employeur.

Dans la plupart des cas, l'existence d'une disposition interdisant la réversion sera la preuve de l'intention de se départir de façon permanente des biens en fiducie et elle empêchera l'application de la fiducie par déduction. L'acte de fiducie en cause dans l'arrêt *C.A.W., Local 458 c. White Farm Manufacturing Canada Ltd.*, précité, contenait la disposition suivante, à la p. 538:

[TRADUCTION] Aucune partie du capital ou du revenu de la caisse ne doit être retournée à la compagnie, ni être utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés et anciens employés participant au régime, si ce n'est en conformité avec les dispositions du régime ou du présent acte de fiducie.

Je souscris à la conclusion du juge Montgomery, à la p. 540, que ces dispositions [TRADUCTION] «réfutant efficacement les arguments des intimés voulant que le surplus soit assujéti au principe de la fiducie par déduction». L'employeur avait absolument et irrévocablement renoncé à son droit à tout surplus qui pourrait être accumulé à la cessation de la caisse de retraite, en dépit des cotisations qu'il y avait versées.

Les exigences du droit fiscal sont telles qu'un traitement fiscal préférentiel ne sera accordé qu'aux régimes de retraite enregistrés. Initialement subordonné à la preuve manifeste que la cotisation de l'employeur serait irrévocable, l'enregistrement requiert aujourd'hui que le régime prévoie qu'à la cessation du régime on remette à l'employeur toute somme restante qui excède le montant maximal des prestations des employés, prévu par la loi. Par conséquent, les dispositions de la plupart des régimes de retraite enregistrés écartent normale-

arising. That is not to say that the resulting trust will never have a place in the context of pension funds. Yet the practical reality is that the factual circumstances which could trigger the operation of a resulting trust will rarely occur in pension surplus cases.

The relevant documents in this case are such that it is not necessary to examine all of the difficult issues which can arise in relation to resulting trusts. Nonetheless, when a resulting trust arises in respect of a contributory plan, I would be inclined to prefer the view of Nitikman J. in *Martin & Robertson Administration Ltd. v. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249, to that of Scott J. in *Davis v. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563 (Ch.D.). Nitikman J. held that where employers and employees are (by virtue of their contributions) settlors of the trust, surplus funds remaining on termination can revert on a resulting trust to both employers and employees in proportion to their respective contributions. Scott J., on the other hand, held that employees cannot benefit from a resulting trust since, by the mere act of contributing to the fund, they manifest an intention to part irrevocably with their money.

I do not think that any general rule can be laid down as to the intentions of employees contributing to a pension trust. Where the circumstances of a particular case do not indicate any particular intention to part outright with money contributed to a pension fund, equity and fairness would seem to require that all parties who contributed to the fund should be entitled to recoup a proportionate share of any surplus subject to a resulting trust. However, this issue should be left to be resolved when it arises.

In most pension trust cases the resulting trust will never arise. This may be because the objects

ment elles-mêmes la possibilité qu'une fiducie par déduction prenne naissance. Cela ne revient pas à dire que la fiducie par déduction n'aura jamais sa place dans le contexte des caisses de retraite. Mais en pratique, les faits qui pourraient déclencher l'application d'une fiducie par déduction surviendront rarement dans les cas de surplus de caisse de retraite.

Les documents pertinents en l'espèce sont tels qu'il n'est pas nécessaire d'examiner toutes les questions épineuses qui peuvent se poser relativement aux fiducies par déduction. Néanmoins, lorsque la question de la fiducie par déduction se pose relativement à un régime contributif, je serais porté à préférer le point de vue du juge Nitikman dans l'arrêt *Martin & Robertson Administration Ltd. v. Pension Commission of Manitoba* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 249, à celui du juge Scott dans l'affaire *Davis c. Richards & Wallington Industries Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 563 (Ch.D.). Le juge Nitikman a statué que, lorsque l'employeur et les employés sont (en vertu de leurs cotisations) les constituants de la fiducie, les sommes excédentaires accumulées à la cessation du régime peuvent, en vertu d'une fiducie par déduction, revenir à l'employeur et aux employés proportionnellement à leurs cotisations respectives. Par contre, le juge Scott a décidé que les employés ne sauraient bénéficier d'une fiducie par déduction parce que, du simple fait qu'ils cotisent à la caisse, ils manifestent l'intention de se départir irrévocablement de leur argent.

Je ne crois pas qu'il soit possible d'énoncer une règle générale quant aux intentions des employés qui cotisent à une fiducie de retraite. Lorsque les circonstances d'une affaire ne révèlent l'existence d'aucune intention particulière de se départir complètement de l'argent versé dans une caisse de retraite, toutes les parties qui ont cotisé à la caisse devraient, pour des motifs d'équité et de justice, avoir droit à une part proportionnelle de tout surplus sous réserve d'une fiducie par déduction. Toutefois, cette question devrait être tranchée lorsqu'elle se posera.

Dans la plupart des affaires mettant en cause une fiducie de régime de retraite, la question de la fidu-

of the trust can never be said to be fully satisfied so long as funds which could benefit the employees remain in the pension trust, or because the settlor has manifested a clear intention to part out-right with its contributions. The operation of the resulting trust may also be precluded by the presence of specific provisions dealing with the disposition of surplus on plan termination.

B. Contribution Holiday

Two issues arise in respect of the contribution holiday. The first is whether or not, in the calculation of an employer's required annual contribution to a pension plan, consideration of actuarial surplus in an ongoing pension fund is permitted by law. The second is whether a consideration of that surplus is permitted or prohibited under the terms of a specific plan.

Both parties to the appeals accept that, subject to the plan provisions, the application of an existing surplus to contribution obligations was at all relevant times permitted by Alberta law. This proposition seems incontrovertible in light of the provisions of the *Employment Pension Plans Act* and *Pension Benefits Act* referred to earlier. It also accords with the provisions of Information Circular No. 72-13R7, *supra*. Therefore the provisions of the plan must determine the issue.

Before turning to the Air Products plan, it may be helpful to review the cases which have dealt with contribution holidays. The Ontario Court of Appeal held in *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620, that Ontario Hydro could not take a contribution holiday when its employee pension plan was in surplus. The pension plan for Hydro employees was unusual in that it was established pursuant to a statute which enacted the employer's obligation to contribute. Section 20(4) of the *Power Corpora-*

cie par déduction ne se posera jamais. Cela peut être dû au fait qu'on ne peut jamais dire que les objets de la fiducie sont pleinement atteints tant que les fonds dont pourraient bénéficier les employés demeurent dans la caisse de retraite en fiducie, ou au fait que le constituant a exprimé clairement l'intention de se départir complètement de ses cotisations. L'application de la fiducie par déduction peut aussi être écartée par l'existence de dispositions précises concernant l'aliénation du surplus lors de la cessation du régime.

B. Période d'exonération de cotisations

Deux questions se posent à l'égard de la période d'exonération de cotisations. La première est de savoir si, dans le calcul de la cotisation annuelle obligatoire de l'employeur à un régime de retraite, la loi permet de tenir compte du surplus actuariel accumulé dans une caisse de retraite existante. La seconde est de savoir s'il est permis ou interdit de tenir compte de ce surplus en vertu d'un régime donné.

Les deux parties aux pourvois conviennent que, sous réserve des dispositions du régime, l'affectation d'un surplus existant à des cotisations obligatoires était en tout temps pertinente permise par la loi albertaine. Cette proposition semble irréfutable compte tenu des dispositions de l'*Employment Pension Plans Act* et de la *Pension Benefits Act* mentionnées précédemment. Elle est également compatible avec les dispositions de la circulaire d'information n° 72-13R7, *op. cit.* Par conséquent, la question doit être résolue en fonction des dispositions du régime.

Avant d'étudier le régime d'Air Products, il peut se révéler utile de revoir la jurisprudence en matière de période d'exonération de cotisations. Dans l'arrêt *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'Hydro Ontario ne pouvait s'accorder une période d'exonération de cotisations au moment où le régime de retraite de ses employés accusait un surplus. Le régime de retraite des employés d'Hydro était inusité du fait qu'il avait été établi conformément à une loi qui

tion Act, R.S.O. 1980, c. 384 (as cited by Robins J.A. at p. 623), provided:

20. . . .

(4) The Corporation *shall* contribute towards the cost of the benefits mentioned in subsection (1) *the amount of the difference between the amount of the contributions of the employees and the amount of the cost of the benefits as determined by actuarial valuations.* [Emphasis of Robins J.A.]

Robins J.A. held that this clause was unequivocal and required Hydro to contribute each year the difference between the cost of the benefits for that year as determined by an actuary and the contributions of the employees. The existence of an ongoing fund surplus was irrelevant to this obligation. Robins J.A. explicitly added at p. 630 that s. 20(4) should not be treated:

. . . as tantamount to stating that “the corporation shall make contributions to the plan on such basis as may be determined by the actuary from time to time” or “the corporation shall contribute to the plan an amount determined by an actuary in accordance with generally accepted actuarial principles”. While clauses of that kind may not be uncommon, particularly in private pension plans, the statutory provisions regulating this plan and under which it operates are not to that effect. Under the formula mandated by the Act, an actuarial valuation is required only for the purpose of ascertaining the cost of the benefits. The actuary is not empowered to set the over-all level of corporation contributions on such basis as he may determine, notwithstanding that his determination may be by reference to generally accepted actuarial principles.

Subsequent cases have limited the application of *Ontario Hydro*. In *Askin v. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641, the Ontario Court of Appeal considered a plan (at p. 644) which required that “[e]ach Contributing Member Hospital shall make contributions to the Plan on a basis determined by the Actuary from time to time”. Carthy J.A. held that this provision allowed the employers to take a contribution holiday. He distinguished *Ontario Hydro* in this way, at p. 651:

obligeait l’employeur à cotiser. Le paragraphe 20(4) de la *Power Corporation Act*, R.S.O. 1980, ch. 384 (cité par le juge Robins, à la p. 623), prévoyait ceci:

[TRADUCTION] 20. . . .

(4) La Société *assume*, à titre de cotisation au coût des prestations prévues au paragraphe (1), *la différence entre la somme des cotisations des employés et le coût de ces prestations, déterminé par voie d’évaluation actuarielle.* [Italiques du juge Robins.]

Le juge Robins a conclu que cette disposition était non équivoque et obligeait Hydro à cotiser chaque année la différence entre le coût des prestations pour l’année, déterminé par un actuaire, et les cotisations des employés. La présence d’un surplus de caisse existant était sans rapport avec cette obligation. Le juge Robins ajoute expressément, à la p. 630, que le par. 20(4) ne devrait pas être considéré:

[TRADUCTION] . . . comme signifiant que «la société doit verser dans le régime les cotisations que l’actuaire peut fixer à l’occasion» ou que «la société doit cotiser au régime une somme déterminée par un actuaire conformément aux principes actuariels généralement reconnus». Si de telles dispositions ne sont pas inhabituelles, particulièrement dans les régimes de retraite privés, les dispositions législatives qui régissent ce régime et en vertu desquelles il s’applique ne vont pas dans ce sens. Selon la formule prescrite par la Loi, l’évaluation actuarielle n’est requise que pour déterminer le coût des prestations. L’actuaire n’est pas habilité à fixer le montant global des cotisations de la société selon l’assiette qu’il détermine, bien qu’il puisse prendre sa décision en se référant aux principes actuariels généralement reconnus.

Des affaires subséquentes ont restreint l’application de l’arrêt *Ontario Hydro*. Dans l’arrêt *Askin c. Ontario Hospital Association* (1991), 2 O.R. (3d) 641, la Cour d’appel de l’Ontario étudie, à la p. 644, un régime qui exigeait que [TRADUCTION] «[c]haque hôpital participant cotise au régime, selon l’assiette déterminée par un actuaire». Le juge Cathy a conclu que cette disposition permettait aux employeurs de s’accorder une période d’exonération de cotisations. Il a établi la distinction suivante d’avec l’arrêt *Ontario Hydro*, à la p. 651:

To repeat for clarity, the *ratio* I take from the *Ontario Hydro* case is that, if a specific calculated contribution is mandated by statute or by the plan itself, it is an indirect use of trust funds to apply surplus to meet that obligation. The intended *ratio* of the present case is that, where the specific method of calculation is not mandated, it is inoffensive and in accordance with statutory authorization and normal actuarial practice to consider a surplus as one factor in the calculation of the contribution.

A contribution holiday was also permitted in *Maurer v. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139 (Gen. Div.). The relevant plan provision there (at p. 144) provided that “[t]he University shall pay into the Fund each year the amount required to fund fully the current service cost of the Plan, as determined by the Actuary, after allowing for the Members’ required contributions”. Haley J. considered that the words “as determined by the Actuary” modified the phrase “the amount required to fund fully the current service cost of the Plan”, and therefore held that the provision enabled the University to use the actuarial surplus to offset current contributions.

Most recently, the Ontario Divisional Court applied *Ontario Hydro* and held that the specific contribution requirements contained in its pension plan prohibited Trent University from taking a holiday from its contributions to its employee pension plan (*Trent University Faculty Assn. v. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451).

Finally, I note that the taking of a contribution holiday was contemplated by the court in *Reevie*, *supra*, even though in that case employees were held to be entitled to the fund surplus upon termination. The thought was expressed in this manner at pp. 600-601:

[TRADUCTION] Par souci de clarté, je réitère le raisonnement qui, à mon avis, sous-tend l’arrêt *Ontario Hydro* et qui veut que, si la loi ou le régime lui-même prescrit une cotisation déterminée, l’usage d’un surplus pour s’acquitter de cette obligation constitue une utilisation indirecte des fonds en fiducie. Le raisonnement qu’on a voulu suivre en l’espèce veut que, lorsqu’aucune méthode précise de calcul n’est prescrite, considérer un surplus comme un facteur dont il faut tenir compte dans le calcul de la cotisation ne porte pas à conséquence et est conforme à l’autorisation d’origine législative et à la pratique actuarielle normale.

Dans l’affaire *Maurer c. McMaster University* (1991), 4 O.R. (3d) 139 (Div. gén.), on a également autorisé une période d’exonération de cotisations. La disposition pertinente du régime dans cette affaire (à la p. 144) prévoyait que [TRADUCTION] «[l]’Université verse annuellement dans la caisse la somme nécessaire pour financer entièrement le coût des services courants du régime, déterminé par l’actuaire, après avoir tenu compte des cotisations obligatoires des participants». Le juge Haley estimait que les mots «déterminé par l’actuaire» atténuaient la phrase «la somme nécessaire pour financer entièrement le coût des services courants du régime» et il a donc conclu que la disposition permettait à l’Université d’utiliser le surplus actuariel pour compenser ses cotisations courantes.

Tout récemment, la Cour divisionnaire de l’Ontario a appliqué l’arrêt *Ontario Hydro* et conclu que les exigences expresses en matière de cotisation prévues dans le régime de retraite de l’Université Trent interdisaient à celle-ci de s’accorder une période d’exonération de cotisation au régime de retraite de ses employés (*Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1992), 99 D.L.R. (4th) 451).

Enfin, je remarque que, dans l’affaire *Reevie*, précitée, la cour a envisagé la possibilité de s’accorder une période d’exonération de cotisations, même si, dans cette affaire, on a conclu que les employés avaient droit au surplus de caisse à la cessation. L’opinion est ainsi exprimée, aux pp. 600 et 601:

While the plan continues to operate, a surplus will simply afford a cushion against years during which the fund performs poorly, or, it may lead to the reduction of future contributions. If the plan is discontinued, other considerations will arise.

All of these cases are perfectly consistent with one another. Together they demonstrate only that whether or not a contribution holiday is permissible must be decided on the basis of the applicable plan provisions. I can see no objection in principle to employers' taking contribution holidays when they are permitted to do so by the terms of the pension plan. When permission is not explicitly given in the plan, it may be implied from the wording of the employer's contribution obligation. Any provision which places the responsibility for the calculation of the amount needed to fund promised benefits in the hands of an actuary should be taken to incorporate accepted actuarial practice as to how that calculation will be made. That practice currently includes the application of calculated surplus funds to the determination of overall current service cost. It is a practice that is in keeping with the nature of a defined benefits plan, and one which is encouraged by the tax authorities.

An employer's right to take a contribution holiday can also be excluded by the terms of the pension plan or the trust created under it. An explicit prohibition against applying an existing fund surplus to the calculation of the current service cost, or other provisions which in effect convert the nature of the plan from a defined benefit to a defined contribution plan, will preclude the contribution holiday. For example, the presence of a specific formula for calculating the contribution obligation, such as those considered in the *Ontario Hydro* and *Trent University* cases, prevents employers from taking a contribution holiday. However, whenever the contribution requirement simply refers to actuarial calculations, the presumption will normally be that it also authorizes the use of standard actuarial practices.

[TRADUCTION] Pendant l'existence du régime, le surplus offre simplement une protection pour les années pendant lesquelles la caisse connaîtra un mauvais rendement, ou il peut entraîner la réduction des cotisations futures. S'il est mis fin au régime, d'autres considérations jouent.

Toutes ces affaires sont parfaitement compatibles les unes avec les autres. Ensemble, elles démontrent seulement que la question de savoir si la période d'exonération de cotisations est permise doit être résolue en fonction des dispositions applicables du régime. Je ne vois, en principe, aucune objection à ce que les employeurs s'accordent des périodes d'exonération de cotisations lorsque le régime de retraite les autorise à le faire. Lorsque le régime ne donne pas expressément cette autorisation, celle-ci peut être déduite du texte de l'obligation de l'employeur de cotiser. Toute disposition qui confie à un actuaire la tâche de calculer le montant requis pour financer les prestations promises devrait être considérée comme incorporant la pratique actuarielle reconnue quant à la façon d'effectuer ce calcul. Cette pratique comprend actuellement l'utilisation des sommes excédentaires calculées pour déterminer le coût global des services courants. C'est une pratique conforme à la nature d'un régime à prestations déterminées, que les autorités en matière d'impôt encouragent.

Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations peut également être exclu par les modalités du régime de retraite ou de la fiducie créée en vertu de ce régime. Une interdiction expresse d'utiliser un surplus de caisse existant pour calculer le coût des services courants, ou d'autres dispositions qui ont pour effet de convertir le régime à prestations déterminées en un régime à cotisations déterminées, empêchent le recours à une période d'exonération de cotisations. Par exemple, l'existence d'une formule précise de calcul de l'obligation de cotiser, comme celles qui ont été examinées dans les affaires *Ontario Hydro* et *Trent University*, empêche les employeurs de s'accorder une période d'exonération de cotisations. Toutefois, lorsque l'exigence en matière de cotisation renvoie simplement à des calculs actuariels, on présumera ordinairement qu'elle autorise également le recours aux pratiques actuarielles normales.

The former Catalytic employees successfully argued before the chambers judge that to permit a contribution holiday is to permit an encroachment upon the trust fund of which they are the beneficiaries. I do not agree. As noted earlier, the trust property usually consists of all the monies contributed to the pension fund. To permit a contribution holiday does not reduce the corpus of the fund nor does it amount to applying the monies contained in it to something other than the exclusive benefit of the employees. The entitlement of the trust beneficiaries is not affected by a contribution holiday. That entitlement is to receive the defined benefits provided in the pension plan from the trust and, depending upon the terms of the trust to receive a share of any surplus remaining upon termination of the plan.

Once funds are contributed to the pension plan they are "accrued benefits" of the employees. However, the benefits are of two distinct types. Employees are first entitled to the defined benefits provided under the plan. This is an amount fixed according to a formula. The other benefit to which the employees may be entitled is the surplus remaining upon termination. This amount is never certain during the continuation of the plan. Rather, the surplus exists only on paper. It results from actuarial calculations and is a function of the assumptions used by the actuary. Employees can claim no entitlement to surplus in an ongoing plan because it is not definite. The right to any surplus is crystallized only when the surplus becomes ascertainable upon termination of the plan. Therefore, the taking of a contribution holiday represents neither an encroachment upon the trust nor a reduction of accrued benefits.

Similar reasoning explains why I cannot accept the proposition that an employer entitled to take a contribution holiday must also be entitled to recover surplus on termination.

While a plan which takes the form of a trust is in operation, the surplus is an actuarial surplus.

Les anciens employés de Catalytic ont soutenu avec succès devant le juge en chambre qu'autoriser une période d'exonération de cotisations revient à permettre un empiétement sur le fonds en fiducie dont ils sont bénéficiaires. Je ne suis pas d'accord. Comme je l'ai mentionné précédemment, les biens en fiducie se composent habituellement de toutes les sommes versées dans la caisse de retraite. Permettre une période d'exonération de cotisations ne réduit pas le capital de la caisse et ne revient pas à utiliser les sommes qu'elle contient à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés. Le droit des bénéficiaires de la fiducie n'est pas touché par une période d'exonération de cotisations. Ils ont droit au paiement sur la fiducie des prestations déterminées que prévoit le régime de retraite et, selon les modalités de la fiducie, à une part de tout surplus accumulé à la cessation du régime.

Une fois que des sommes sont versées dans le régime de retraite, elles constituent des «prestations acquises» des employés. Toutefois, les prestations sont de deux ordres différents. Les employés ont d'abord droit aux prestations déterminées que prévoit le régime. Il s'agit d'une somme établie selon une formule. L'autre prestation à laquelle les employés peuvent avoir droit est le surplus accumulé à la cessation. Cette somme n'est jamais certaine pendant l'existence du régime. Au contraire, le surplus n'existe que théoriquement. Il résulte de calculs actuariels et dépend des hypothèses utilisées par l'actuaire. Les employés ne peuvent revendiquer aucun droit au surplus d'un régime existant puisqu'il n'est pas définitif. Le droit à tout surplus n'est cristallisé que lorsque celui-ci devient vérifiable à la cessation du régime. Par conséquent, le fait de s'accorder une période d'exonération de cotisations ne représente ni un empiétement sur la fiducie, ni une réduction des prestations acquises.

Un raisonnement semblable explique pourquoi je ne puis accepter la proposition voulant que l'employeur qui a le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations ait aussi le droit de récupérer tout surplus à la cessation du régime.

Pendant l'existence d'un régime sous forme de fiducie, le surplus est un surplus actuariel. Ni l'em-

Neither the employer nor the employees have a specific interest in this amount, since it only exists on paper, although the employee beneficiaries have an equitable interest in the total assets of the fund while it is in existence. When the plan is terminated, the actuarial surplus becomes an actual surplus and vests in the employee beneficiaries. The distinction between actual and actuarial surplus means that there is no inconsistency between the entitlement of the employer to contribution holidays and the disentitlement of the employer to recovery of the surplus on termination. The former relies on actuarial surplus, the latter on actual surplus.

C. Summary

In the absence of provincial legislation providing otherwise, the courts must determine competing claims to pension surplus by a careful analysis of the pension plan and the funding structures created under it. The first step is to determine whether the pension fund is impressed with a trust. This is a determination which must be made according to ordinary principles of trust law. A trust will exist whenever there has been an express or implied declaration of trust and an alienation of trust property to a trustee to be held for specified beneficiaries.

If the pension fund, or any part of it, is not subject to a trust, then any issues relating to outstanding pension benefits or to surplus entitlement must be resolved by applying the principles which pertain to the interpretation of contracts to the pension plan.

If, however, the fund is impressed with a trust, different considerations apply. The trust is not a trust for a purpose, but a classic trust. It is governed by equity, and, to the extent that applicable equitable principles conflict with plan provisions, equity must prevail. The trust will in most cases extend to an ongoing or actual surplus as well as to that part of the pension fund needed to provide employee benefits. However, an employer may

ployeur ni les employés n'ont de droit précis sur cette somme puisqu'elle n'existe que théoriquement, même si les employés bénéficiaires ont, en *equity*, un droit sur tous les éléments d'actif de la caisse pendant qu'elle existe. À la cessation du régime, le surplus actuariel devient un surplus réel et est dévolu aux employés bénéficiaires. La distinction entre le surplus réel et le surplus actuariel signifie qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le droit de l'employeur à des périodes d'exonération de cotisations et le fait qu'il n'a pas le droit de récupérer le surplus accumulé à la cessation du régime. Le premier repose sur un surplus actuariel et le second, sur un surplus réel.

C. Résumé

En l'absence d'une loi provinciale contraire, les tribunaux doivent se prononcer sur des revendications opposées du droit à un surplus de caisse de retraite en effectuant une analyse minutieuse du régime de retraite et des structures de financement créées en application de ce régime. La première étape consiste à déterminer si la caisse de retraite est assujettie à une fiducie. C'est une décision qui doit être prise conformément aux principes ordinaires du droit des fiducies. Il existera une fiducie dans tous les cas où il y a eu déclaration de fiducie expresse ou implicite et où des biens en fiducie ont été confiés à un fiduciaire qui les détient pour des bénéficiaires donnés.

Si la totalité ou une partie de la caisse de retraite n'est pas assujettie à une fiducie, il faut alors résoudre toutes les questions relatives aux prestations de retraite dues ou au droit à un surplus en appliquant au régime de retraite les principes d'interprétation des contrats.

Si, toutefois, la caisse est assujettie à une fiducie, différentes considérations entrent en jeu. Il s'agit non pas d'une fiducie à une fin, mais d'une fiducie classique. Elle est régie par l'*equity* et, dans la mesure où les principes d'*equity* applicables sont incompatibles avec les dispositions du régime, l'*equity* doit prévaloir. La fiducie s'étendra, dans la plupart des cas, au surplus existant ou réel de même qu'à la partie de la caisse de retraite qui est

explicitly limit the operation of the trust so that it does not apply to surplus.

The employer, as a settlor of the trust, may reserve a power to revoke the trust. In order to be effective, that power must be clearly reserved at the time the trust is created. A power to revoke the trust or any part of it cannot be implied from a general unlimited power of amendment.

Funds remaining in a pension trust following termination and payment of all defined benefits may be subject to a resulting trust. Before a resulting trust can arise, it must be clear that all of the objectives of the trust have been fully satisfied. Even when this is the case, the employer cannot claim the benefit of a resulting trust when the terms of the plan demonstrate an intention to part outright with all money contributed to the pension fund. In contributory plans, it is not only the employer's but also the employees' intentions which must be considered. Both are settlors of the trust. Both are entitled to benefit from a reversion of trust property.

An employer's right to take a contribution holiday must also be determined on a case-by-case basis. The right to take a contribution holiday can be excluded either explicitly or implicitly in circumstances where a plan mandates a formula for calculating employer contributions which removes actuarial discretion. Contribution holidays may also be permitted by the terms of the plan. When the plan is silent on the issue, the right to take a contribution holiday is not objectionable so long as actuaries continue to accept the application of existing surplus to current service costs as standard practice. These principles apply whether or not the pension fund is subject to a trust. Because no money is withdrawn from the fund by the employer, the taking of a contribution holiday represents neither an encroachment upon the trust nor a reduction of accrued benefits. These general con-

nécessaire pour verser les prestations aux employés. Cependant, un employeur peut explicitement limiter l'application de la fiducie de façon à ce qu'elle ne s'applique pas à un surplus.

L'employeur peut, en tant que constituant de la fiducie, se réserver le pouvoir de révoquer la fiducie. Pour être valide, ce pouvoir doit être clairement réservé au moment où la fiducie est créée. Le pouvoir de révoquer une fiducie ou une partie de celle-ci ne saurait s'inférer d'un pouvoir de modification général et illimité.

Les sommes qui restent dans une caisse de retraite en fiducie à la cessation du régime et après le paiement de toutes les prestations déterminées peuvent faire l'objet d'une fiducie par déduction. Pour qu'une fiducie par déduction naisse, il doit être clair que tous les objets de la fiducie ont été pleinement atteints. Même alors, l'employeur ne peut se prévaloir d'une fiducie par déduction lorsque les modalités du régime démontrent l'intention de se départir complètement de tout l'argent versé dans la caisse de retraite. Dans les régimes contributifs, ce ne sont pas uniquement les intentions de l'employeur qui comptent, mais également celles des employés. Ils sont, dans les deux cas, les constituants de la fiducie. De même, ils ont tous le droit de bénéficier d'un retour des biens en fiducie.

Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations doit également être déterminé en fonction de chaque cas. Ce droit peut être exclu explicitement ou implicitement dans les cas où le régime prescrit une formule de calcul des cotisations de l'employeur qui retire toute discrétion à l'actuaire. Les périodes d'exonération de cotisations peuvent également être autorisées par les modalités du régime. Lorsque le régime est silencieux sur la question, le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations ne peut être contesté dans la mesure où les actuaires continuent d'accepter comme pratique normale l'affectation d'un surplus existant aux coûts des services courants. Ces principes s'appliquent peu importe que la caisse de retraite soit ou non assujettie à une fiducie. Aucune somme n'étant retirée de la caisse par l'employeur, la

siderations are, of course, subject to applicable legislation.

Let us see how these principles should be applied to the agreements presented in this case.

VI. Application to the Facts

A. *Surplus Entitlement*

1. The Catalytic Plan

The plan provided under Article V that all contributions would be paid to a trustee to be held and administered in accordance with a trust agreement which formed part of the plan. The plan also contained the following definitions in Section II:

12. "Trust Agreement" means the agreement entered into between the Company and the Trustee establishing the Trust Fund;

13. "Trustee" means the Canada Trust Company, or such other successor trust company, if any, as the Board may appoint;

14. "Trust Fund" means the pension fund established pursuant to the Trust Agreement and to which contributions are made after January 1, 1959, by the Company and by contributing members and from which pensions and other benefits under this Plan are to be paid.

A trust agreement was executed between the company and Canada Trust, which contained the following:

AND WHEREAS under the PLAN contributions will be made to the Trustee which when received by the Trustee shall constitute a Pension Trust Fund (hereinafter called the "FUND") to be held and administered for the benefit of such persons or their estates as may from time to time be designated in or pursuant to the PLAN;

période d'exonération de cotisations ne constitue pas un empiétement sur la fiducie ni une réduction des prestations acquises. Ces considérations générales sont évidemment sujettes à la loi applicable.

Voyons comment ces principes devraient être appliqués aux ententes intervenues dans la présente affaire.

VI. Application aux faits

A. *Droit au surplus*

1. Le régime de Catalytic

Le régime prévoyait à l'article V que toutes les cotisations seraient versées à un fiduciaire qui les détiendrait et les gérerait conformément à l'acte de fiducie faisant partie du régime. Celui-ci énonçait également les définitions suivantes à l'article II:

[TRADUCTION]

12. «acte de fiducie» L'entente conclue entre la compagnie et le fiduciaire, qui crée le fonds en fiducie.

13. «fiduciaire» La Société Canada Trust, ou toute autre société de fiducie subséquente, le cas échéant, que le conseil peut nommer.

14. «fonds en fiducie» La caisse de retraite établie conformément à l'acte de fiducie, dans laquelle des cotisations sont versées après le 1^{er} janvier 1959 par la compagnie et les cotisants, et sur laquelle les prestations de retraite et autres prestations prévues au régime sont versées.

La compagnie et Canada Trust ont signé un acte de fiducie prévoyant ce qui suit:

[TRADUCTION] ET ATTENDU QU'aux termes du RÉGIME les cotisations versées au fiduciaire constitueront la caisse de retraite en fiducie (ci-après la «CAISSE»), détenue et gérée pour le bénéfice des personnes, ou de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME ou conformément à celui-ci;

ARTICLE IESTABLISHMENT OF TRUST

1. This Agreement is hereby made a part of the PLAN.
2. The Company may pay or cause to be paid from time to time to the Trustee upon the trusts of this Agreement money or property acceptable to the Trustee for the purpose of the PLAN, all of which together with the earnings, profit and increments thereon and property from time to time substituted therefore shall constitute the FUND hereby created and established. [Emphasis added.]

These provisions establish that a trust was created in 1959. The plan and the agreement constitute a clear declaration of an intention to create a trust. The subject matter of the trust is defined as all contributions made by the company and by employees together with all the earnings of those contributions; the beneficiaries are defined in the Trust Agreement by reference back to the Plan. This is a classic trust established for the benefit of a defined group of persons.

As Moore C.J. noted, there is no evidence that this trust was ever terminated. I agree with that finding. It must then be assumed that the trust continues to exist. This conclusion is strengthened by the definition of "Trustee" in the original plan, which accepts that Canada Trust might not always be in charge of the fund. Thus it can be seen that the parties contemplated that the trust would continue if a different trustee was named. It follows that the trust was not terminated when, in 1974, the company transferred control of its pension fund to Confederation Life Insurance Company pursuant to the terms of an investment contract which is not included in the evidence. Further, the fact that the 1978 version of the Catalytic plan removed all reference to a trust could not have the effect of terminating the trust. Nor could any of the provisions of the 1984 investment contract entered into by Stearns Catalytic and Confederation Life have that effect.

What then is the effect of this trust? The preamble to the Trust Agreement, the underlined portion of Article I.2 of that agreement, and the definition of "Trust Fund" contained in the 1959 Plan, taken

ARTICLE ICONSTITUTION D'UNE FIDUCIE

1. Le présent acte fait partie du RÉGIME.
2. La compagnie peut, à l'occasion, verser ou faire verser au fiduciaire, à valoir sur les fiducies créées par le présent acte, des sommes d'argent ou des biens que le fiduciaire juge acceptables pour les fins du RÉGIME et qui, avec les gains, les profits, les accroissements et les biens y substitués à l'occasion, constituent la CAISSE créée et établie par les présentes. [Je souligne.]

Ces dispositions démontrent qu'une fiducie a été créée en 1959. Le régime et l'acte reflètent clairement l'intention de créer une fiducie dont les biens y assujettis sont définis comme étant toutes les cotisations versées par la compagnie et les employés, ainsi que les gains qui en découlent; les bénéficiaires sont désignés dans l'acte de fiducie par renvoi au régime. Il s'agit d'une fiducie classique établie pour le bénéfice d'un groupe donné.

J'estime, à l'instar du juge en chef Moore, qu'il n'y a aucune preuve qu'on a mis fin à cette fiducie. Il faut donc présumer qu'elle continue d'exister. Cette conclusion est renforcée par la définition de «fiduciaire» énoncée dans le régime initial, qui reconnaît qu'il se pourrait que Canada Trust n'ait pas toujours la responsabilité de la caisse. On peut donc constater que les parties avaient prévu que la fiducie subsisterait si un fiduciaire différent était nommé. Il s'ensuit que la fiducie n'a pas cessé d'exister lorsqu'en 1974 la compagnie a cédé le contrôle de sa caisse de retraite à La Confédération conformément aux modalités d'un contrat de placement non soumis en preuve. En outre, le fait que la version de 1978 du régime de Catalytic ait supprimé tout renvoi à une fiducie ne pouvait avoir pour effet d'éteindre celle-ci. Les dispositions du contrat de placement de 1984 conclu entre Stearns Catalytic et La Confédération ne pouvaient pas non plus avoir cet effet.

Quel est donc l'effet de cette fiducie? Lus conjointement, le préambule de l'acte de fiducie, la partie soulignée de l'article I.2 de cet acte et la définition de [TRADUCTION] «fonds en fiducie»

together, make it clear that the trust fund was comprised of all contributions made by both the company and the employees, together with any earnings of those monies. The fact that the 1959 plan was a defined contribution plan under which no surplus could arise does not affect this definition of the trust fund. These provisions in themselves refute the company's argument that only that portion of the fund necessary to cover the benefits defined in the plan was subject to the trust.

All monies in the Catalytic pension fund were impressed with a trust. It follows that the company could only claim the surplus remaining on termination by virtue of a resulting trust, or according to the terms of the trust itself. No resulting trust arises in this case. In my opinion, the purposes of the trust were not fully satisfied by the payment of all defined benefits. One of the objects of the trust was to use any money contained in the fund for the benefit of the employees.

This objective can be implied from the "exclusive benefit" and "non-diversion" clauses contained in the original trust agreement. Furthermore, Section XI of the plan provided that all contributions on behalf of employees who left the company prior to the vesting of their rights as members should be forfeited to the fund and "allocated among the Company Accounts of the remaining Members at that date".

Section XV of the plan governed an employee's pension entitlement. It reads:

SECTION XV AMOUNT OF PENSION

When a Member retires, the proceeds of his Member's Account, if any, and of his Company Account . . . shall be used in their entirety to purchase for the Member an

contenue dans le régime de 1959 indiquent clairement que le fonds en fiducie se composait de toutes les cotisations versées par la compagnie et par les employés, de même que des gains en découlant. Le fait que le régime de 1959 ait été un régime à cotisations déterminées, en vertu duquel aucun surplus ne pouvait être accumulé, ne change rien à la définition du fonds en fiducie. En elles-mêmes, ces dispositions réfutent l'argument de la compagnie suivant lequel seule la partie de la caisse nécessaire pour verser les prestations déterminées par le régime était assujettie à la fiducie.

Tout l'argent versé dans la caisse de retraite de Catalytic était assujetti à une fiducie. La compagnie ne pouvait donc revendiquer le surplus accumulé à la cessation qu'en vertu d'une fiducie par déduction ou conformément aux modalités de la fiducie elle-même. Aucune fiducie par déduction n'existe dans la présente affaire. À mon avis, les objets de la fiducie n'ont pas été pleinement réalisés par le paiement de toutes les prestations déterminées. L'un d'eux consistait en effet à utiliser toute somme contenue dans la caisse pour le bénéfice des employés.

On peut déduire l'existence de cet objet des dispositions relatives au «bénéfice exclusif» et à l'«interdiction d'utiliser à d'autres fins», contenues dans l'acte de fiducie initial. De plus, l'article XI du régime prévoyait que toutes les cotisations versées pour le compte des employés qui avaient quitté la compagnie avant l'acquisition de leurs droits à titre de participants devaient être abandonnées dans la caisse et [TRADUCTION] «réparties entre les comptes de la compagnie établis au nom des participants qui rester[aient] à cette date».

L'article XV du régime régissait le droit d'un employé aux prestations de retraite. Il était ainsi rédigé:

[TRADUCTION]

ARTICLE XV PRESTATIONS DE RETRAITE

Lorsqu'un participant prend sa retraite, le produit de son compte, le cas échéant, et du compte de la compagnie établi en son nom [. . .] est entièrement consacré à

Annuity from an insurance company . . . [Emphasis added.]

These clauses demonstrate that all money in the fund was to be used for the benefit of employees. Even though originally the plan was one of "defined contribution", the entitlement of each employee was never limited to the contributions made on his behalf. Collectively, the entitlement of all eligible employees was to all monies contained in the fund, whether the money resulted from contributions made on their behalf or "windfall" funds resulting from the withdrawal of employees from the plan prior to the vesting of their rights.

These provisions, specifically incorporated by reference into the 1959 Trust Agreement, clearly indicate that one of the objectives of the trust was to divide all monies in the fund among eligible members. The corollary to this is that the trust objects are not exhausted so long as some money remains in the fund and some eligible employees can be found. Therefore, a resulting trust cannot arise in this case.

Air Products is only entitled to the surplus, if at all, under the terms of the trust. In this case both the trust agreement and all versions of the plan make some provision for what was to occur on termination of the plan. The question is which of the different provisions dealing with termination governed in 1988? The answer depends upon the validity of the amendments purportedly made by the employer since 1959.

Section XXII of the 1959 plan provided:

3. In the event of termination of the Plan, the Company cannot recover any sums paid to the date thereof and each Member of the Plan shall receive the proceeds of his Member's Account and his Company Account as of the date of such termination. . . .

This section was reproduced in nearly identical form in the 1966 plan. The issue of entitlement to surplus was not specifically addressed until the

l'achat, auprès d'une compagnie d'assurances, d'une rente pour le compte du participant . . . [Je souligne.]

Ces dispositions démontrent que tout l'argent de la caisse devait être utilisé pour le bénéfice des employés. Bien qu'à l'origine le régime ait été un régime à «cotisations déterminées», le droit de chaque employé n'a jamais été limité aux cotisations versées pour son compte. Collectivement, le droit de tous les employés admissibles portait sur tout l'argent contenu dans la caisse, peu importe que cet argent provienne de cotisations versées pour leur compte ou de fonds accumulés fortuitement grâce au retrait d'employés du régime avant l'acquisition de leurs droits.

Ces dispositions, expressément insérées par renvoi dans l'acte de fiducie de 1959, démontrent clairement que l'un des objets de la fiducie était de répartir tout l'argent de la caisse entre les participants admissibles. Il s'ensuit que les objets de la fiducie ne sont pas épuisés tant qu'il reste de l'argent dans la caisse et que des employés y ont droit. Il ne peut donc y avoir de fiducie par déduction en l'espèce.

Air Products n'a droit au surplus, si tant est que ce soit le cas, qu'aux termes de la fiducie. Dans la présente affaire, l'acte de fiducie et toutes les versions du régime pourvoient à ce qui doit se produire à la cessation du régime. La question est de savoir laquelle des différentes dispositions portant sur la cessation s'appliquait en 1988. La réponse dépend de la validité des modifications qui auraient été apportées par l'employeur depuis 1959.

L'article XXII du régime de 1959 prévoyait ceci:

[TRADUCTION]

3. En cas de cessation du régime, la compagnie ne peut recouvrer les sommes versées jusqu'à cette date et chaque participant reçoit le produit qui, à la date de la cessation, se trouve dans son compte et dans celui de la compagnie établi en son nom . . .

Cet article a été repris presque intégralement dans le régime de 1966. La question du droit au surplus n'a été abordée expressément qu'au

plan was amended again in 1978. Section 17.05 of the 1978 plan provided that any surplus remaining on termination was to be distributed according to the directions of the company. The 1983 Air Products Plan contained the same stipulation (renumbered to become Section 18.05), and added an additional clause imposing a maximum level of benefits recoverable by an employee and stating that any surplus remaining once that maximum level had been reached was to revert to the company.

The validity of these amended provisions depends upon the original 1959 documents. Section XXII.2 of the pension plan prohibited any amendment which would operate to reduce the benefits which had accrued to the employees prior to the date of the amendment. The Trust Agreement contained the following provision:

ARTICLE V

MODIFICATION AND TERMINATION

1. Subject as herein and in the PLAN provided, the Company reserves the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the PLAN (including this Agreement) provided . . . that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the FUND to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the PLAN as amended from time to time. . . .

The company therefore reserved a general amending power subject to the provisos that no amendments could reduce accrued benefits or allow the trust fund to be used in any way other than for the employees' exclusive benefit. The company did not expressly reserve for itself the power to revoke the trust. Such a power cannot be implied under the broad general amendment power.

I cannot accept that when the Catalytic Plan became a defined benefit plan in 1966, the parties did not intend Article V of the Trust Agreement to

moment où le régime a été modifié de nouveau en 1978. L'article 17.05 du régime de 1978 prévoyait que tout surplus accumulé à la cessation devait être distribué conformément aux directives de la compagnie. Le régime de 1983 d'Air Products contenait la même disposition (devenue l'art. 18.05) et ajoutait une disposition supplémentaire imposant un plafond aux prestations recouvrables par un employé et prévoyant la remise à la compagnie de tout surplus accumulé une fois ce plafond atteint.

La validité de ces dispositions modifiées dépend des documents initiaux de 1959. L'article XXII.2 du régime de retraite interdisait toute modification ayant pour effet de réduire les prestations acquises par les employés avant la date de la modification. L'acte de fiducie contenait la disposition suivante:

[TRADUCTION]

ARTICLE V

MODIFICATION ET CESSATION

1. Sous réserve du présent acte et du RÉGIME, la compagnie se réserve le droit de modifier à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du RÉGIME (dont le présent acte), à condition [. . .] que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la CAISSE soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le RÉGIME tel que modifié à l'occasion, ou conformément à celui-ci . . .

La compagnie s'est donc réservé un pouvoir général de modifier, à la condition qu'aucune modification ne puisse réduire les prestations acquises ou permettre que le fonds en fiducie soit utilisé à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés. La compagnie ne s'est pas expressément réservé le pouvoir de révoquer la fiducie. Un tel pouvoir ne saurait s'inférer du pouvoir général de modifier.

Je ne puis accepter qu'au moment où le régime de Catalytic est devenu un régime à prestations déterminées en 1966, les parties n'ont pas voulu

apply to any surplus which might arise. Although the Trust Agreement was not altered, several provisions contained in the 1959 plan were modified in the 1966 version of the plan. The nature of the modifications indicates that the parties considered the effect of changing to a defined benefit plan and made the necessary amendments to the 1966 plan. In these circumstances, the parties must be taken to have intended that the unaltered provisions of the plan and the Trust Agreement should continue to apply to the new arrangement. Article V therefore continued to apply to all monies in the pension fund after 1966.

In the result, the 1978 amendment purporting to give the company the power to distribute surplus to itself, as well as the reversion clause of the 1983 plan, are invalid. Both represent attempts to revoke partially a trust in favour of the employees which was established in 1959. Neither is within the scope of the control which the company reserved to itself at that time.

I agree with the Chambers Judge and the Court of Appeal that, by virtue of a continuing trust in their favour, the employees are entitled to those surplus funds which are derived from the Catalytic plans.

B. *Contribution Holiday*

The relevant plan provisions which govern the taking of a contribution holiday are those contained in the 1983 Air Products Plan. As the employees point out, the Chambers Judge, when considering this issue, mistakenly quoted the contribution provisions from the 1977 Stearns plan. The Stearns plan expressly reserved to the company the right to pay its contributions from surplus. It is therefore necessary to consider whether the actual provisions of the 1983 plan would affect the result he reached.

que l'article V de l'acte de fiducie s'applique à tout surplus qui pourrait être accumulé. Même si l'acte de fiducie n'était pas changé, plusieurs dispositions du régime de 1959 ont été modifiées dans la version de 1966 du régime. La nature des modifications indique que les parties ont considéré l'effet de la conversion en un régime à prestations déterminées et apporté les modifications nécessaires au régime de 1966. Dans ces circonstances, on doit considérer que les parties ont voulu que les dispositions non modifiées du régime et de l'acte de fiducie continuent de s'appliquer à la nouvelle entente. En conséquence, l'article V a continué de s'appliquer à toutes les sommes contenues dans la caisse de retraite après 1966.

En définitive, la modification de 1978 qui avait pour effet de conférer à la compagnie le pouvoir de s'approprier le surplus, de même que la disposition en matière de réversion dans le régime de 1983, sont invalides. Elles représentent toutes les deux une tentative de révoquer partiellement une fiducie établie en 1959 en faveur des employés. Le contrôle que s'est réservé la compagnie à cette époque ne comprend ni l'une ni l'autre.

Je conviens avec le juge en chambre et la Cour d'appel qu'en vertu d'une fiducie existante en leur faveur, les employés ont droit aux sommes excédentaires qui découlent des régimes de Catalytic.

B. *Période d'exonération de cotisations*

Les dispositions pertinentes qui régissent les périodes d'exonération de cotisations sont contenues dans le régime de 1983 d'Air Products. Comme les employés le soulignent, lorsqu'il a examiné la question, le juge en chambre a cité par erreur les dispositions en matière de cotisation du régime de 1977 de Stearns. Le régime de Stearns réservait expressément à la compagnie le droit de se servir d'un surplus pour verser ses cotisations. Il faut donc se demander si les dispositions véritables du régime de 1983 changeraient le résultat auquel il est arrivé.