

Peter Christopher Burke, Richard Fallis and A. Douglas Ross, personally and in a representative capacity *Appellants*

v.

Governor and Company of Adventurers of England Trading into Hudson's Bay and Investors Group Trust Company Ltd. *Respondents*

INDEXED AS: BURKE v. HUDSON'S BAY CO.

2010 SCC 34

File No.: 32789.

2010: May 18; 2010: October 7.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Pensions — Pension plans — Surplus — Ongoing defined benefit pension plan — Sale of division of company resulting in employees being transferred to new company — Transferred employees removed from former employer's pension plan and incorporated into new pension plan — At time of transfer, former employer's pension plan had significant projected surplus — Former employer transferred enough pension funds to cover transferred employees defined benefits but no surplus funds transferred — Whether there was an obligation on former employer to transfer a pro rata portion of surplus on sale — Whether former employer's obligations to transferred employees were satisfied by assuring their defined benefits — Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35.

Pensions — Pension plans — Expenses — Whether pension plan documentation allowed employer to charge plan administration expenses to fund.

In 1961, the Hudson's Bay Company ("HBC") provided a contributory, defined benefits pension plan for

Peter Christopher Burke, Richard Fallis et A. Douglas Ross, agissant en leur qualité personnelle et en leur qualité de représentants *Appellants*

c.

Gouverneur et Compagnie des aventuriers d'Angleterre faisant le commerce dans la Baie d'Hudson et la Compagnie de Fiducie du Groupe Investors Ltée *Intimés*

RÉPERTORIÉ : BURKE c. CIE DE LA BAIE D'HUDSON

2010 CSC 34

N° du greffe : 32789.

2010 : 18 mai; 2010 : 7 octobre.

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

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

Pensions — Régimes de retraite — Excédent — Régime de retraite à prestations déterminées qui continue d'exister — La vente d'une division de la société ayant donné lieu à la mutation d'employés à une autre société — Les employés mutés ont été dissociés du régime de retraite de leur ancien employeur et ont intégré un nouveau régime — Lors du transfert, le régime de l'ancien employeur affichait un excédent projeté important — L'ancien employeur a transféré suffisamment d'éléments d'actif de la caisse de retraite pour financer les prestations déterminées des employés mutés, mais a conservé l'excédent — L'ancien employeur était-il tenu de transférer une portion de l'excédent, déterminée au prorata, lors de la vente? — L'ancien employeur a-t-il honoré ses obligations envers les employés mutés en garantissant leur régime à prestations déterminées? — Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, ch. 35.

Pensions — Régimes de retraite — Frais — Les documents relatifs au régime de retraite autorisaient-ils l'employeur à imputer les frais d'administration du régime à la caisse de retraite?

En 1961, la Compagnie de la Baie d'Hudson (« HBC ») offrait à ses employés un régime de retraite contributif

its employees. Under this defined benefit pension plan members of the plan were guaranteed a specified benefit upon retirement. For the first twenty years of existence, the plan was in deficit and HBC made additional payments to keep the plan solvent. In 1982, the plan generated its first actuarial surplus and HBC began paying plan administration expenses out of the fund.

In 1987, HBC sold its Northern Stores Division to the North West Company ("NWC") and approximately 1,200 employees were transferred from HBC to NWC. The companies entered into an agreement to protect the pensions of the transferred employees. The agreement provided that NWC would establish a new pension plan and would provide the transferred employees with benefits at least equal to those provided under the HBC plan. HBC agreed to transfer assets sufficient to cover the defined benefits of the transferred employees. At the time of the transfer, HBC's pension plan had an actuarial surplus of about \$94 million. The companies discussed whether a portion of the actuarial surplus should be transferred; however, HBC suggested that transferring part of the surplus would increase the purchase price and the matter went no further.

The transferred employees allege that HBC, as plan administrator, breached its fiduciary duty to treat all pension plan members with an even hand. They argue that HBC was required to transfer a portion of the actuarial surplus to the successor plan and that HBC improperly charged pension plan administration expenses to the pension fund for approximately six years prior to their transfer. The trial judge found in favour of HBC on the issue of administration expenses, but held that the surplus was subject to trust principles, and that the transferred employees, as beneficiaries of the trust, had an equitable interest in the actuarial surplus. The disparate treatment of the beneficiaries was found to be a breach of an equitable trust which required the transfer of a portion of the actuarial surplus to remedy the breach. HBC appealed the issue of surplus and the transferred employees cross-appealed on the issue of administration expenses. The Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the cross-appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

An employer is obligated to pay for administration expenses when such an obligation is imposed by statute or common law. In this case, there were no statutory or common law obligations on HBC to pay administration

à prestations déterminées. Par ce régime de retraite à prestations déterminées, les participants étaient assurés d'obtenir une prestation fixe à la retraite. Au cours de ses vingt premières années d'existence, le régime accusait un déficit et HBC a versé des cotisations supplémentaires afin d'en assurer la solvabilité. En 1982, le régime a affiché son premier excédent actuariel et HBC a commencé à imputer à la caisse les frais d'administration du régime.

En 1987, HBC a vendu sa division des Magasins du Nord à la Compagnie du Nord-Ouest (« CNO ») et environ 1 200 employés de HBC ont été mutés à CNO. Les sociétés ont conclu une entente visant à protéger le régime de retraite des employés mutés. Cette entente prévoyait la constitution, par CNO, d'un nouveau régime de retraite qui offrirait aux employés mutés des prestations au moins égales à celles prévues par le régime HBC. HBC a consenti à transférer des éléments d'actif suffisants pour assurer les prestations déterminées des employés mutés. Au moment du transfert, le régime de retraite de HBC affichait un excédent actuariel d'environ 94 millions de dollars. Les sociétés ont discuté de la possibilité de transférer une partie de cet excédent, mais HBC a laissé entendre qu'une telle transaction ferait augmenter le prix d'achat et la question n'a plus été débattue.

Les employés mutés soutiennent que HBC, à titre d'administratrice du régime, a manqué à son devoir fiduciaire d'accorder un traitement égalitaire à tous les participants au régime de retraite. Selon eux, HBC était tenue au transfert d'une portion de l'excédent actuariel au régime subséquent et elle a imputé à tort les frais d'administration du régime à la caisse de retraite pendant une période d'environ six ans précédant le transfert. Le juge du procès a donné gain de cause à HBC sur la question des frais d'administration, mais il a conclu que l'excédent du régime était assujéti aux principes de la fiducie et que les employés mutés, en tant que bénéficiaires de la fiducie, avaient un intérêt en equity dans l'excédent actuariel. Il était d'avis que le traitement différent accordé aux bénéficiaires contrevenait à une fiducie régie par l'equity et que, pour y remédier, une partie de l'excédent actuariel devait être transférée. HBC a interjeté appel à l'égard de la question de l'excédent, et les employés mutés ont formé un appel incident sur la question des frais d'administration. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a rejeté l'appel incident.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'employeur est obligé d'acquitter les frais d'un régime de retraite si une telle obligation est imposée par une source de nature législative ou jurisprudentielle. En l'espèce, aucune loi ni règle de common law n'imposait

expenses. The original trust agreement as well as the plan text do not expressly address plan administrative expenses. Subsequent trust agreements included a provision which expressly allowed HBC to charge plan administration expenses to the fund. The new trust agreements merely confirmed what was already implicitly provided for in the original trust agreement. HBC was therefore permitted to charge plan administration expenses to the pension fund.

The issue as to whether HBC was required to transfer a portion of the actuarial surplus when it sold its Northern Stores Division to NWC raises a novel question in pension law as the sale occurred in the context of an ongoing pension plan, rather than a terminated or wound-up plan. In all cases the interests in the surplus of a pension plan have to be determined according to the words of the relevant documents and applicable contract and trust principles and statutory provisions. Each situation must be evaluated on a case-by-case basis.

Here, subject to the text of the plan, the terms of the trust agreement, and relevant statutes, HBC, as plan administrator, had wide discretion with respect to the pension plan, which it could exercise unilaterally and which could affect the interests of the employees and to which exercise of discretion the employees were vulnerable. Therefore, a fiduciary relationship existed between HBC as administrator and the employees/beneficiaries under the pension plan.

Pensions legislation is not a complete code but rather it establishes minimum standards and regulatory supervision in order to protect and safeguard the pension benefits and rights of those entitled to receive them under private pension plans. Here, HBC complied with the 1987 *Pension Benefits Act* when it transferred the pension assets to NWC. The terms of the relevant plan and trust documentation may impose a higher standard. Thus, HBC's compliance with the 1987 *Pension Benefits Act* is not a complete answer to the transferred employees' claim. It is necessary to examine the common law and equitable principles that govern interpretation of the plan and trust documentation.

In a defined benefit pension governed by trust principles, as in this case, legal ownership of the defined benefits lies with the trustee. The funds needed to pay the employees' defined benefits are held in trust on their behalf. As beneficiaries, the employees have

à HBC l'obligation de payer ces frais. La convention de fiducie originale, ainsi que le texte du régime, ne traitent pas expressément des frais d'administration du régime. Les conventions de fiducie subséquentes autorisaient expressément HBC à imputer à la caisse les frais d'administration du régime. Les nouvelles conventions de fiducie n'ont fait que confirmer expressément ce que prévoyait implicitement la convention originale. Par conséquent, HBC pouvait imputer les frais d'administration du régime à la caisse de retraite.

La question de savoir si HBC était tenue de transférer une portion de l'excédent actuariel lorsqu'elle a vendu sa division des Magasins du Nord à CNO soulève une question nouvelle intéressant le droit applicable aux régimes de retraite, car le régime de retraite a continué d'exister après la vente; il n'y a pas été mis fin et il n'a pas été liquidé. Dans toutes les affaires, le droit à l'excédent d'un régime de retraite doit être déterminé en fonction du libellé des documents pertinents, des principes du droit des contrats et du droit des fiducies et des textes législatifs applicables. Chaque situation appelle un examen au cas par cas.

En l'espèce, sous réserve du texte du régime, de la convention de fiducie et des lois applicables, HBC, en qualité d'administratrice du régime, avait à l'égard du régime de retraite un vaste pouvoir discrétionnaire, qu'elle pouvait exercer unilatéralement de manière à avoir un effet sur les intérêts des employés et auquel ces derniers étaient vulnérables. Par conséquent, un lien fiducial unissait HBC, en tant qu'administratrice du régime, à ses employés, en tant que bénéficiaires du régime de retraite.

La loi sur les régimes de retraite n'est pas un code exhaustif; elle établit des normes minimales et une supervision réglementaire afin de protéger et de garantir les prestations et les droits des personnes qui y ont droit en vertu des régimes de retraite complémentaires. En l'espèce, HBC a respecté les dispositions de la *Pension Benefits Act* de 1987 lors du transfert des éléments d'actif de la caisse de retraite à CNO. Les documents constituant le régime et la fiducie peuvent imposer une norme supérieure. Par conséquent, le respect des dispositions de la *Pension Benefits Act* de 1987 par HBC ne suffit pas à réfuter l'argument des employés mutés. Il est nécessaire d'analyser les principes de common law et d'equity régissant l'interprétation des documents relatifs au régime et à la fiducie.

Dans le cadre d'un régime de retraite à prestations déterminées régi par les principes de la fiducie, comme en l'espèce, le fiduciaire détient le titre en common law sur les prestations déterminées. Les fonds nécessaires au versement des prestations déterminées aux employés

an equitable interest in the funds needed to cover their defined benefits. A review of the original and subsequent pension plan documentation indicates that the only employee benefits that are provided for under the terms of the plan are the employees' defined retirement benefits. Additionally, the pension plan documents (the pension plan text and trust agreement), having regard to the operative language of the plan as a whole, do not contain any of the language that would typically give employees an entitlement to surplus. Based on the provisions of the pension plan documentation, it cannot be said that the transferred employees had an equitable interest in the surplus on termination, and therefore no floating equity in the actuarial surplus during continuation of the plan.

The fact that HBC may have voluntarily chosen to increase pension benefits out of surplus funds or otherwise, does not change the nature of the employees' interest in the pension fund or extend fiduciary obligations to voluntary actions of the employer. Moreover, employees have no right to compel surplus funding to provide a cushion against insolvency. As a defined benefit plan, HBC's duty was to ensure that funds at all times meet the fixed benefits promised by the employer. The right of the employees is that their defined benefits be adequately funded, not that an actuarial surplus be funded. Just because HBC had fiduciary duties as plan administrator does not obligate it under any purported duty of evenhandedness to confer benefits upon one class of employees to which they have no right under the plan. Neither the retained nor the transferred employees had an equitable interest in the plan surplus. Thus, there was no duty of evenhandedness applicable to the surplus.

Finally, a beneficiary of a trust has the right to compel its due administration even if it does not have an equitable interest in all of the assets of the trust. In this case, because the transferred employees had an equitable interest in their defined benefits, they have the right to compel the due administration of the trust and to ensure that the employer, trustee and plan administrator are complying with their legal obligations in the pension plan documents. The circumstances of this case do not suggest that the actuarial surplus was abused by HBC or used for an improper purpose.

sont détenus en fiducie au profit de ces derniers. En leur qualité de bénéficiaires, les employés ont un intérêt en equity dans ces fonds. Un examen des documents initiaux et subséquents relatifs au régime de retraite indique que les prestations déterminées de retraite sont les seules prestations auxquelles les employés ont droit aux termes du régime. En outre, les documents relatifs au régime de retraite (le texte du régime et la convention de fiducie), eu égard aux termes performatifs du régime dans son ensemble, ne contiennent aucune des formules qui confèrent normalement aux employés un droit à l'excédent. Vu les dispositions des documents relatifs au régime de retraite, on ne saurait dire que les employés mutés avaient un intérêt en equity sur l'excédent à la cessation du régime, et donc aucun droit flottant en equity dans l'excédent actuariel pendant l'existence du plan.

Le fait que HBC ait librement décidé d'augmenter les prestations de retraite au moyen notamment d'une réaffectation de l'excédent ne change rien à la nature de l'intérêt que détiennent les employés dans la caisse de retraite ni n'a pour effet d'étendre les obligations fiduciaires de l'employeur à ses actes gratuits. En outre, les employés n'ont pas le droit d'exiger que l'excédent actuariel soit utilisé pour parer au risque d'insolvabilité. Dans le cadre d'un régime à prestations déterminées, le devoir de HBC consistait à faire en sorte que les fonds soient en tout temps suffisants pour assurer le versement des prestations déterminées qu'il a promises. Le droit des employés se rapporte à la capitalisation suffisante de leurs prestations déterminées et non d'un excédent actuariel. Le fait que HBC avait des obligations fiduciaires, en qualité d'administratrice du régime, ne la contraignait pas, en raison d'un quelconque devoir de traitement égalitaire, à reconnaître à un groupe d'employés des avantages que le régime ne leur confère pas. Ni les employés mutés ni ceux qui sont demeurés en poste chez HBC ne possédaient d'intérêt en equity dans l'excédent. Partant, aucun devoir de traitement égalitaire ne s'appliquait à l'égard de l'excédent.

Enfin, le bénéficiaire d'une fiducie est en droit d'exiger la bonne administration, et ce, même s'il ne possède pas d'intérêt en equity dans tous les éléments d'actif de la fiducie. En l'espèce, comme les employés mutés possédaient un intérêt en equity dans les prestations déterminées, ils avaient le droit d'exiger la bonne administration de la fiducie et de s'assurer que l'employeur, le fiduciaire et l'administrateur du plan s'acquittent des obligations juridiques prévues dans les documents relatifs au régime. Les circonstances de l'espèce ne laissent pas croire que HBC a utilisé l'excédent actuariel d'une façon ou à une fin irrégulière.

What occurred between HBC and NWC was a legitimate commercial transaction. HBC and NWC negotiated over the purchase price of the assets, including the pension plan. HBC was agreeable to transferring a portion of the surplus so long as NWC was willing to pay for the benefit of acquiring a plan in surplus. NWC was not willing to pay. Both companies complied with the legislative requirements, lending further support to the legitimacy of the transaction. In executing the transfer, HBC was entitled to rely on the terms of the plan. Under the plan documentation, the employees' rights and interests were limited to their defined benefits. HBC's legal obligations with respect to its employees, including the fiduciary duties that it owed to the transferred employees, were satisfied in this case by protecting their defined benefits. Based on the plan documentation, HBC did not have a fiduciary obligation to transfer a portion of the actuarial surplus.

Cases Cited

Applied: *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; **distinguished:** *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973; **referred to:** *North West Co. v. Hudson's Bay Co.*, [1991] O.J. No. 2449 (QL); *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 241 O.A.C. 245.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Pension Benefits Act, S.O. 2010, c. 9, s. 68.
Pension Benefits Act, 1965, S.O. 1965, c. 96.
Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35, ss. 56(1), 81.

Authors Cited

Hepburn, Samantha J. *Principles of Equity and Trusts*, 4th ed. Sydney: Federation Press, 2009.
 Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto: Irwin Law, 2006.
Snell's Equity, 31st ed. by John McGhee, ed. London: Sweet & Maxwell, 2005.
Waters' Law of Trusts in Canada, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

HBC et CNO ont conclu une opération commerciale légitime. HBC et CNO ont négocié le prix d'achat des éléments d'actif, y compris le régime de retraite. HBC était disposée à transférer une portion de l'excédent si CNO acceptait de payer davantage pour acquérir un régime excédentaire, ce que cette dernière n'était pas disposée à faire. L'opération est d'autant plus légitime que les deux sociétés se sont conformées aux prescriptions de la loi. Lorsqu'elle a conclu le transfert, HBC pouvait se fonder sur les dispositions du régime. Aux termes des documents relatifs à ce dernier, les droits et les intérêts des employés se limitaient à leurs prestations déterminées. En l'espèce, HBC a honoré ses obligations juridiques envers ses employés, et notamment ses devoirs fiduciaires envers les employés mutés, en protégeant leurs prestations déterminées. Selon les documents relatifs au régime, HBC n'avait aucune obligation fiduciaire de transférer quelque portion que ce soit de l'excédent actuariel.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; **distinction d'avec l'arrêt :** *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973; **arrêts mentionnés :** *North West Co. c. Hudson's Bay Co.*, [1991] O.J. No. 2449 (QL); *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; *Burke c. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 241 O.A.C. 245.

Lois et règlements cités

Loi modifiant la Loi sur les régimes de retraite, L.O. 2010, ch. 9, art. 68.
Pension Benefits Act, 1965, S.O. 1965, ch. 96.
Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, ch. 35, art. 56(1), 81.

Doctrine citée

Hepburn, Samantha J. *Principles of Equity and Trusts*, 4th ed. Sydney : Federation Press, 2009.
 Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto : Irwin Law, 2006.
Snell's Equity, 31st ed. by John McGhee, ed. London : Sweet & Maxwell, 2005.
Waters' Law of Trusts in Canada, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Weiler and Gillese J.J.A.), 2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140, 67 C.C.P.B. 1, 40 E.T.R. (3d) 157, [2008] O.J. No. 1945 (QL), 2008 CarswellOnt 2801, reversing in part a decision of Campbell J. (2005), 51 C.C.P.B. 66, 25 E.T.R. (3d) 161, 2005 CanLII 47086, [2005] O.J. No. 5434 (QL), 2005 CarswellOnt 7334. Appeal dismissed.

David C. Moore and Kenneth G. G. Jones, for the appellants.

J. Brett Ledger, Christopher P. Naudie and Craig T. Lockwood, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] This appeal arises out of the sale of a division of the Hudson's Bay Company ("HBC") to the North West Company ("NWC"). The employees of the division were retained, but transferred to NWC in the sale, and their pensions were assured. The transferred employees were removed from the HBC pension plan and incorporated into a new successor plan. At the time of the transfer, the HBC plan had a projected surplus. HBC transferred enough of the pension fund to cover the transferred employees' defined benefits but did not transfer any of the surplus funds.

[2] The transferred employees allege that the employer breached its fiduciary duty to treat all pension plan members with an even hand. They argue that HBC was required to transfer a portion of the projected surplus to the successor plan. They argue that the result was uneven treatment: the remaining HBC employees benefited from a plan in surplus but the transferred employees did not. As a subsidiary issue, the transferred employees also argue that HBC improperly charged pension plan administration expenses to the pension

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Weiler et Gillese), 2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140, 67 C.C.P.B. 1, 40 E.T.R. (3d) 157, [2008] O.J. No. 1945 (QL), 2008 CarswellOnt 2801, qui a infirmé en partie une décision du juge Campbell (2005), 51 C.C.P.B. 66, 25 E.T.R. (3d) 161, 2005 CanLII 47086, [2005] O.J. No. 5434 (QL), 2005 CarswellOnt 7334. Pourvoi rejeté.

David C. Moore et Kenneth G. G. Jones, pour les appelants.

J. Brett Ledger, Christopher P. Naudie et Craig T. Lockwood, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Le pourvoi découle de la vente d'une division de la Compagnie de la Baie d'Hudson (« HBC ») à la Compagnie du Nord-Ouest (« CNO »). Au moment de la vente, les employés de la division n'ont pas été mis à pied; ils ont été mutés à CNO, et leur régime de retraite a été garanti. Les employés mutés ont été dissociés du régime de retraite de HBC et ont intégré un régime subséquent, créé à ce moment. Lors du transfert, le régime de HBC affichait un excédent projeté. HBC a transféré suffisamment d'éléments d'actif de la caisse de retraite pour financer les prestations déterminées des employés mutés, mais a conservé l'excédent.

[2] Les employés mutés soutiennent que l'employeur a manqué à son devoir fiduciaire d'accorder un traitement égalitaire à tous les participants au régime de retraite. Selon eux, HBC était tenue au transfert d'une portion de l'excédent projeté au régime subséquent et son défaut d'y procéder a donné lieu à un traitement inégal : les employés demeurés en poste chez HBC ont bénéficié d'un régime excédentaire, contrairement aux employés mutés. Subsidièrement, les employés mutés font valoir que HBC a imputé à tort les frais

fund for approximately six years prior to their transfer.

[3] In the reasons that follow, I conclude that the transferred employees' claims fail on both grounds. I conclude that the pension plan documentation allowed HBC to charge plan administration expenses to the fund. I also conclude that there was no obligation on HBC to transfer a pro rata portion of the surplus on the sale. HBC's obligations to the transferred employees were satisfied by assuring their defined benefits.

[4] At the outset, it might be useful to set out the pension terminology relevant to the facts of this case. HBC provided a defined benefit pension plan to its employees. This means that the members of the plan were guaranteed a specified benefit upon retirement. A defined benefit plan stands in contrast to a defined contribution plan, where retirement benefits are based on contributions and the earnings on the contributions set out in the pension plan. Under either type of plan, contributions may be made by both the employer and employees or just the employer. In order to fund the defined benefits in this case, both HBC and the employees made contributions to the pension plan. For employees who obtained five years seniority, pension plan participation was a mandatory condition of employment at HBC. Employees were required to contribute to their pensions. The basic employee contribution requirement was set at 5% of annual earnings. HBC contributed any additional amount needed to ensure coverage of the employees' defined benefits. HBC's contribution was based on the assessment of an actuary. The actuary's calculations rested on certain assumptions — inflation rates, investment returns, and future employees, amongst other things. This is an exercise in estimation that frequently results in deviation between the actuary's assessment and the real state of the pension fund.

[5] An ongoing pension fund may be said to have an actuarial surplus when the actuary's prediction is that the fund has more assets than liabilities (i.e. the

d'administration du régime à la caisse de retraite pendant une période d'environ six ans précédant le transfert.

[3] Dans les motifs qui suivent, je rejette les deux moyens d'appel soulevés par les employés mutés. Je conclus que les documents relatifs au régime de retraite autorisaient HBC à prélever les frais d'administration du régime sur la caisse de retraite. Je conclus également que HBC n'était pas tenue de transférer une portion de l'excédent, déterminée au prorata, lors de la vente. Elle a honoré ses obligations envers les employés mutés en garantissant leur régime à prestations déterminées.

[4] Pour commencer, il serait utile d'exposer la terminologie pertinente des régimes de retraite eu égard aux faits de l'espèce. HBC offrait à ses employés un régime de retraite à prestations déterminées. Ainsi, elle garantissait aux participants une prestation fixe à la retraite. Cette formule se distingue du régime à cotisations déterminées, où les prestations de retraite sont fonction des cotisations, établies par le régime, et des revenus générés par celles-ci. Dans l'un et l'autre cas, les cotisations peuvent être versées par l'employeur et l'employé, ou par l'employeur seul. En l'espèce, à la fois HBC et les employés cotisaient au régime. La participation au régime de retraite était une condition impérative d'emploi à HBC après une période d'emploi de cinq ans. Les employés étaient tenus d'y cotiser. La cotisation de base d'un employé correspondait à 5 p. 100 de son revenu annuel. HBC versait le reste de la somme requise pour financer les prestations déterminées des employés. Le montant des cotisations de HBC était fixé par un actuaire dont les calculs s'appuyaient sur certaines hypothèses — taux d'inflation, rendement du capital investi, employés à venir, etc. Un tel exercice d'estimation se traduit fréquemment par des écarts entre l'évaluation de l'actuaire et l'état réel de la caisse de retraite.

[5] On peut dire d'une caisse de retraite qu'elle enregistre un excédent actuariel lorsque l'actuaire conclut que l'actif du régime est supérieur à son

defined benefits). Where the prediction is that the liabilities are greater than the assets, the fund is said to be in deficit. Because of the nature of the actuarial predictions, it is sometimes said that an actuarial surplus or deficit only exists on paper. If the pension plan is terminated, or wound-up, the assets and liabilities can be tallied and whether a fund is *actually* in deficit or surplus can be determined. Therefore, it is sometimes said that an actual surplus only crystallizes on plan termination.

[6] The employer's and employees' respective rights and obligations with respect to the defined benefits, contributions and surplus are set out in the pension plan documentation. In the present case there are two types of pension plan documents: the pension plan text and the fund management agreement (also referred to as the trust agreement). Gillese J.A. succinctly described the role of each document in her reasons (2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140, at paras. 35-36). To paraphrase her reasons, the pension plan text is a contract between the employer and the employee. The plan text sets out the administration of the pension plan and addresses matters such as funding obligations of the employer and employees, defined benefits and the method by which the plan will be administered. The plan text is not a stand-alone document, however, as it is not a tool for accumulating funds. Therefore, a second document is required. In this case, there is a trust agreement between HBC and the trustees of the pension fund. This document established and requires the maintenance of the HBC pension trust fund. Certain provisions of the pension text and the trust agreement will be reviewed in more detail in the analysis that follows below.

II. Facts

[7] HBC provided a pension plan for its employees ("the plan"). It is a contributory, defined benefits pension plan.

[8] The plan was established in 1961. For the first twenty years of existence, the plan was in deficit — the fund did not contain enough assets to cover the defined benefits of the employees. HBC made

passif (c.-à-d. les prestations déterminées). Par contre, s'il conclut que le passif est supérieur à l'actif, la caisse est tenue pour déficitaire. À cause de la nature des avis actuariels, on dit parfois que l'excédent ou le déficit actuariel n'existe qu'en théorie. S'il est mis fin au régime de retraite, ou si le régime est liquidé, on peut comptabiliser l'actif et le passif et déterminer si la caisse est *réellement* déficitaire ou excédentaire. C'est pourquoi on dit parfois que l'excédent réel d'un régime ne se cristallise qu'à la date à laquelle on met fin au régime.

[6] Les droits et les obligations respectifs de l'employeur et des employés au regard des prestations déterminées, des cotisations et de l'excédent sont définis dans les documents relatifs au régime de retraite. En l'espèce, le régime est constitué par deux types de documents : le texte du régime et la convention de gestion de la caisse (aussi appelée la convention de fiducie). Dans ses motifs, la juge Gillese a décrit brièvement le rôle de chaque document (2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140, par. 35-36). Pour paraphraser ses propos, le texte du régime est un contrat entre l'employeur et l'employé. Il explique le fonctionnement du régime et traite de questions telles que l'obligation de cotiser de l'employeur et des employés, les prestations déterminées et le mode d'administration du régime. Or, il n'est pas un document autonome puisqu'il ne prévoit pas l'accumulation des fonds, d'où la nécessité d'un deuxième document qui, en l'espèce, consiste en une convention de fiducie entre HBC et les fiduciaires de la caisse de retraite. Ce document a constitué en fiducie la caisse de retraite de HBC et en prévoit la continuation. J'examinerai en détail certaines dispositions du texte du régime et de la convention de fiducie dans l'analyse qui suit.

II. Les faits

[7] HBC offrait à ses employés un régime de retraite contributif à prestations déterminées (« le régime »).

[8] Le régime a été constitué en 1961. Au cours de ses vingt premières années d'existence, il accusait un déficit — l'actif de la caisse ne suffisait pas à couvrir les prestations déterminées des employés.

additional payments to keep the plan solvent. In 1982, the plan generated its first actuarial surplus. In response to the surplus, HBC began taking contribution holidays — meaning that it did not have to continue contributing to cover the defined benefits. The actuarial surplus also allowed HBC to pay for plan administration expenses out of the fund without affecting the defined benefits. In 1986, HBC attempted to withdraw \$35 million of the estimated \$76 million surplus in the fund. It abandoned this process, at least in part, because of the employees' adverse reaction.

[9] Although the original 1961 plan documentation provided that HBC's contributions were "entirely voluntary" and that payment of defined benefits under the plan were not guaranteed, the documentation also states that HBC intended to contribute the amounts deemed necessary on the basis of actuarial computations to provide the retirement benefits under the plan (art. 4 and 11.01). As indicated, HBC did make the payments that were required to fund the defined benefits under the plan when it was in deficit.

[10] In 1965, *The Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, c. 96, came into force which required employers to pre-fund their defined benefit pension plans to maintain prescribed solvency levels (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), at p. 43). In the *Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, c. 35 ("1987 PBA") (the Act in force at the time relevant to this appeal), s. 56(1) provided:

A pension plan is not eligible for registration unless it provides for funding sufficient to provide the pension benefits, ancillary benefits and other benefits under the pension plan in accordance with this Act and the regulations.

[11] In the 1985 plan that was amended and restated on January 1, 1985, art. 4.04 provided that HBC was obligated to make contributions sufficient

Afin d'assurer la solvabilité du régime, HBC a versé des cotisations supplémentaires. En 1982, le régime a affiché son premier excédent actuariel, ce qui a incité HBC à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations, son apport n'étant plus nécessaire pour couvrir le montant des prestations déterminées. L'excédent actuariel lui permettait également de payer les frais d'administration du régime à même la caisse sans entamer les fonds réservés aux prestations déterminées. En 1986, HBC a voulu retirer 35 millions de dollars de l'excédent de la caisse estimé à 76 millions de dollars. Elle a abandonné l'idée, entre autres, en raison de la réaction négative des employés.

[9] Même si les documents initiaux relatifs au régime, qui datent de 1961, précisaient à propos des cotisations de HBC qu'elles seraient [TRADUCTION] « tout à fait volontaires » et que le versement des prestations déterminées par le régime n'était pas assuré, ils prévoyaient également que HBC entendait cotiser les fonds jugés nécessaires, suivant des calculs actuariels, au versement des prestations de retraite prévues au régime (art. 4 et 11.01). Comme il est indiqué précédemment, HBC a cotisé des sommes suffisantes pour financer le régime de prestations déterminées quand ce dernier était déficitaire.

[10] En 1965, la *Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 96, a exigé des employeurs la capitalisation anticipée de leurs régimes de retraite à prestations déterminées afin d'en assurer le degré de solvabilité prescrit (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 43). Le paragraphe 56(1) de la *Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, ch. 35 (« PBA de 1987 »), en vigueur à l'époque visée par le litige, dispose :

[TRADUCTION] Un régime de retraite n'est pas admissible à l'enregistrement s'il ne prévoit pas de financement suffisant pour assurer les prestations de retraite, les prestations accessoires et les autres prestations aux termes du régime de retraite, conformément à la présente loi et aux règlements.

[11] Dans le texte du régime modifié en date du 1^{er} janvier 1985, l'art. 4.04 prévoyait l'obligation pour HBC de cotiser des fonds suffisants pour financer

to cover the defined benefits under the plan. Article 4.04 provided in part:

The company shall from time to time, but not less frequently than annually, contribute such amounts to the Plan as are necessary, in the opinion of the Actuary, to provide the pension benefits accruing to Members during the current year and to amortize any initial unfunded liability or experience deficiency in accordance with the requirements of the Act, after taking into account the assets in the Trust Fund, the earnings thereon, the required contributions of Members during the year and all other relevant factors.

[12] Therefore, notwithstanding the apparent voluntary nature of HBC's contributions at the outset in 1961, HBC did make all contributions necessary to fund the defined benefits under the plan. In any event, HBC, pursuant to art. 4.04, expressly undertook and was required to satisfy the defined benefits prescribed under the plan.

[13] In 1987, HBC sold its Northern Stores Division to NWC. NWC agreed to retain the Northern Stores employees. This resulted in approximately 1,200 employees being transferred from HBC to NWC. As part of the sale, HBC and NWC entered into an agreement to protect the pensions of the transferred employees. The agreement provided that NWC would establish a new pension plan and would provide the transferred employees with benefits "at least equal to those presently provided under [the HBC plan]". HBC agreed to transfer assets sufficient to cover the defined benefits of the transferred employees. The actuarial report showed that HBC had to transfer approximately \$12.6 million to cover the defined pension benefits of the transferred employees.

[14] At the time of the transfer, the HBC plan had a significant actuarial surplus estimated to be about \$94 million. HBC and NWC discussed whether a portion of the actuarial surplus should be transferred. However, HBC suggested that transferring part of the surplus would increase the purchase price and the matter went no further.

[15] NWC contested the transferred amount on the basis that it did not sufficiently account for early

les prestations déterminées prévues au régime. Suit un extrait de l'art. 4.04 :

[TRADUCTION] Au moins une fois l'an, la société cotise au régime la somme nécessaire, selon l'actuaire, pour verser aux participants les prestations de retraite accumulées pendant l'année en cours et pour amortir tout déficit actuariel ou perte actuarielle conformément aux prescriptions de la loi, compte tenu des facteurs pertinents, notamment l'actif du fonds en fiducie, ses revenus et les cotisations que sont tenus de verser les participants au cours de l'année.

[12] Ainsi, en dépit du caractère apparemment volontaire de ses cotisations à l'époque de la constitution du régime, en 1961, HBC a versé tous les fonds nécessaires pour financer le régime de prestations déterminées. Du reste, à l'art. 4.04, HBC s'était engagée expressément à financer les prestations déterminées prévues au régime, et elle y était tenue.

[13] En 1987, HBC a vendu sa division des Magasins du Nord à CNO, qui a convenu de garder à son service les employés des Magasins du Nord. Environ 1 200 employés de HBC ont donc été mutés à CNO. Dans le cadre de la vente, HBC et CNO ont conclu une entente visant à protéger le régime de retraite des employés mutés. Cette entente prévoyait la constitution, par CNO, d'un nouveau régime de retraite qui offrirait aux employés mutés des prestations [TRADUCTION] « au moins égales à celles prévues par [le régime HBC] ». HBC a consenti à transférer des éléments d'actif suffisants pour assurer les prestations déterminées des employés mutés, soit environ 12,6 millions de dollars, selon le rapport de l'actuaire.

[14] Au moment du transfert, le régime de HBC affichait un excédent actuariel important estimé à quelque 94 millions de dollars. HBC et CNO ont discuté de la possibilité de transférer une partie de cet excédent, mais HBC a laissé entendre qu'une telle transaction ferait augmenter le prix d'achat et la question n'a plus été débattue.

[15] CNO a contesté la somme transférée, faisant valoir qu'elle ne suffirait pas au versement des

retirement benefits. The matter was heard before the Superintendent of the Pension Commission of Ontario. The Superintendent agreed with NWC and found that the transferred amount did not account for early retirement benefits. However, the Superintendent found that he did not have the jurisdiction to order a transfer of further funds to cover the shortfall. NWC brought an application in court to determine its rights under the agreement. Gotlib J. of the Ontario Court of Justice agreed with NWC and ordered the transfer of an additional \$1.27 million to cover early retirement benefits (*North West Co. v. Hudson's Bay Co.*, [1991] O.J. No. 2449 (QL)).

[16] The issue of transferring the actuarial surplus was presented to the Superintendent. He held that he did not have the jurisdiction to determine issues of surplus entitlement.

III. Lower Court Decisions

A. *Ontario Superior Court of Justice (2005), 51 C.C.P.B. 66*

[17] Peter Burke, Richard Fallis and A. Douglas Ross were Northern Stores employees who were transferred to NWC. They were appointed representatives of all the pension plan beneficiaries who were transferred to NWC. In their personal and representative capacity they claimed to be entitled to a portion of the actuarial surplus that existed in the HBC pension at the time of the transfer. They also sought to recover plan administration expenses that HBC charged to the fund, as well as the actuarial surplus funds that HBC used to take contribution holidays.

[18] Campbell J. heard the transferred employees' claims at the Ontario Superior Court of Justice. He concluded that the surplus was subject to trust principles, and that the transferred employees, as beneficiaries of the trust, had an equitable interest in the actuarial surplus. Campbell J. reasoned that the remaining employees stood to benefit from a greater pool of assets, because the entire actuarial surplus remained with HBC. Conversely, the transferred

prestations de retraite anticipée. L'affaire a été soumise au surintendant de la Commission des régimes de retraite de l'Ontario, qui a donné raison à CNO. Cependant, à son avis, il n'avait pas compétence pour ordonner le transfert de fonds supplémentaires pour combler la différence. CNO s'est alors adressée au tribunal afin que soient déterminés les droits que lui conférait l'entente. Le juge Gotlib de la Cour de justice de l'Ontario a souscrit à la thèse de CNO et a ordonné le transfert d'une somme additionnelle de 1,27 million de dollars qui servirait au versement des prestations de retraite anticipée (*North West Co. c. Hudson's Bay Co.*, [1991] O.J. No. 2449 (QL)).

[16] La question du transfert de l'excédent actuariel a été soumise au surintendant, qui s'est dit incompetent pour trancher les questions relatives au droit à l'excédent.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (2005), 51 C.C.P.B. 66*

[17] Peter Burke, Richard Fallis et A. Douglas Ross font partie des employés des Magasins du Nord qui ont été mutés à CNO. Ils ont été désignés à titre de représentants de l'ensemble des bénéficiaires du régime de retraite mutés à CNO. En leur qualité personnelle et en leur qualité de représentants, ils ont prétendu avoir droit à une partie de l'excédent actuariel qu'affichait le régime de HBC au moment du transfert. Ils ont également demandé le remboursement des frais d'administration du régime prélevés sur la caisse par HBC, de même que des fonds provenant de l'excédent actuariel dont cette dernière s'était servie pour s'accorder des périodes d'exonération de cotisations.

[18] Le juge Campbell de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a instruit les demandes présentées par les employés mutés. Il a conclu que l'excédent du régime était assujéti aux principes de la fiducie et que les employés mutés, en tant que bénéficiaires de la fiducie, avaient un intérêt en equity dans l'excédent actuariel. Le juge Campbell a estimé que les employés demeurés en poste chez HBC auraient la chance de bénéficier d'une caisse

employees were deprived of the actuarial surplus that would have provided greater security for the payment and potential improvement of their benefits. The trial judge concluded that the disparate treatment of the beneficiaries was a breach of an equitable trust which required the transfer of a portion of the actuarial surplus to remedy the breach. The details of the remedy would be determined after further submissions from the parties.

[19] Campbell J. found in favour of HBC on the issue of expenses and concluded, based on contract principles, that HBC was entitled to charge plan administration expenses to the pension fund. Campbell J. also concluded that HBC was permitted to take contribution holidays. His conclusion on the latter issue was not appealed.

B. *Ontario Court of Appeal, 2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140*

[20] HBC appealed the issue of surplus to the Court of Appeal and the transferred employees cross-appealed on the issue of expenses. Gillese J.A., for a unanimous court, allowed the appeal and dismissed the cross-appeal.

[21] On the issue of surplus, Gillese J.A. determined that the matter could only be resolved by first determining whether the transferred employees had any entitlement to the actuarial surplus at the time of the transfer. If they did not, then HBC could not have had any obligation to transfer a portion of the actuarial surplus. Surplus entitlement is a matter of construction. Gillese J.A. analysed the language of the plan documentation and found that the documents did not contain any of the language that courts have found to establish employee entitlement to surplus. On the basis of several provisions in the plan text, Gillese J.A. found that the employees were entitled to only the defined benefits provided by the terms of the plan.

mieux garnie, parce que HBC avait conservé la totalité de l'excédent actuariel, tandis que les employés mutés se voyaient privés de ces fonds qui auraient mieux garanti leurs prestations et qui étaient susceptibles de les bonifier. Le juge du procès a conclu que le traitement différent accordé aux bénéficiaires contrevenait à une fiducie régie par l'équité et que, pour y remédier, une partie de l'excédent actuariel devait être transférée. Les détails de cette mesure de réparation seraient déterminés une fois que les parties auraient présenté leurs observations à cet égard.

[19] Le juge Campbell a donné gain de cause à HBC sur la question des frais d'administration et, se fondant sur les principes du droit des contrats, a conclu que HBC pouvait imputer les frais d'administration du régime à la caisse de retraite. Le juge Campbell a également conclu que HBC était autorisée à s'exonérer du versement des cotisations. Il n'a pas été interjeté appel de sa conclusion sur cette dernière question.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140*

[20] HBC s'est pourvue devant la Cour d'appel sur la question de l'excédent, et les employés mutés ont formé un appel incident sur la question des frais d'administration. Dans une décision unanime, la juge Gillese a accueilli l'appel et a rejeté l'appel incident.

[21] Au sujet de l'excédent, la juge Gillese a conclu qu'elle ne pouvait trancher cette question qu'après avoir déterminé si les employés mutés avaient un droit quelconque à l'excédent actuariel au moment du transfert. Dans la négative, HBC ne pouvait avoir eu l'obligation d'en transférer une portion. Le droit à l'excédent est une affaire d'interprétation. Après avoir analysé le libellé des documents relatifs au régime, la juge Gillese était d'avis qu'ils ne contenaient aucune des formules reconnues par les tribunaux comme conférant un droit à l'excédent aux employés. Se fondant sur plusieurs dispositions du texte du régime, la juge Gillese a conclu que les employés n'avaient droit qu'aux prestations déterminées que leur accordait le régime.

[22] Gillese J.A. agreed with the trial judge that a fundamental principle of trust law is that the beneficiaries are to be treated with impartiality and an even hand. However, she noted, this principle is subject to the terms of the trust instrument. Gillese J.A. found that the plan documentation displaced the duty of even-handedness with respect to the actuarial surplus. Because the employees were only entitled to the defined benefits at the time of the transfer, the duty of even-handedness only required ensuring that the defined benefits were protected. In her opinion, the considerable discretion afforded to the employer on the use of actuarial surplus supported her conclusion.

[23] Based on the text of the plan documentation, Gillese J.A. found that HBC was entitled to charge plan administration expenses to the fund. Silence does not create a positive obligation on the employer to pay expenses. The plan text was silent on plan administration expenses; therefore, HBC was not obliged to pay out of its own pocket. Subsequent amendments to the documentation made this explicit, stating that administration costs could be paid out of the pension fund.

[24] Mr. Burke et al. (“Burke”) appeal the decision on both issues.

IV. Issues

[25] I will deal with the issues in the reverse order of the Court of Appeal. First, did HBC properly pay the plan administration expenses from the pension fund? Second, was HBC obligated to transfer a portion of the actuarial surplus in the sale of Northern Stores?

V. Analysis

[26] Both issues in this appeal concern HBC’s obligations with respect to surplus in the pension plan. Pension surpluses raise contentious issues that this Court has considered previously: *Schmidt*

[22] La juge Gillese a souscrit à la conclusion du juge du procès qu’un principe fondamental du droit des fiducies exige que les bénéficiaires soient traités de manière impartiale et égalitaire. Toutefois, a-t-elle fait remarquer, ce principe est assujéti à la convention de fiducie. Selon elle, les documents relatifs au régime supplantent le devoir de traitement égalitaire relativement à l’excédent actuariel. Comme les employés n’avaient droit qu’aux prestations déterminées au moment du transfert, le devoir de traitement égalitaire se limitait à la protection de ces prestations. À son avis, l’important pouvoir discrétionnaire conféré à l’employeur quant à l’utilisation de l’excédent actuariel étayait sa conclusion.

[23] Se fondant sur le libellé des documents relatifs au régime, la juge Gillese a conclu que HBC pouvait imputer les frais d’administration du régime à la caisse. L’absence d’une disposition sur le paiement des frais n’impose pas à l’employeur l’obligation positive de les acquitter. Le texte du régime ne prévoyait rien à l’égard des frais d’administration du régime; en conséquence, HBC n’était pas tenue de les payer de sa poche. Des modifications subséquentes aux documents ont clarifié la question, en permettant expressément le paiement des frais d’administration à même la caisse de retraite.

[24] M. Burke et les autres appelants (« le groupe de M. Burke ») ont interjeté appel du jugement rendu sur les deux questions.

IV. Questions en litige

[25] J’analyserai les questions dans l’ordre inverse de celui adopté par la Cour d’appel. Premièrement, HBC a-t-elle agi à bon droit en payant les frais d’administration du régime à même la caisse de retraite? Deuxièmement, HBC était-elle tenue de transférer une portion de l’excédent actuariel dans le cadre de la vente des Magasins du Nord?

V. Analyse

[26] Les deux questions dont notre Cour est saisie en l’espèce portent sur les obligations de HBC à l’égard de l’excédent accumulé par le régime de retraite. L’excédent d’une caisse de retraite soulève

v. *Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678. In all these cases the interests in the surplus of the pension plan have been determined according to the words of the relevant documents and applicable contract and trust principles and statutory provisions.

A. Plan Administration Expenses

[27] In 1982, when the pension fund had its first actuarial surplus, HBC began paying plan administration expenses out of the fund. Burke alleges that HBC improperly charged these expenses to the fund and that HBC, itself, should have paid the expenses. They seek to reclaim the funds used to pay expenses from 1982 until they were transferred to NWC in 1987.

[28] This Court recently addressed the issue of plan administration expenses in *Kerry*. While this Court's reasons in *Kerry* were released after the Court of Appeal's decision in the present appeal, my view is that the issue was correctly decided by Gillese J.A. I will briefly address why HBC properly paid the expenses from the fund in accordance with the principles in *Kerry*, but the Court of Appeal's decision correctly analyses this issue in more detail.

[29] In *Kerry*, this Court determined that absent a statutory or common law authority creating an obligation on the employer to pay for expenses, such an obligation must arise from the text and the context of the pension plan documents (para. 40). There was no statutory obligation on HBC to pay expenses. Accordingly, Burke argues that the obligation on HBC derives from the plan documents and the common law. This argument was rejected at the Court of Appeal, and for the following reasons I would also reject this argument.

des questions litigieuses sur lesquelles notre Cour a déjà été appelée à se pencher : *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678. Dans toutes ces affaires, le droit à l'excédent a été déterminé en fonction du libellé des documents pertinents, des principes du droit des contrats et du droit des fiducies et des textes législatifs applicables.

A. Frais d'administration du régime

[27] En 1982, année où le régime a affiché son premier excédent actuariel, HBC a commencé à payer à même la caisse les frais d'administration du régime. Le groupe de M. Burke prétend que HBC a irrégulièrement imputé ces frais à la caisse et qu'elle aurait dû les acquitter elle-même. Il sollicite le remboursement des fonds ayant servi au paiement de ces frais, de 1982 jusqu'à sa mutation à CNO, en 1987.

[28] Notre Cour a récemment traité de la question des frais d'administration d'un régime dans l'arrêt *Kerry*. Certes, nos motifs ont été publiés après l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, mais j'estime que la juge Gillese a correctement tranché la question. Je traiterai brièvement des raisons pour lesquelles, selon les principes établis dans *Kerry*, HBC a agi à bon droit en payant ces frais à même la caisse, mais je rappelle que la Cour d'appel analyse correctement cette question plus en détail dans sa décision.

[29] Dans l'arrêt *Kerry*, la Cour a statué qu'en l'absence d'une source de nature législative ou jurisprudentielle qui obligerait l'employeur à acquitter les frais d'un régime de retraite, une telle obligation devrait découler du texte et du contexte des documents relatifs au régime (par. 40). Aucune loi n'imposait à HBC l'obligation de payer ces frais. Par conséquent, le groupe de M. Burke soutient que cette obligation découle des documents relatifs au régime et de la jurisprudence. Cet argument a été rejeté par la Cour d'appel et je suis d'avis de faire de même pour les motifs qui suivent.

[30] Burke argues that art. 21 of the original 1961 trust agreement imposes an obligation on the employer to pay plan administration expenses. The article provides:

21. COMPENSATION OF TRUSTEE

The Trustee shall be entitled to such compensation as may from time to time be mutually agreed in writing with the Company. Such compensation and all other disbursements made and expenses incurred in the management of the Fund shall be paid by the Company.

Burke puts particular emphasis on the last sentence of the provision and argues that “all other disbursements made and expenses incurred in the management of the Fund” is an ambiguous phrase and could include not only trustee expenses, but also additional plan administration expenses.

[31] In light of this broad wording, Burke argues that the ambiguity should be resolved having regard to the statements made in booklets distributed to the employees by HBC for the purpose of explaining their pension benefits. The HBC pension booklets for 1961, 1975 and 1980 stated that the entire cost of administering the plan will be borne or paid by the Company. Therefore, Burke argues that the combined effect of art. 21 and these booklets is that HBC improperly charged the plan administration expenses to the fund.

[32] I cannot accept this argument. In my opinion, art. 21 is not broad nor ambiguous. Article 21 deals with expenses incurred by the trustee “in the management of the Fund” and does not address plan administration expenses. The plan text, which deals with the administration of the plan, is silent on plan administration expenses. This Court reached the same conclusion in *Kerry*, where a similar article was found to impose an obligation on the employer to pay only for trustee expenses and not plan administration expenses. In my opinion, art. 21 is not ambiguous, as Burke suggests. The article

[30] Le groupe de M. Burke prétend que l'art. 21 de la convention de fiducie originale, qui date de 1961, impose à l'employeur l'obligation de payer les frais d'administration du régime. L'article est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

21. RÉMUNÉRATION DU FIDUCIAIRE

Le fiduciaire aura droit à la rémunération dont il aura convenu par écrit avec la société. Cette rémunération, ainsi que tous les autres débours et frais engagés dans le cadre de la gestion de la caisse, seront acquittés par la société.

Le groupe de M. Burke, insistant sur la dernière phrase de la disposition, fait valoir que la proposition [TRADUCTION] « tous les autres débours et frais engagés dans le cadre de la gestion de la caisse » est ambiguë et qu'elle pourrait viser non seulement les dépenses du fiduciaire, mais également les autres frais d'administration du régime.

[31] Invoquant le caractère général du libellé, le groupe de M. Burke prétend que l'ambiguïté devrait être résolue à la lumière des affirmations qui figurent dans les brochures distribuées par HBC à ses employés pour leur expliquer leur régime de retraite. Les brochures de 1961, 1975 et 1980 affirment que la totalité des frais relatifs à l'administration du régime seront assumés ou payés par la société. Partant, le groupe de M. Burke soutient que, compte tenu de l'art. 21 et des brochures, interprétés ensemble, HBC a agi irrégulièrement en prélevant sur la caisse les frais d'administration du régime.

[32] Je ne puis retenir cet argument. À mon avis, l'art. 21 n'est ni général ni ambigu. L'article 21 traite des dépenses engagées par le fiduciaire « dans le cadre de la gestion de la caisse » et non des frais d'administration du régime. Le texte du régime, qui porte sur l'administration de ce dernier, est muet sur la question des frais d'administration. La Cour est arrivée à la même conclusion dans l'arrêt *Kerry*, où elle a jugé qu'une disposition semblable imposait à l'employeur l'obligation de ne payer que les dépenses du fiduciaire, et non les frais d'administration du régime. Selon moi, l'art. 21 n'est pas

clearly outlines HBC's obligation with respect to trustee expenses and nothing else.

[33] In 1971, HBC entered into a new trust agreement. This new trust agreement included a provision which expressly allowed HBC to charge plan administration expenses to the fund. Again, in 1984, HBC entered into a new trust agreement. The 1984 trust agreement also expressly allowed HBC to charge plan administration expenses to the fund. Since the new trust agreements merely confirmed expressly what was already implicitly provided for in the original trust agreement, there is no need to discuss whether the new versions were valid as they introduce no new obligations or rights with respect to plan administration expenses.

[34] What, then, is the effect of the HBC pension booklets that stated that HBC would bear the entire cost of administering the pension plan? In light of my conclusion that art. 21 was unambiguous, it is not necessary to look to the booklets as an interpretative aid. Burke did not advance the argument in this Court that the statement in the booklets was a binding promise and created an estoppel.

[35] I would dismiss this ground of the appeal.

B. *Transfer of Surplus*

[36] The primary issue on this appeal is whether HBC was required to transfer a portion of the actuarial surplus when it sold Northern Stores to NWC in 1987. This is a novel question in pension law. The novelty arises from the fact that the sale occurred in the context of an ongoing pension plan, rather than a terminated or wound-up plan.

[37] Burke argues that, because the transfer occurred in the context of an ongoing plan, plan administration principles should govern the transfer. He says that he has an equitable interest in the

ambigu, comme le prétend le groupe de M. Burke. Cette disposition décrit clairement l'obligation de HBC à l'égard des dépenses engagées par le fiduciaire, et rien d'autre.

[33] En 1971, HBC a conclu une nouvelle convention de fiducie, laquelle autorisait expressément HBC à imputer à la caisse les frais d'administration du régime. En 1984, HBC a conclu une autre convention de fiducie, qui comportait elle aussi une disposition expresse à cet effet. Puisque les nouvelles conventions de fiducie n'ont fait que confirmer expressément ce que prévoyait implicitement la convention originale et n'ont pas créé de nouvelles obligations ni de nouveaux droits à l'égard des frais d'administration du régime, il n'y a pas lieu de se pencher sur leur validité.

[34] Quel est donc l'effet des brochures sur le régime de retraite de HBC qui affirmaient que cette dernière supporterait la totalité des frais relatifs à l'administration du régime? Vu ma conclusion que l'art. 21 n'est pas ambigu, il n'est pas nécessaire de recourir aux brochures comme outil d'interprétation. Le groupe de M. Burke n'a pas prétendu devant la Cour que l'affirmation figurant dans les brochures était une promesse exécutoire et qu'elle emportait la préclusion.

[35] Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *Transfert de l'excédent*

[36] La principale question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si HBC était tenue de transférer une portion de l'excédent actuariel lorsqu'elle a vendu ses Magasins du Nord à CNO en 1987. Il s'agit d'une question nouvelle intéressant le droit applicable aux régimes de retraite. Sa nouveauté tient au fait que le régime de retraite a continué d'exister après la vente; il n'y a pas été mis fin et il n'a pas été liquidé.

[37] Le groupe de M. Burke soutient que le transfert, survenu dans le contexte du prolongement du régime, était assujéti aux principes applicables à l'administration du régime. Il affirme avoir un droit

total assets of the fund and therefore he can bring a claim against HBC for breach of fiduciary duty and compel due administration of the fund. He says HBC, as a fiduciary, had the obligation to treat the beneficiaries of the fund with an even hand and that in not transferring a portion of the surplus in the fund for the benefit of the transferred employees, HBC breached its fiduciary duty of even-handedness.

[38] I will first address the question of whether HBC is a fiduciary in the circumstances of this case. Second, I will address the role of the 1987 PBA in the transfer of assets to NWC. I will then turn to Burke's argument that he has an equitable interest in the total assets of the fund. After that, I deal with the even-handedness argument and finally the obligations of HBC in the due administration of the pension fund.

(1) HBC as Fiduciary

[39] In *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 408, La Forest J. endorsed the indicia that help recognize a fiduciary relationship set forth by Wilson J. in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 136:

(1) [S]cope for the exercise of some discretion or power; (2) that power or discretion can be exercised unilaterally so as to effect the beneficiary's legal or practical interests; and, (3) a peculiar vulnerability to the exercise of that discretion or power.

La Forest J. wrote that "Wilson J.'s mode of analysis has been followed as a 'rough and ready guide' in identifying new categories of fiduciary relationships" (see also D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 42).

[40] At para. 55 of her reasons, Gillese J.A. found that HBC, as pension plan administrator, was a fiduciary. Article 11.01 of the 1985 restatement of the pension plan designates HBC as the

en equity dans l'actif total de la caisse et pouvoir, en conséquence, intenter une action contre HBC pour violation de son devoir fiduciaire et exiger la bonne administration de la caisse. Selon lui, HBC était tenue, en sa qualité de fiduciaire, d'accorder un traitement égalitaire aux bénéficiaires de la caisse et elle aurait manqué à ce devoir fiduciaire par son défaut de transférer une portion de l'excédent au profit des employés mutés.

[38] Je trancherai d'abord la question de savoir si HBC est une fiduciaire dans le contexte qui nous occupe. J'examinerai ensuite le rôle de la PBA de 1987 dans le transfert des éléments d'actifs à CNO. J'analyserai par la suite la prétention du groupe de M. Burke selon laquelle il aurait un droit en equity dans l'actif total de la caisse. Enfin, je traiterai de l'argument relatif au traitement égalitaire et j'aborderai les obligations de HBC à l'égard de la bonne administration de la caisse de retraite.

(1) HBC agissant à titre fiduciaire

[39] Dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 408, le juge La Forest fait siennes les caractéristiques qui aident le tribunal à reconnaître une relation fiduciaire énoncées par la juge Wilson dans *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 136 :

(1) [U]n certain pouvoir discrétionnaire peut être exercé, (2) ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé unilatéralement de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire, et (3) une vulnérabilité particulière à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Le juge La Forest a précisé que « la méthode d'analyse du juge Wilson a été suivie en tant que "guide sommaire et existant" pour identifier de nouvelles catégories de rapports [fiduciaires] » (voir aussi D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 42).

[40] Au paragraphe 55 de ses motifs, la juge Gillese a conclu que HBC, en sa qualité d'administratrice du régime, agissait à titre fiduciaire. L'article 11.01 de la reformulation du régime de

plan administrator with the power to “conclusively decide all matters relating to the administration, interpretation, overall operation and application of the Plan”. Article 11.01 provides:

11.01 Company Administration

The Plan shall be administered by the Company which shall determine all questions relating to the length of Continuous Service, eligibility, early or postponed retirement, and rates and amounts of Annual Earnings and Average Earnings for the purposes of the Plan and shall conclusively decide all matters relating to the administration, interpretation, overall operation and application of the Plan, consistent, however, with the text of the Plan, the terms of the Trust Agreement, and the Act and the *Income Tax Act* (Canada). [Emphasis added.]

[41] Subject to the text of the plan, the terms of the trust agreement, and relevant statutes, there is no doubt that HBC had wide discretion with respect to the pension plan, which it could exercise unilaterally and which could affect the interests of the employees, and to which exercise of discretion the employees were vulnerable. Therefore, I agree with Gillese J.A. that in these circumstances HBC, as plan administrator, was a fiduciary and that a fiduciary relationship existed between HBC as administrator and the employees/beneficiaries under the pension plan. As Gillese J.A. wrote, at para. 55, “[h]ad there been a legal obligation to transfer part of the surplus at the time of Sale and had it been found that the Bay failed to cause that to occur, the proper nomenclature would have been a finding that the Bay was in breach of its fiduciary obligations to the Transferred Employees.” The question is whether there was such a legal obligation.

(2) The Pension Benefits Act, 1987

[42] HBC argues that s. 81 of the 1987 PBA is a specialized regime for transferring pension assets

retraite de 1985 désigne HBC à titre d’administratrice du régime et lui confère le pouvoir de régler [TRADUCTION] « définitivement toutes les questions relatives à l’administration, à l’interprétation, au fonctionnement général et à l’application du régime ». L’article 11.01 est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

11.01 Administration par la société

Le régime est administré par la société, qui tranche toutes les questions relatives à la durée du service ininterrompu, à l’admissibilité, à la retraite anticipée ou différée, ainsi qu’aux taux et aux montants de revenu annuel et de revenu moyen pour l’application du régime et règle définitivement toutes les questions relatives à l’administration, à l’interprétation, au fonctionnement général et à l’application du régime, en conformité toutefois avec le texte du régime, avec la convention de fiducie et avec la Loi et la *Loi de l’impôt sur le revenu* (Canada). [Je souligne.]

[41] Sous réserve du texte du régime, de la convention de fiducie et des lois applicables, il ne fait aucun doute que HBC avait, à l’égard du régime de retraite, un vaste pouvoir discrétionnaire, qu’elle pouvait exercer unilatéralement de manière à avoir un effet sur les intérêts des employés, et que les employés étaient vulnérables à l’exercice de ce pouvoir. Par conséquent, je conviens avec la juge Gillese qu’en l’espèce, HBC, en qualité d’administratrice du régime, agissait à titre fiducial et qu’un lien fiducial unissait HBC, en tant qu’administratrice du régime, à ses employés, en tant que bénéficiaires du régime de retraite. Comme l’écrivait la juge Gillese au par. 55 : [TRADUCTION] « S’il avait existé une obligation juridique de transférer une portion de l’excédent lors de la vente, et s’il avait été déterminé que La Baie avait omis de faire en sorte que le transfert soit effectué, il aurait fallu dire, en conclusion, que La Baie avait manqué à ses obligations fiduciaires envers les employés mutés. » Il s’agit de déterminer si une telle obligation lui incombait effectivement en droit.

(2) La Pension Benefits Act, 1987

[42] HBC prétend que l’art. 81 de la PBA de 1987 constitue un régime spécialisé, régissant le

and that it was simply required to comply with this regime, which it did. It says this situation is like that in *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973, where this Court found that the general trust rule in *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.), which allows beneficiaries to collapse a trust in certain circumstances, was displaced by legislative provisions.

[43] The transfer of pension assets to NWC was subject to the *1987 PBA* (decision of the Superintendent of the Pension Commission of Ontario, April 30, 1990, Reference C-8389). I note that this statute has been subsequently amended, with the most recent revision receiving Royal Assent as of May 2010. I would also note that the issue of surplus transfer when there is a transfer of pension assets is dealt with under the yet to be proclaimed s. 80(13) of the amended statute (S.O. 2010, c. 9, s. 68). Section 81 of the *1987 PBA* deems the transfer of pension assets in this case to be a continuation of the HBC plan, and it ensures the protection of the employees' defined benefits already accrued, as well as any other benefits provided under the plan. This section provides:

81.—(1) Where an employer who contributes to a pension plan sells, assigns or otherwise disposes of all or part of the employer's business or all or part of the assets of the employer's business, a member of the pension plan who, in conjunction with the sale, assignment or disposition becomes an employee of the successor employer and becomes a member of a pension plan provided by the successor employer,

- (a) continues to be entitled to the benefits provided under the employer's pension plan in respect of employment in Ontario or a designated province to the effective date of the sale, assignment or disposition without further accrual;
- (b) is entitled to credit in the pension plan of the successor employer for the period of

transfert de l'actif d'un régime de retraite et qu'il suffisait qu'elle s'y conforme, ce qu'elle a fait. À son avis, la présente situation est semblable à celle qui était examinée dans l'arrêt *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, où la Cour a statué que les dispositions législatives supplantent la règle de *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.), en matière de fiducie, selon laquelle les bénéficiaires peuvent mettre fin à une fiducie dans certaines circonstances.

[43] Le transfert à CNO de l'actif du régime de retraite était assujéti à la PBA de 1987 (décision du 30 avril 1990 du surintendant de la Commission des régimes de retraite de l'Ontario, n^o de dossier C-8389). Je signale que cette loi a été modifiée depuis. La dernière modification a reçu la sanction royale en mai 2010. Je tiens également à signaler que la question du transfert de l'excédent dans le cadre du transfert d'éléments d'actif d'une caisse de retraite est traitée dans le par. 80(13), non encore promulgué, de la loi modifiée (L.R.O. 2010, ch. 9, art. 68). Suivant l'art. 81 de la PBA de 1987, qui protège les prestations déterminées accumulées ainsi que tous les autres avantages accordés aux employés par les régimes, le transfert de l'actif de la caisse en l'espèce est réputé prolonger le régime de HBC. Cet article est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

81.—(1) Si un employeur qui cotise à un régime de retraite vend ou cède la totalité ou une partie de ses affaires ou de l'actif de ses affaires, ou l'aliène autrement, un participant au régime de retraite qui, à la suite de la vente, de la cession ou de l'aliénation, devient un employé de l'employeur subséquent et un participant au régime de retraite offert par l'employeur subséquent :

- a) continue d'avoir droit aux prestations prévues aux termes du régime de retraite de l'employeur à l'égard de l'emploi en Ontario ou dans une province désignée jusqu'à la date de prise d'effet de la vente, de la cession ou de l'aliénation sans accumulation supplémentaire;
- b) a droit au crédit dans le régime de retraite de l'employeur subséquent pour la période

membership in the employer's pension plan, for the purpose of determining eligibility for membership in or entitlement to benefits under the pension plan of the successor employer; and

- (c) is entitled to credit in the employer's pension plan for the period of employment with the successor employer for the purpose of determining entitlement to benefits under the employer's pension plan.

(2) Clause (1) (a) does not apply if the successor employer assumes responsibility for the accrued pension benefits of the employer's pension plan and the pension plan of the successor employer shall be deemed to be a continuation of the employer's plan with respect to any benefits or assets transferred.

(3) Where a transaction described in subsection (1) takes place, the employment of the employee shall be deemed, for the purposes of this Act, not to be terminated by reason of the transaction.

(4) Where a transaction described in subsection (1) occurs and the successor employer assumes responsibility in whole or in part for the pension benefits provided under the employer's pension plan, no transfer of assets shall be made from the employer's pension fund to the pension fund of the plan provided by the successor employer without the prior consent of the Superintendent or contrary to the prescribed terms and conditions.

(5) The Superintendent shall refuse to consent to a transfer of assets that does not protect the pension benefits and any other benefits of the members and former members of the employer's pension plan or that does not meet the prescribed requirements and qualifications.

[44] I am not persuaded that s. 81 resolves the issue. Nor do I see this as analogous to the situation in *Buschau*.

[45] Pensions legislation is not a complete code (*Buschau*, at para. 35). As this Court said in *Monsanto* (speaking of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8), the *PBA's* "purpose is to establish minimum standards and regulatory supervision in order to protect and safeguard the pension benefits and rights of members, former members and others entitled to receive benefits under private pension plans" (para. 38 (emphasis added)).

d'affiliation au régime de retraite de l'employeur, afin de déterminer l'admissibilité à l'affiliation au régime de retraite de l'employeur subséquent ou le droit aux prestations aux termes de ce régime;

- c) a droit au crédit dans le régime de retraite de l'employeur pour la période d'emploi chez l'employeur subséquent afin de déterminer le droit aux prestations aux termes du régime de retraite de l'employeur.

(2) L'alinéa (1) a) ne s'applique pas si l'employeur subséquent assume la responsabilité des prestations de retraite accumulées dans le régime de retraite de l'employeur. Le régime de retraite de l'employeur subséquent est réputé être un prolongement du régime de l'employeur à l'égard des prestations ou de l'actif transférés.

(3) Si une opération décrite au paragraphe (1) a lieu, l'emploi de l'employé est réputé, pour l'application de la présente loi, ne pas avoir pris fin en raison de l'opération.

(4) Si l'opération décrite au paragraphe (1) a lieu et que l'employeur subséquent assume la responsabilité totale ou partielle des prestations de retraite prévues aux termes du régime de retraite de l'employeur, aucun transfert de l'actif n'est fait de la caisse de retraite de l'employeur à celle du régime de retraite offert par l'employeur subséquent sans le consentement préalable du surintendant ou à l'encontre des conditions prescrites.

(5) Le surintendant refuse de consentir à un transfert d'actif qui ne protège pas les prestations de retraite et les autres prestations des participants et des anciens participants au régime de retraite de l'employeur ou qui ne répond pas aux exigences et aux conditions requises qui sont prescrites.

[44] Je ne suis pas convaincu que l'art. 81 tranche la question, ni que la présente situation est analogue à celle en cause dans *Buschau*.

[45] La loi sur les régimes de retraite n'est pas un code exhaustif (*Buschau*, par. 35). Ainsi que l'a affirmé la Cour dans *Monsanto* (au sujet de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8), la loi « visé à établir des normes minimales et une supervision réglementaire afin de protéger et de garantir les prestations et les droits des participants, des anciens participants et des autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu des

In my opinion, s. 81(5) does exactly that — establishes a minimum standard for the transfer of pension assets. The terms of the relevant plan and trust documentation may impose a higher standard.

[46] In this way it would not be inconsistent with the legislative scheme for the plan and trust documentation to require a higher standard than that set out in s. 81. By contrast, in *Buschau*, the application of the trust rule in *Saunders* would have allowed the employees to circumvent the statutory procedure and defeat the objective of the legislative scheme (para. 28). These concerns do not arise in the present case. Requiring an employer to transfer additional funds on a sale would not interfere with the procedure set out in s. 81, and would not impede the objective of protecting employees' pension benefits in the context of a sale. Thus, I cannot agree with HBC that compliance with the 1987 PBA is a complete answer to Burke's claim.

[47] It is therefore necessary to turn to the common law and equitable principles that govern the interpretation of the plan and trust documentation.

(3) Common Law and Equitable Principles

[48] Where a pension plan is created in the form of a trust, trust principles will apply. If there is no express or implied declaration of trust, then the pension plan will be governed by the terms of the plan (*Schmidt*, at p. 639).

[49] The parties agree that the pension fund is held in trust and that it must be administered according to trust principles. Based on the text of the plan documentation, the trust extends to the total assets in the fund (art. 1, 1961 trust agreement).

[50] The trust instrument in this case incorporates the terms of the pension plan (art. 2, 1961

régimes de retraite complémentaires » (par. 38 (je souligne)). À mon avis, c'est exactement l'effet du par. 81(5) : il établit des normes minimales pour le transfert de l'actif d'un régime de retraite. Les documents constituant le régime et la fiducie peuvent imposer une norme supérieure.

[46] Ainsi, l'imposition par les documents constituant le régime et la fiducie d'une norme plus élevée que celle prévue à l'art. 81 ne serait pas contraire au régime législatif. À l'opposé, dans *Buschau*, l'application de la règle de *Saunders* en matière de fiducie aurait permis aux employés de se soustraire aux modalités prévues par la loi, ce qui allait à l'encontre de l'objectif du régime législatif (par. 28). De telles considérations ne sont pas présentes en l'espèce. Obliger l'employeur à transférer des fonds additionnels dans le cadre d'une vente ne menace pas les modalités prévues à l'art. 81 et ne nuirait pas à l'objectif de protéger les prestations de retraite des employés dans le contexte d'une vente. Par conséquent, je ne puis admettre la thèse de HBC selon laquelle le respect des dispositions de la PBA de 1987 suffit à réfuter l'argument du groupe de M. Burke.

[47] Par conséquent, il est nécessaire d'analyser les principes de common law et d'equity régissant l'interprétation des documents relatifs au régime et à la fiducie.

(3) Principes de common law et d'equity

[48] Lorsqu'un régime de retraite est constitué en fiducie, les principes de la fiducie s'y appliquent. En l'absence d'une déclaration expresse ou implicite de fiducie, le régime de retraite est régi par les dispositions du régime (*Schmidt*, p. 639).

[49] Les parties reconnaissent que la caisse de retraite est détenue en fiducie et qu'elle doit être administrée conformément aux principes de la fiducie. Aux termes des documents relatifs au régime, la fiducie porte sur tous les éléments d'actif de la caisse (article premier, convention de fiducie de 1961).

[50] En l'espèce, la convention de fiducie incorpore par renvoi les dispositions du régime (art. 2,

trust agreement). Thus, both documents are relevant in determining the rights and obligations of the employees and employer under the plan.

(a) *Equitable Interest*

[51] Burke relies on the statement in *Schmidt* that employees have an equitable interest in pension plan surplus prior to termination. He argues that “the absence of a specific legal interest in surplus . . . does not mean that no rights or obligations exist in relation to plan surplus while a pension plan is ongoing” (A.F., at para. 67 (emphasis omitted)). He argues that his equitable interest in the total assets of the fund gives him the ability to bring his claim against his employer for breach of fiduciary duty of even-handedness in its dealings (or lack thereof) with the actuarial surplus.

[52] Burke relies on the following passage in *Schmidt*:

While a plan which takes the form of a trust is in operation, the surplus is an actuarial surplus. 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. [Emphasis added; pp. 654-55.]

[53] In my view, it is necessary to first determine what is meant by the use of the phrase “equitable interest” in *Schmidt* and, second, to examine how this concept fits within the terms of this specific plan.

[54] Equitable interest typically means “an actual right of property, such as an interest under a trust” (J. McGhee, ed., *Snell's Equity* (31st ed. 2005),

convention de fiducie de 1961). Ainsi, ces deux documents sont pertinents dans l'analyse des droits et obligations des employés et de l'employeur en vertu du régime.

a) *Intérêt en equity*

[51] Le groupe de M. Burke invoque un passage de l'arrêt *Schmidt* selon lequel les employés ont un droit en equity sur l'excédent avant la cessation du régime. Selon lui, [TRADUCTION] « il ne faut pas déduire de l'inexistence d'un intérêt précis en common law dans l'excédent [. . .] l'inexistence de tout droit et de toute obligation relativement à l'excédent pendant l'existence du régime » (m.a., par. 67 (soulignement omis)). Il prétend que son intérêt en equity dans l'actif total de la caisse l'habilite à intenter une action contre son employeur pour violation de son devoir fiducial de traitement égalitaire dans l'utilisation qu'il fait — ou ne fait pas — de l'excédent actuariel.

[52] Le groupe de M. Burke invoque l'extrait suivant tiré de l'arrêt *Schmidt* :

Pendant l'existence d'un régime sous forme de fiducie, le surplus est un surplus actuariel. Ni l'employeur 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. [Je souligne; p. 654-655.]

[53] À mon avis, il faut commencer par définir ce qu'on entend par un « intérêt en equity », ou par le terme « droit en equity » employé dans l'arrêt *Schmidt*, pour ensuite déterminer comment s'applique ce concept dans le cadre du régime qui nous intéresse.

[54] Un intérêt en equity est généralement [TRADUCTION] « un véritable droit de propriété, tel l'intérêt détenu en vertu d'une fiducie » (J. McGhee,

at para. 2-05). The holder of an equitable interest owns that property in equity (S. J. Hepburn, *Principles of Equity and Trusts* (4th ed. 2009), at p. 63). According to *Snell's Equity* an equitable interest is distinct from mere equities, floating equities and equitable remedies, though the term “equity” is often used to refer to any or all of these more specific concepts (para. 2-01).

[55] The phrase “equitable interest” was only used once by Cory J. in the course of his judgment in *Schmidt*. The question, then, is in what sense did he use this phrase? In my view, the following observations can be made.

[56] First, it is clear that in a defined benefit pension governed by trust principles, employees have an equitable interest in their defined benefits. As in the case of a classic trust, legal ownership of the defined benefits lies with the trustee. The funds needed to pay the employees’ defined benefits are held in trust on their behalf. As beneficiaries, the employees have an equitable interest in the funds needed to cover their defined benefits.

[57] Second, and importantly, when Cory J. referred to the employees’ equitable interest in the total assets of the fund, he was writing on the premise that the employees were entitled to the actual surplus on termination. This is clear from the language that follows his use of “equitable interest”, which I repeat:

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. [Emphasis added.]

If the employees are entitled to actual surplus on termination then they do have an equitable interest in that surplus, and, when added to their defined

dir., *Snell's Equity* (31^e éd. 2005), par. 2-05). Le détenteur d’un intérêt en equity dans un bien en est le propriétaire en equity (S. J. Hepburn, *Principles of Equity and Trusts* (4^e éd. 2009), p. 63). Suivant *Snell's Equity*, un intérêt en equity se distingue des simples droits en equity, des droits flottants en equity et des recours d’equity, même si le terme « *equity* », en anglais, sert souvent à désigner ces notions spécifiques individuellement ou collectivement (par. 2-01).

[55] Dans ses motifs dans l’affaire *Schmidt*, le juge Cory ne mentionne qu’une seule fois le « droit en equity » des employés. La question qui se pose alors est de savoir ce qu’il entendait par là. On peut à bon droit, selon moi, faire les observations suivantes.

[56] Tout d’abord, dans le cadre d’un régime de retraite à prestations déterminées régi par les principes de la fiducie, les employés ont à l’évidence un intérêt en equity dans les prestations déterminées. Comme dans le cas d’une fiducie classique, le fiduciaire détient le titre en common law sur les prestations déterminées. Les fonds nécessaires au versement des prestations déterminées aux employés sont détenus en fiducie au profit de ces derniers. En leur qualité de bénéficiaires, les employés ont un intérêt en equity dans ces fonds.

[57] Ensuite, fait important, lorsque le juge Cory mentionne que les employés ont un droit, en equity, sur tous les éléments d’actif de la caisse, il part du postulat que les employés ont droit à l’excédent réel à la cessation du régime. C’est ce qui ressort clairement de la phrase qui suit celle où il parle du droit en equity des employés et que je répète :

Ni l’employeur 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. [Je souligne.]

Si les employés ont droit à l’excédent réel à la cessation du régime, ils ont un intérêt en equity dans cet excédent. Or, le total de cet excédent et de leurs

benefits, this constitutes the total assets of the fund. Thus, I would agree with Cory J. that, where employees are entitled to actual surplus on termination, they have an equitable interest in the total assets of the fund.

[58] Cory J. did not elaborate on the significance, or content, of that equitable interest in the surplus while the plan is ongoing. However, it seems to me that it might be somewhat analogous to a floating equity. A floating equity attaches to, for example, the residue in a will. The residuary beneficiary does not immediately obtain an equitable interest in the residue of the estate, because the assets may be needed to pay debts. Even in the case of a solvent estate, it is still unclear what property constitutes residue until the administration of the estate is complete. The residuary beneficiary is therefore said to have a “floating equity”, which may or may not crystallise”. A floating equity “protects the beneficiaries, not by giving them equitable interests, but by ensuring the due administration of assets by the personal representatives” (*Snell's Equity*, at para. 2-06).

[59] It appears to me that entitlement to surplus on termination is analogous to the entitlement of a residuary beneficiary. The vesting of actual surplus in the employees is contingent on (a) the plan terminating, (b) there being an actual surplus once the liabilities are satisfied and (c) the employees surviving the date of the termination of the trust.

[60] Do the transferred employees in this case have a floating equity in the total assets of the HBC pension fund during its subsistence? In my view, they do not. As I will explain, the plan text limits their interest to their defined benefits and, unlike the circumstances in *Schmidt*, they are not entitled to surplus on termination.

(b) *The Employees' Rights and Interests Under the Plan*

[61] The original pension plan text provides that the employees' rights and interests under the plan

prestations déterminées correspond à l'actif total de la caisse. Par conséquent, je partage l'avis du juge Cory selon lequel les employés qui ont droit à l'excédent réel à la fin du régime ont un intérêt en equity sur tous les éléments d'actif de la caisse.

[58] Le juge Cory n'a précisé ni la portée ni la teneur de ce droit en equity sur l'excédent d'un régime qui existe toujours. Or, une analogie avec un droit flottant en equity me semble possible. Un droit flottant en equity se rattache, par exemple, au reliquat d'une succession testamentaire. Le bénéficiaire du reliquat n'obtient pas immédiatement un intérêt en equity dans le reliquat de la succession, dont les éléments d'actif risquent d'être affectés en totalité au paiement des dettes. Même lorsque la succession est solvable, on ne peut déterminer les biens qui constitueront le reliquat qu'au terme de l'administration successorale. On dit donc du bénéficiaire du reliquat qu'il possède un [TRADUCTION] « “droit flottant en equity”, qui se cristallisera ou non plus tard ». Un droit flottant en equity « protège les bénéficiaires, non pas en leur conférant un intérêt en equity, mais en assurant la bonne administration des éléments d'actif par les représentants successoraux » (*Snell's Equity*, par. 2-06).

[59] Selon moi, le droit des employés à l'excédent à la cessation du régime s'apparente à celui du bénéficiaire du reliquat. L'excédent réel ne leur est dévolu qu'à la réalisation des trois conditions suivantes : il est mis fin au régime, un excédent réel subsiste après la liquidation du passif et les employés survivent à la fin de la fiducie.

[60] En l'espèce, les employés mutés possèdent-ils un droit flottant en equity dans tous les éléments d'actif de la caisse de retraite de HBC pendant son existence? Je ne le crois pas. Comme je l'expliquerai, aux termes du texte du régime, leur intérêt se limite aux prestations déterminées, et ils n'ont pas droit à l'excédent lorsqu'il est mis fin au régime, comme c'était le cas dans l'affaire *Schmidt*.

b) *Les droits et intérêts conférés aux employés par le régime*

[61] Le texte initial du régime de retraite prévoit que les employés bénéficient uniquement des droits

are limited only to that which is expressly and specifically provided for in the plan.

11.03 *Rights in the Trust Fund:* . . . No Member or person entitled to benefits under the Plan has any right or interest in the Trust Fund except as expressly provided in the Plan; . . .

14.01 . . . There shall be no right to any benefit under this Plan except to the extent such right is specifically provided under the terms of the Plan and there are funds available therefor in the hands of the Trustee.

[62] A review of the original and subsequent pension plan documentation indicates that the only employee benefits that are provided for under the terms of the plan are the employees' defined retirement benefits.

[63] Under the original pension plan provisions in this case, the employees' entitlements in the event of plan termination were expressly limited to their defined retirement benefits:

12.024 *Apportionment of Balance of the Trust Fund to be Proportional:* Any apportionment within each group, in the order stated, shall be proportionate to but not in excess of the actuarially determined present values at the date of the termination of the Plan of their respective retirement benefits and accrued retirement benefits. [Emphasis added.]

[64] At the oral hearing of this appeal, counsel for Burke argued that art. 12.024 had to be interpreted in light of art. 12.022 and 12.023, which are other provisions dealing with plan termination. Counsel submitted that the operation of these provisions required that there had to be at least some employee entitlement to surplus on plan termination (transcript, at pp. 11-19). It was argued that art. 12 required a two-stage distribution to employees on plan termination: first, a distribution

et intérêts qui leur sont accordés expressément par le régime.

[TRADUCTION]

11.03 *Droits sur la caisse de retraite :* [. . .] Les participants et personnes ayant droit à des prestations en vertu du régime n'ont aucun autre droit ni intérêt sur la caisse de retraite que ceux qui leur sont conférés expressément par le régime; . . .

14.01 . . . Le régime n'accorde aucun droit à quelque avantage ou prestation que ce soit, à moins que ses dispositions le prévoient expressément et que le fiduciaire dispose de fonds à cette fin.

[62] Un examen des documents initiaux et subséquents relatifs au régime de retraite indique que les prestations déterminées de retraite sont les seules prestations auxquelles les employés ont droit aux termes du régime.

[63] Selon les dispositions initiales du régime de retraite, les droits des employés dans le cas où il serait mis fin au régime se limitaient expressément à leurs prestations déterminées de retraite :

[TRADUCTION]

12.024 *Répartition proportionnelle du solde de la caisse de retraite :* Toute répartition au sein de chacun des groupes, dans l'ordre prévu, sera proportionnelle, mais non supérieure, à la valeur actuarielle de leurs prestations de retraite respectives et prestations de retraite accumulées à la date où il est mis fin au régime. [Je souligne.]

[64] À l'audition du pourvoi, l'avocat du groupe de M. Burke a fait valoir que l'art. 12.024 devait être interprété à la lumière des art. 12.022 et 12.023, qui traitent aussi de la cessation du régime. Selon l'avocat, l'application de ces dispositions exigeait que les employés aient à tout le moins un droit quelconque à l'excédent lorsqu'il serait mis fin au régime (transcription, p. 11-19). On a fait valoir que la distribution aux employés prévue à l'art. 12 comportait deux étapes : premièrement, la distribution des

of contributions plus credited interest (under art. 12.022); and second, a distribution of defined retirement benefits (under art. 12.023). The limitation in art. 12.024, it was argued, only applied to the second distribution, which meant that “in order to fully satisfy both of these two distributions, arithmetically, there would have to be a surplus on hand to enable that to be done on plan termination” (transcript, at p. 13).

[65] HBC argued that art. 12 operated on termination to provide members with their contributions (and credited interest), and then to “top up” that amount to provide the defined retirement benefits (transcript, at p. 37). Counsel argued that the limitation in art. 12.024 applied to apportionment upon plan termination, and therefore applied with respect to both art. 12.022 and 12.023. Interpreting art. 12.024 in this manner would limit the employees’ entitlement on termination solely to their defined retirement benefits (transcript, at pp. 37-39).

[66] Articles 12.022 and 12.023, as set out in the original pension plan, are as follows:

12.022 *Allocation of the Trust Fund:* The Retirement Board shall then allocate to each Member, Retired Member (including Joint Annuitants and Beneficiaries, if any) and Terminated Members (including Beneficiaries, if any) a benefit, payable monthly, of an amount actuarially equivalent to (or, in lieu of such benefit, if so determined by the Retirement Board with respect to any or all such Members, Retired Members and Terminated Members, a lump sum payment equal to) the total of his own contributions plus Credited Interest to the date the Plan is terminated, less any retirement benefits, or returns of his own contributions and Credited Interest in accordance with the Plan, theretofore received by him. If the Trust Fund is insufficient for this purpose, it shall be allocated to each Member, Retired Member ([including] Joint Annuitants and Beneficiaries, if any) and Terminated Members (including Beneficiaries, if any) in the proportion that the amount of his contributions plus Credited

cotisations majorées de l’intérêt crédité (selon l’art. 12.022); deuxièmement, la distribution des prestations déterminées de retraite (selon l’art. 12.023). On a aussi soutenu que la limite prévue à l’art. 12.024 ne s’appliquait qu’à la deuxième étape, ce qui signifie que [TRADUCTION] « ces deux distributions ne pourront se faire intégralement, sur le plan arithmétique, que s’il existe un excédent suffisant au moment où il est mis fin au régime » (transcription, p. 13).

[65] HBC a fait valoir que l’art. 12 s’appliquait à la cessation du régime de façon que les participants recouvrent leurs cotisations (majorées de l’intérêt crédité) et reçoivent ensuite le montant additionnel nécessaire pour toucher leurs prestations déterminées de retraite (transcription, p. 37). Ses avocats ont soutenu que la limite prévue à l’art. 12.024 visait la répartition effectuée à la cessation du régime et qu’elle s’appliquait donc à la fois à l’art. 12.022 et à l’art. 12.023. Cette interprétation de l’art. 12.024 limiterait expressément les droits des employés lors de la cessation du régime à leurs prestations déterminées (transcription, p. 37-39).

[66] Voici les art. 12.022 et 12.023 du régime de retraite initial :

[TRADUCTION]

12.022 *Répartition de la caisse de retraite :* Le Comité de la caisse de retraite verse ensuite à tous les participants, participants retraités (y compris leurs corentiers et bénéficiaires, le cas échéant) et participants sortis (y compris leurs bénéficiaires, le cas échéant) une prestation mensuelle dont le montant équivaut, sur le plan actuariel, (ou, au lieu d’une telle prestation, si le Comité de la caisse de retraite en décide ainsi à l’endroit d’une partie ou de l’ensemble des participants, participants retraités et participants sortis, un paiement forfaitaire équivalent) au total de leurs cotisations majorées de l’intérêt crédité à la date où il est mis fin au régime, moins les prestations de retraite qui leur ont été versées ou les cotisations majorées de l’intérêt crédité qui leur ont été remboursées conformément au régime. Si la caisse de retraite est insuffisante pour ce faire, elle est répartie entre tous les participants, participants retraités ([y compris] leurs corentiers et bénéficiaires, le cas échéant) et participants sortis (y compris leurs

Interest to the date the Plan is terminated, less any retirement benefits, or returns of his own contributions plus Credited Interest in accordance with the Plan, theretofore received by him, bears the total of such amounts with respect to all such Members, Retired Members and Terminated Members.

12.023 *Application of Balance of the Trust Fund:* If any balance of the Trust Fund shall remain, it shall then be applied in the following manner:

First, for the benefit of Retired Members and such of the Terminated Members who have reached their Normal Retirement Date and are entitled to retirement benefits under Article 6 of the Plan, in each case upon the basis of their retirement benefits; and

Second, as to any balance remaining, for the benefit of all Members and such of the Terminated Members who are entitled to retirement benefits under Article 6 of the Plan but who have not yet reached their Normal Retirement Date, in each case upon the basis of their accrued retirement benefits at the date of such termination of contributions.

[67] I do not agree with counsel for Burke that art. 12 requires two distributions and operates to provide employees with an entitlement to a portion of the surplus on plan termination.

[68] When art. 12.022, 12.023 and 12.024 are examined, there is nothing in the wording used that indicates there are two separate distributions. Article 12.022 discusses the allocation of the trust fund between three groups of members: members, retired members and terminated members. Under art. 12.022, each of the members is allocated a sum that represents contributions plus credited interest less any retirement benefits already received. The opening words of art. 12.023 are, “[i]f any balance of the Trust Fund shall remain”. It therefore deals with the application of the funds remaining after the initial allocation under art. 12.022. Article 12.023 acts to “top up” the amounts allocated to the three groups under art. 12.022 to a maximum of their defined benefits. It is not a separate distribution.

bénéficiaires, le cas échéant) selon la proportion que représente le montant de leurs cotisations majorées de l'intérêt crédité à la date où il est mis fin au régime, moins les prestations de retraite qui leur ont été versées ou les cotisations majorées de l'intérêt crédité qui leur ont été remboursées conformément au régime, par rapport au total de ces montants à l'égard de tous les participants, participants retraités et participants sortis.

12.023 *Attribution du solde de la caisse de retraite :* S'il reste un solde dans la caisse de retraite, il est attribué comme suit : Tout d'abord aux participants retraités et aux participants sortis qui sont arrivés à leur date normale de retraite et qui ont droit à des prestations de retraite selon l'article 6 du régime, dans tous les cas en fonction de leurs prestations de retraite respectives; ensuite, s'il reste toujours un solde, à tous les participants et aux participants sortis qui ont droit à des prestations de retraite selon l'article 6 du régime, mais qui ne sont pas encore arrivés à leur date normale de retraite, dans tous les cas en fonction de leurs prestations de retraite accumulées à la date où ils ont cessé de verser leurs cotisations.

[67] Je ne partage pas l'avis de l'avocat du groupe de M. Burke que l'art. 12 exige une distribution en deux étapes et s'applique de façon à conférer aux employés un droit sur une partie de l'excédent lorsqu'il est mis fin au régime.

[68] Lorsqu'on examine les art. 12.022, 12.023 et 12.024, on constate que les termes employés dans ceux-ci n'indiquent aucunement qu'il existe deux distributions distinctes. L'article 12.022 parle de la répartition de la caisse de retraite entre trois groupes de participants : les participants, les participants retraités et les participants sortis. Selon l'art. 12.022, tous les participants reçoivent une somme correspondant aux cotisations majorées de l'intérêt crédité, moins les prestations de retraite déjà versées. L'article 12.023 commence par les mots suivants : [TRADUCTION] « [s]'il reste un solde dans la caisse de retraite ». Il traite donc de l'attribution des fonds qui restent après la répartition faite au départ conformément à l'art. 12.022. L'article 12.023 a pour effet de compléter les sommes réparties entre

Article 12.024 then operates in conjunction with art. 12.022 and 12.023, and deals with the apportionment of funds within the three groups of members. Article 12.024 expressly limits the apportionment within each of the three groups to the defined retirement benefits. Therefore, under art. 12, there is only one distribution of funds, which is expressly limited to the defined retirement benefits.

[69] Additionally, the pension plan documents (the pension plan text and trust agreement) do not contain any of the language that would typically give employees an entitlement to surplus. Except for the 1984 trust agreement, none of the pension plan documents include the “exclusive benefit” or “non-diversion” language which was found to result in an employee entitlement to surplus in *Schmidt* (p. 659). (Below, I will discuss why the inclusion of this language in the 1984 trust agreement also does not provide the employees with such an entitlement to the surplus.) Instead of using the language in *Schmidt*, the pension plan text indicates that the trust fund was held exclusively for the purposes of the *plan* and that no part could be diverted except for the purposes of the *plan* (e.g. art. 11.02 of the 1961 plan text).

[70] At the oral hearing, counsel for Burke argued that the purpose of the plan was to exclusively benefit employees, and that such a purpose could be inferred from the preamble to the trust agreement text (transcript, at pp. 8-10). If that purpose could be inferred, it was argued, an employee entitlement to the surplus existed in a similar manner to the employee entitlement to surplus that existed in one of the pension plans in *Schmidt*.

[71] The preamble provided in part:

WHEREAS the Company has established a Pension Plan (hereinafter referred to as “the Plan”) for the

les trois groupes en application de l’art. 12.022 jusqu’à concurrence de leurs prestations déterminées. Il ne s’agit pas d’une distribution distincte. L’article 12.024 s’applique ensuite en combinaison avec les art. 12.022 et 12.023, et porte sur la répartition des fonds au sein des trois groupes de participants. L’article 12.024 limite expressément la répartition au sein des trois groupes aux prestations déterminées de retraite. Par conséquent, l’art. 12 ne prévoit qu’une seule distribution des fonds, expressément limitée aux prestations déterminées.

[69] En outre, les documents relatifs au régime de retraite (le texte du régime et la convention de fiducie) ne contiennent aucune des formules qui confèrent normalement aux employés un droit à l’excédent. Exception faite de la convention de fiducie de 1984, aucun des documents relatifs au régime de retraite ne contient de disposition relative au « bénéfice exclusif » ou à « l’interdiction d’utiliser à d’autres fins », comme celles qui, a-t-on conclu dans *Schmidt* (p. 659), conféraient à un employé un droit à l’excédent. (J’expliquerai ci-dessous pourquoi l’insertion de ces formules dans la convention de fiducie de 1984 ne confère pas non plus aux employés un tel droit à l’excédent.) Au lieu de reprendre les formules employées dans l’affaire *Schmidt*, le texte du régime de retraite indique que la caisse de retraite devait servir exclusivement aux fins du régime et qu’aucune partie de la caisse ne pouvait être utilisée à d’autres fins que celles du régime (p. ex., l’art. 11.02 du texte du régime de retraite de 1961).

[70] À l’audience, l’avocat du groupe de M. Burke a fait valoir que le régime avait été créé exclusivement au bénéfice des employés, et que cette fin pouvait être inférée du préambule de la convention de fiducie (transcription, p. 8-10). On soutient que, s’il est possible d’inférer cette fin, un employé avait droit à l’excédent, tout comme l’employé avait droit à l’excédent de l’un des régimes de retraite dans *Schmidt*.

[71] Le préambule disait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

ATTENDU que la Société a constitué un régime de retraite (ci-après appelé « le régime ») au bénéfice

benefit of employees engaged in its Canadian business

It is obvious that the plan was established for the benefit of employees. But the wording says nothing about the specific entitlements of the employees under the plan. Nothing about those entitlements can be inferred from the words of the preamble. To determine those entitlements it is necessary to have regard to the operative language of the plan as a whole.

[72] I agree with Gillese J.A. (at para. 44 of her reasons) that, when read as a whole, the plan provisions indicate that the purpose of the plan is to provide employees with their defined retirement benefits. In *Schmidt*, in addition to the preamble, the operative language of the pension plan documents, including that the trust fund was for the “exclusive benefit” of employees, “non-diversion” language, and other provisions re-allocating the contributions of certain employees who left the plan, allowed the inference to be drawn that the employees were entitled to actual surplus on termination (see *Schmidt*, at pp. 658-59). The operative language of the HBC plan is to the contrary.

[73] Article 12.024 in the original plan expressly limited the entitlement of the employees on termination of the plan to their defined benefits. The provisions dealing with plan termination were amended by HBC in 1980 with the addition of art. 12.025 and restated in 1985 with art. 14.05, which expressly referred to surplus, specifically providing that HBC was entitled to the surplus on termination:

12.025 Refund of Surplus to Company:

If any balance of the Trust Fund shall remain after the satisfaction of all obligations of the plan in accordance with the provisions of this article 12, such balance shall be paid to the Company.

14.05 Excess Assets

If after provision for the satisfaction of all liabilities under the Plan has been made, there should

des employés travaillant pour son entreprise canadienne

De toute évidence, le régime a été constitué au bénéfice des employés. Cependant, les termes employés ne disent rien des droits précis que le régime confère aux employés. Aucune inférence ne peut être tirée du texte du préambule quant à ces droits. Pour déterminer en quoi ils consistent, il faut tenir compte des termes performatifs du régime dans son ensemble.

[72] Je suis d'accord avec la juge Gillese (par. 44 de ses motifs) que, lues dans leur ensemble, les dispositions du régime indiquent qu'il a pour objet d'accorder aux employés leurs prestations déterminées de retraite. Dans *Schmidt*, outre le préambule, les termes performatifs des documents relatifs au régime de retraite, notamment l'affectation de la caisse de retraite au « bénéfice exclusif » des employés, « l'interdiction [de l']utiliser à d'autres fins » et d'autres dispositions réattribuant les cotisations de certains employés qui ont cessé de cotiser au régime, permettent de conclure que les employés avaient droit à l'excédent existant lorsqu'il a été mis fin au régime (voir *Schmidt*, p. 658-659). Les termes performatifs du régime de HBC ont l'effet contraire.

[73] L'article 12.024 du régime initial limitait expressément les droits des employés lors de la cessation du régime à leurs prestations déterminées. En 1980, HBC a modifié les dispositions traitant de la cessation du régime en ajoutant l'art. 12.025, reformulé en 1985 à l'art. 14.05, pour traiter expressément de l'excédent et préciser que HBC y avait droit à la cessation du régime :

[TRADUCTION]

12.025 Remboursement de l'excédent à la société :

S'il reste un solde quelconque dans la caisse de retraite après la liquidation complète du passif du régime en conformité avec les dispositions du présent article 12, ce solde est versé à la société.

14.05 Excédent

S'il reste un excédent dans la caisse de retraite après la liquidation complète du passif

remain assets in the Trust Fund, such assets shall revert to the Company or be used as the Company may direct, subject to the provisions of the Act and the rules and regulations of the Department of National Revenue as amended from time to time.

[74] With respect to the 1984 trust agreement, I am in agreement with the analysis of Gillese J.A. (at paras. 49 to 53 of her decision) that the inclusion of “exclusive benefit” and “non-diversion” language in that trust agreement does not give the employees an entitlement to surplus. Burke argued that art. 2(d) and 11(ii) of the 1984 trust agreement confirm that employees have an entitlement to surplus. I agree with Gillese J.A.’s reasons for rejecting this argument. The 1984 trust agreement has to be read consistently with the then existing provisions of the pension plan, including art. 12.025. To read art. 2(d) and 11(ii) in the manner suggested by Burke would result in an inconsistency with art. 12.025 of the pension plan, which expressly confers the surplus on termination on HBC.

[75] Article 2(d) deals with expenses incurred for the sale and purchase of investments, taxes and other expenses and costs of administering the funds by the Trustee. It provides in part:

The Trustee is hereby authorized to pay out of each of the appropriate Funds:

- (i) all brokerage fees, transfer taxes . . .
- (ii) all property, income and other taxes . . .
- (iii) amounts on account of income tax . . .
- (iv) all other expenses and costs of administering the Funds

ALWAYS PROVIDED that no part of the funds may be used for, or diverted to any purposes other than those connected with the exclusive benefit of members of the respective Plans and their beneficiaries.

conformément au régime, cet excédent est versé à la société ou est utilisé au gré de celle-ci, sous réserve de la Loi ainsi que des règles et règlements du ministère du Revenu national et de leurs modifications.

[74] Quant à la convention de fiducie de 1984, je souscris à l’analyse de la juge Gillese (par. 49 à 53 de sa décision) selon laquelle l’insertion de dispositions relatives au « bénéfice exclusif » et à « l’interdiction d’utiliser à d’autres fins » dans cette convention de fiducie ne confère pas aux employés un droit sur l’excédent. Le groupe de M. Burke a fait valoir que l’al. 2d) et le sous-al. 11(ii) de la convention de fiducie de 1984 confirment que les employés ont droit à l’excédent. Je suis d’accord sur les motifs pour lesquels la juge Gillese a rejeté cet argument. Il faut interpréter la convention de fiducie de 1984 conformément aux dispositions du régime de retraite en vigueur à cette époque, et notamment à l’art. 12.025. Si l’on donnait à l’al. 2d) et au sous-al. 11(ii) l’interprétation proposée par le groupe de M. Burke, ces dispositions seraient incompatibles avec l’art. 12.025 du régime de retraite, qui prévoit expressément le versement de l’excédent à HBC à la cessation du régime.

[75] L’alinéa 2d) porte sur les dépenses engagées pour la vente et l’achat de placements, les taxes et les autres frais d’administration des fonds par le fiduciaire. Cet alinéa prévoit notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] La présente autorise le fiduciaire à payer toutes les dépenses suivantes à même les fonds appropriés :

- (i) les frais de courtage, les droits de mutation . . .
- (ii) l’impôt foncier, l’impôt sur le revenu et les autres taxes . . .
- (iii) les sommes à verser au titre de l’impôt sur le revenu . . .
- (iv) les autres frais d’administration du fonds . . .

TOUJOURS À LA CONDITION qu’aucune partie des fonds ne peut être utilisée à d’autres fins que celles liées au bénéfice exclusif des participants aux régimes respectifs et de leurs bénéficiaires.

[76] It is in the context of authorized expenses that no part of the funds may be used for or diverted to any purpose other than those associated with the exclusive benefit of members. Having regard to the context, it is clear that these words do not afford a new entitlement to surplus which had not previously existed and which is expressly addressed in art. 12.025.

[77] Article 11(ii) provides in part:

The Bay . . . shall have the right at any time . . . to change or modify by amendment any of the provisions of, and to terminate, this Agreement . . . provided that

- (ii) such change, modification or termination shall not authorize or permit or result in any part of the corpus or income of the Funds being used for or diverted to purposes other than for the benefit exclusively of members of the Plans

[78] Article 11(ii) is addressed to changes. In other words, the “benefit exclusively of members” language must be read in the context of what the employees were entitled to before any change. The entitlements before any change were the defined benefits. No change may result in the funds being used other than for those defined benefits, except as specified. The provision does not confer on employees a new and additional entitlement they did not previously have.

[79] Additionally, the pension plan documents have made the pension plan text the dominant document over the trust agreement. For example, art. 23 of the 1961 trust agreement provided that it could be amended but that “[n]o such amendment shall authorize or permit any part of the Fund to be used for or diverted to purposes other than those specified in the Plan” and art. 11.03 of the 1961 pension plan provided that “[n]o Member . . . has any right or interest in the Trust Fund except

[76] C’est dans le contexte des dépenses autorisées qu’aucune partie des fonds ne peut être utilisée à d’autres fins que celles liées au bénéfice exclusif des participants. Compte tenu du contexte, les dispositions ci-dessus ne confèrent manifestement pas un droit à l’excédent qui n’existait pas auparavant et dont le sort est fixé expressément à l’art. 12.025.

[77] L’alinéa 11(ii) prévoit notamment ce qui suit :

[TRANSDUCTION]

La Baie [. . .] peu[t] à son gré [. . .] remplacer ou modifier toute disposition de la présente convention et résilier la présente convention [. . .] pourvu que

- (ii) ce remplacement, cette modification ou cette résiliation n’autorise, ne rende possible ni n’entraîne l’usage d’une quelconque partie du capital ou des revenus de la caisse à d’autres fins qu’au bénéfice exclusif des participants aux régimes . . .

[78] Le sous-alinéa 11(ii) porte sur les modifications. Autrement dit, il faut interpréter l’expression « au bénéfice exclusif des participants » en tenant compte des avantages auxquels les employés avaient droit avant toute modification à la convention. Le droit dont ils bénéficiaient avant toute modification était le droit aux prestations déterminées. Sauf disposition contraire, aucune modification ne peut entraîner l’utilisation des fonds à une autre fin qu’aux fins des prestations déterminées. Cette disposition ne confère pas aux employés un droit supplémentaire qu’ils n’avaient pas auparavant.

[79] De plus, les documents relatifs au régime de retraite ont fait en sorte que le texte du régime l’emporte sur la convention de fiducie. Par exemple, l’art. 23 de la convention de fiducie de 1961 prévoyait que celle-ci pouvait être modifiée, mais que [TRANSDUCTION] « cette modification ne peut autoriser ni rendre possible l’utilisation d’une partie de la caisse à d’autres fins que celles prévues au régime » et, selon l’art. 11.03 du régime de retraite de 1961, [TRANSDUCTION] « [l]es participants [. . .] n’ont aucun

as expressly provided in the Plan". The pension plan text and the trust agreement have to be read together, so if art. 2(d) and 11(ii) of the 1984 trust agreement were interpreted in the manner suggested by Burke, there would be a conflict with art. 12.025 of the pension plan text. However, even if one were to conclude that art. 2(d) and 11(ii) should be interpreted in a manner that creates such a conflict, which I do not, the conflict would be resolved in favour of art. 12.025, as the pension plan is the dominant document.

[80] Thus, the pension plan documents in this case use language different than that found in *Schmidt*. The documents do not contain language that would give the employees an entitlement to the surplus.

[81] Burke relies on *Schmidt* to argue that employee entitlement to surplus may only be restricted if the language of the documentation is "explicit", which he argues is not the case here. As HBC has pointed out, "explicit" does not prescribe a word formula. HBC's entitlement to surplus must be clear. In my opinion, it is. As Gillese J.A. noted at para. 8 of her reasons, and as the foregoing analysis demonstrates, the documentation in this case limited the employees' entitlement to their defined benefits provided for in the plan.

[82] Based on the provisions of the pension plan documentation, it cannot be said that the transferred employees had an equitable interest in the surplus on termination.

(c) *Fiduciary Duty of Even-Handedness*

[83] Burke says that HBC undertook to improve pension benefits from time to time. He argues that the transferred employees' interest in the actuarial surplus stems from the lost possibility of future improvements to their defined benefits as such improvements might be received by the employees

autre droit ni intérêt sur la caisse de retraite que ceux qui leur sont conférés expressément par le régime ». Il faut interpréter conjointement le texte du régime de retraite et la convention de fiducie. Ainsi, si l'al. 2d) et le sous-al. 11(ii) de la convention de fiducie de 1984 recevaient l'interprétation proposée par le groupe de M. Burke, ils entreraient en conflit avec l'art. 12.025 du texte du régime. Toutefois, même si l'on statuait, contrairement à ce que je conclus, qu'il faut attribuer à l'al. 2d) et au sous-al. 11(ii) une interprétation qui occasionne un tel conflit, celui-ci serait résolu en faveur de l'art. 12.025, car le régime de retraite a préséance.

[80] Par conséquent, le libellé des documents relatifs au régime de retraite en l'espèce diffère de celui en cause dans l'affaire *Schmidt*. Les présents documents ne contiennent pas de disposition dont les termes conférerait aux employés un droit sur l'excédent.

[81] Le groupe de M. Burke se fonde sur *Schmidt* pour soutenir que le droit de l'employé à l'excédent ne peut être restreint que si le libellé des documents l'indique « explicitement », ce qui, prétend-il, n'est pas le cas ici. Comme l'a souligné HBC, il n'est pas impératif d'utiliser une formule précise pour l'indiquer « explicitement ». Le droit de HBC à l'excédent doit être clair. À mon avis, il l'est. Comme la juge Gillese l'a souligné au par. 8 de ses motifs, et comme le démontre l'analyse qui précède, les documents en l'espèce limitaient les droits des employés aux prestations déterminées que leur accordait le régime.

[82] Vu les dispositions des documents relatifs au régime de retraite, on ne saurait dire que les employés mutés avaient un intérêt en equity sur l'excédent à la cessation du régime.

c) *Devoir fiducial de traitement égalitaire*

[83] Aux dires du groupe de M. Burke, HBC s'était engagée à bonifier les prestations de retraite de temps à autre. Il prétend que l'intérêt dans l'excédent actuariel revendiqué par les employés mutés découle de la perte de cette possibilité d'amélioration de leur régime à prestations déterminées,

retained by HBC. Therefore, HBC breached its fiduciary duty of even-handedness by treating retained and transferred employees differently. I cannot agree. For the reasons I have given, employees, either retained or transferred, have no equitable interest in the surplus. The fact that an employer may voluntarily choose to increase pension benefits out of surplus funds or otherwise, does not change the nature of the employees' interest in the pension fund or extend fiduciary obligations to voluntary actions of the employer. The employees' equitable interest is limited to their defined benefits.

[84] At the oral hearing, counsel for Burke also argued that failing to transfer part of the surplus deprived the transferred employees of any protection against solvency swings that would be available to retained employees and that HBC was again in breach of its fiduciary duty of even-handedness (transcript, at p. 23). Although in practice actuarial surplus may provide a cushion against insolvency, employees have no right to compel surplus funding to provide this extra protection (*Kerry*, at para. 113). In the absence of such a right, no fiduciary obligation of even-handedness applies. As the plan was a defined benefit plan, HBC assumed the risk of ensuring that sufficient assets existed to fund the liabilities (i.e. defined benefits) of the pension. The employer's duty is to ensure that funds at all times meet the fixed benefits promised by the employer. Unlike defined contribution pension plans in which the employee bears the risk of fluctuations in capital markets, the risk of unfunded liabilities falls on HBC, as it is obligated under its defined benefit plan to provide the employees with their defined benefits. The right of the employees is that their defined benefits be adequately funded, not that an actuarial surplus be funded.

amélioration dont les autres employés de HBC sont susceptibles de bénéficier. Par conséquent, HBC aurait manqué à son devoir fiduciaire de traitement égalitaire en agissant différemment à l'égard des deux groupes d'employés. Je ne suis pas de cet avis. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, ni les employés mutés ni ceux qui sont demeurés en poste chez HBC ne possèdent d'intérêt en equity dans l'excédent. Le fait que l'employeur soit libre de décider d'augmenter ou non les prestations de retraite au moyen notamment d'une réaffectation de l'excédent ne change rien à la nature de l'intérêt que détiennent les employés dans la caisse de retraite ni n'a pour effet d'étendre les obligations fiduciaires de l'employeur à ses actes gratuits. L'intérêt en equity des employés ne vise que leurs prestations déterminées.

[84] À l'audience, l'avocat du groupe de M. Burke a également fait valoir que le défaut de HBC de transférer une partie de l'excédent a privé les employés mutés de la protection contre les fluctuations de solvabilité de leur caisse dont les autres employés bénéficient toujours et constitue un autre manquement de la part de HBC à son devoir fiduciaire de traitement égalitaire (transcription, p. 23). Même si, dans la pratique, l'excédent actuariel peut servir à parer au risque d'insolvabilité, les employés n'ont pas le droit d'exiger qu'il soit utilisé pour leur assurer cette protection supplémentaire (*Kerry*, par. 113). Sans un tel droit, il n'existe pas d'obligation fiduciaire de traitement égalitaire. Comme il s'agit d'un régime à prestations déterminées, HBC assumait le risque inhérent à l'obligation que l'actif soit suffisant pour couvrir le passif de la caisse, c'est-à-dire les prestations déterminées. Le devoir de l'employeur consiste à faire en sorte que les fonds soient en tout temps suffisants pour assurer le versement des prestations déterminées qu'il a promises. Au contraire d'un régime de retraite à cotisations déterminées, dans le cadre duquel les employés assument le risque de fluctuations dans les marchés financiers, en l'espèce, le risque d'un déficit actuariel pèse sur HBC, puisqu'elle est tenue, par les modalités de son régime de retraite, de verser des prestations déterminées à ses employés. Le droit des employés se rapporte à la capitalisation suffisante de leurs prestations déterminées et non d'un excédent actuariel.

[85] The duty of even-handedness must be anchored in the terms of the pension plan documentation. It does not operate in a vacuum. The duty of even-handedness requires that where there are two or more classes of beneficiaries, each class receives exactly what the terms of the documentation confer (*Waters*', at p. 966). In its role as pension plan administrator, HBC was a fiduciary and had fiduciary obligations. However, just because HBC has fiduciary duties as plan administrator does not obligate it under any purported duty of even-handedness to confer benefits upon one class of employees to which they have no right under the plan. It was the obligation of HBC to carry out the terms of the pension plan documents and to ensure that in the administration of the plan they do not give an advantage or impose a burden when that advantage or burden is not found in the terms of the plan documents (*Waters*', at pp. 966-67). Neither the retained nor the transferred employees had an equitable interest in the plan surplus. Accordingly, there is no duty of even-handedness applicable to the surplus.

(d) *Due Administration of the Fund*

[86] Burke argues that it is their equitable interest in the total assets of the pension fund that allows them to compel due administration of the pension fund which they say would require transfer of a portion of the actuarial surplus. I agree that Burke has a right to compel the due administration of the pension trust fund, but not because they have an equitable interest in the surplus.

[87] A beneficiary of a trust has the right to compel its due administration even if he does not have an equitable interest in all the assets of the trust. In this case, because Burke has an equitable interest in their defined benefits, they have the right to compel the due administration of the trust and to ensure that the employer, trustee and plan administrator are complying with their legal obligations in the pension plan documents (see *Snell's Equity*, at para. 27-24; *Waters*', at pp. 1203-4).

[85] Le devoir de traitement égalitaire doit reposer sur le libellé des documents relatifs au régime de retraite; il n'existe pas dans l'absolu. Dans les situations mettant en cause au moins deux groupes de bénéficiaires, ce devoir exige que chaque groupe reçoive exactement les avantages conférés par les documents (*Waters*', p. 966). En tant qu'administratrice du régime, HBC agissait à titre fiduciaire, ce qui lui imposait des obligations fiduciaires. Toutefois, ses obligations fiduciaires ne la contraignaient pas, en raison d'un quelconque devoir de traitement égalitaire, à reconnaître à un groupe d'employés des avantages que le régime ne leur confère pas. HBC était tenue de donner effet aux documents relatifs au régime de retraite et de veiller, en administrant le régime, à ce qu'aucun avantage ne soit attribué ni fardeau imposé qui ne soit pas prévu dans ces documents (*Waters*', p. 966-967). Ni les employés mutés ni les autres n'avaient d'intérêt en equity dans l'excédent. Partant, aucun devoir de traitement égalitaire ne s'applique à l'affectation de l'excédent.

d) *Bonne administration de la caisse*

[86] Le groupe de M. Burke prétend que son intérêt en equity dans l'actif total de la caisse de retraite l'habilite à en exiger la bonne administration, ce qui nécessite, selon lui, le transfert d'une portion de l'excédent actuariel. Certes, le groupe de M. Burke a le droit d'exiger la bonne administration de la caisse de retraite, mais ce droit ne tient pas au fait qu'il aurait un intérêt en equity dans l'excédent.

[87] Le bénéficiaire d'une fiducie est en droit d'en exiger la bonne administration, et ce, même s'il ne possède pas d'intérêt en equity dans tous les éléments d'actif de la fiducie. En l'espèce, comme le groupe de M. Burke possède un intérêt en equity dans les prestations déterminées, il a le droit d'exiger la bonne administration de la fiducie et de s'assurer que l'employeur, le fiduciaire et l'administrateur du plan s'acquittent des obligations juridiques prévues dans les documents relatifs au régime (voir *Snell's Equity*, par. 27-24; *Waters*', p. 1203-1204).

[88] Thus, the employer does not have free rein in its use of the actuarial surplus. The obligations of the employer are governed by the terms of the pension plan. Thus, an employer is only permitted to use actuarial surplus in a way that is consistent with the plan documentation.

[89] It is the trustee's obligation to ensure that funds held in trust are distributed in a manner that is consistent with the terms of the trust. In the present case, this obligation on the trustee was made express in the original trust agreement:

The Retirement Board may from time to time require the Trustee to make payments out of the Fund to an insurer and to such persons, beneficiaries, personal representatives in such amounts, for such purposes and in such manner as the Retirement Board may from time to time in writing direct; provided that no payments shall be made out of the Fund until the Retirement Board shall have certified to the Trustee in writing that such payments are in accordance with the terms and conditions of the Plan. [Emphasis added.]

The trustee's role is to ensure that the funds are distributed in accordance with the plan and that any actuarial surplus is not abused by the employer and used for an improper purpose.

[90] While the record before this Court is sparse on the details of the communications between HBC and the trustees of its pension fund, I find it difficult to see how the circumstances of this case could suggest an improper purpose on the part of HBC.

[91] What occurred between HBC and NWC was a legitimate commercial transaction. HBC and NWC negotiated over the purchase price of the assets, including the pension plan. HBC was agreeable to transferring a portion of the surplus so long as NWC was willing to pay for the benefit of acquiring a plan in surplus. NWC was not willing to pay. Both companies complied with the legislative requirements, lending further support to the legitimacy of the transaction.

[92] In executing the transfer, HBC was entitled to rely on the terms of the plan. Under the plan

[88] C'est donc dire que l'employeur ne peut pas user de l'excédent actuariel à son gré. Ses obligations sont régies par les dispositions du régime de retraite. Par conséquent, il ne peut utiliser cet excédent que pour des fins compatibles avec celles prévues dans les documents relatifs au régime.

[89] Il incombe au fiduciaire de veiller à ce que les fonds détenus en fiducie soient distribués conformément aux conditions de la fiducie. En l'espèce, cette obligation du fiduciaire était prévue expressément en ces termes dans la convention de fiducie originale :

[TRADUCTION] Le Comité de retraite peut ordonner par écrit au fiduciaire de verser un montant déterminé, par prélèvement sur la caisse, à un assureur et aux personnes, bénéficiaires et représentants successoraux désignés, aux fins et de la manière précisées dans ses instructions, à la condition qu'aucun versement ne soit effectué sans que le Comité de retraite ait au préalable attesté par écrit au fiduciaire que ce versement est conforme aux dispositions du régime. [Je souligne.]

Le fiduciaire a pour rôle de veiller à ce que les fonds soient distribués conformément au régime et à ce que l'employeur n'utilise pas un excédent actuariel d'une façon ou à une fin irrégulière.

[90] Certes, le dossier qui a été présenté à la Cour était avare de détails sur les communications entre HBC et les fiduciaires de la caisse de retraite, mais je vois mal en quoi les circonstances pourraient laisser croire que HBC aurait utilisé les fonds à des fins inappropriées en l'espèce.

[91] HBC et CNO ont conclu une opération commerciale légitime. HBC et CNO ont négocié le prix d'achat des éléments d'actif, y compris le régime de retraite. HBC était disposée à transférer une portion de l'excédent si CNO acceptait de payer davantage pour acquérir un régime excédentaire, ce que cette dernière n'était pas disposée à faire. L'opération est en outre d'autant plus légitime que les deux sociétés se sont conformées aux prescriptions de la loi.

[92] Lorsqu'elle a conclu le transfert, HBC pouvait se fonder sur les dispositions du régime. Aux

documentation, the employees' rights and interests were limited to their defined benefits. The plan documentation permitted HBC to take contribution holidays and charge administrative expenses to the plan. Moreover, if an individual employee had left HBC, either voluntarily or by reason of discharge, that individual employee would not be entitled to any portion of the actuarial surplus under the terms of the plan.

[93] HBC's legal obligations with respect to its employees, including the fiduciary duties that it owed to the transferred employees, were satisfied in this case by protecting their defined benefits. Based on the plan documentation, HBC did not have a fiduciary obligation to transfer a portion of the actuarial surplus.

VI. Conclusion

[94] I would dismiss the appeal on the issue of plan administration expenses. The HBC pension plan did not impose an obligation on HBC to pay plan administration expenses. HBC was permitted to charge plan administration expenses to the pension fund. The issue of whether HBC was permitted to take contribution holidays was not appealed. However, the language in the pension plan documents indicates that the employer's contributions were determined by an actuary. Therefore, the trial judge was correct in concluding that HBC was permitted to take contribution holidays.

[95] I would also dismiss the appeal on the issue of the transfer of the surplus. Gillese J.A. correctly found that the transferred employees did not have an equitable interest in the surplus of the pension fund. Their only interest was in their defined benefits. As the defined benefits were protected in the transfer, HBC did not breach any fiduciary obligation that it owed.

[96] I should emphasize that this decision depends upon the text and context of the pension plan documentation that was before this Court. An analysis of that documentation leads to the finding

termes des documents relatifs à ce dernier, les droits et les intérêts des employés se limitaient à leurs prestations déterminées. Ces documents habilitaient HBC à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations et à imputer les frais d'administration à la caisse. De plus, selon les dispositions du régime, l'employé qui quittait HBC, de son gré ou par suite d'un congédiement, n'avait droit à aucune portion de l'excédent actuariel.

[93] En l'espèce, HBC a honoré ses obligations juridiques envers ses employés, et notamment ses devoirs fiduciaux envers les employés mutés, en protégeant leurs prestations déterminées. Selon les documents relatifs au régime, HBC n'avait aucune obligation fiduciaire de transférer quelque portion que ce soit de l'excédent actuariel.

VI. Conclusion

[94] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la question des frais d'administration du régime. Le régime de retraite de HBC n'obligeait pas cette dernière à en assumer les frais d'administration. HBC pouvait imputer les frais d'administration du régime à la caisse de retraite. La question de savoir si HBC pouvait s'accorder des périodes d'exonération de cotisations n'était pas portée en appel. Toutefois, aux termes des documents relatifs au régime, les cotisations de l'employeur étaient déterminées par un actuaire. Par conséquent, j'estime juste la conclusion du juge du procès que HBC était autorisée à s'accorder de telles périodes.

[95] Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la question du transfert de l'excédent. La juge Gillese a conclu, à bon droit, que les employés mutés ne possédaient aucun intérêt en equity dans l'excédent de la caisse de retraite. Ils avaient seulement un intérêt dans leurs prestations déterminées. Comme ces dernières ont été protégées dans le cadre du transfert, HBC n'a manqué à aucune obligation fiduciaire lui incombant.

[96] Je tiens à souligner que la présente décision découle du libellé et du contexte des documents relatifs au régime de retraite soumis à la Cour. L'analyse de ces documents mène à la conclusion

that the employees are not entitled to any portion of the surplus on their transfer to NWC. This decision does not purport to deal with other situations involving actuarial surplus and plan transfer. Each situation must be evaluated on a case-by-case basis. Specifically, the resolution of the issue of surplus transfer when the pension plan documents indicate that employees are entitled to surplus on plan termination is best left to another case where that issue arises.

[97] The Court of Appeal's ruling on costs was not challenged in this Court. Gillese J.A. found that for this case it was appropriate for costs to be paid out of the pension trust fund because this case dealt with issues surrounding the due administration of the pension trust fund and was for the benefit of all the beneficiaries (*Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 241 O.A.C. 245). The parties submit that this is an appropriate case for costs in this Court to be paid to both parties on a full-indemnity basis out of the trust fund. Therefore, in accordance with the terminology used in this Court, I order costs on a solicitor-and-client basis in this Court, including costs of the leave application, to be paid to both parties out of the trust fund.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Bellmore & Moore, Toronto.

Solicitors for the respondents: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

que les employés n'avaient droit à aucune part de l'excédent au moment de leur mutation à CNO. La présente décision ne prétend pas répondre à d'autres situations mettant en cause un excédent actuariel et le transfert d'un régime. Chaque situation appelle un examen au cas par cas. Tout particulièrement, il est préférable de laisser irrésolue la question du transfert de l'excédent d'un régime dont les documents accordent aux employés un droit à l'excédent à la cessation du régime pour la trancher lorsqu'elle sera éventuellement soulevée dans un autre pourvoi.

[97] Il n'était pas interjeté appel, devant la Cour, de la décision de la Cour d'appel quant aux dépens. La juge Gillese était d'avis qu'il convenait dans ce cas de prélever les dépens sur la caisse de retraite parce que le litige portait sur des questions intéressant la bonne administration de la caisse de retraite détenue en fiducie et que leur règlement allait profiter à tous les bénéficiaires (*Burke c. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 241 O.A.C. 245). Les parties font valoir qu'il conviendrait, en l'espèce, que la Cour accorde les dépens devant la Cour sur la base d'une indemnisation totale aux deux parties et ordonne qu'ils soient prélevés sur la caisse de retraite. Pour reprendre la formule usuelle, par conséquent, j'accorde les dépens devant la Cour aux deux parties sur la base procureur-client, y compris les dépens relatifs à la demande d'autorisation d'appel, et ordonne qu'ils soient prélevés sur la caisse de retraite.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Bellmore & Moore, Toronto.

Procureurs des intimés : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.