

## **10<sup>e</sup> projet de recherche : Protection du fonds de retraite**

### **Rapport de recherche : Protection du fonds de retraite**

**Chercheur : Ronald B. Davis**

**Date : Octobre 2007**

## **SOMMAIRE – LA PROTECTION DU RÉGIME**

Le rapport évalue les modes de capitalisation des régimes de retraite et les lois applicables au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni pour déterminer la protection offerte aux régimes de retraite à prestations déterminées (PD). Il explique les expériences et les problèmes qu'on a eus avec différents modes de capitalisation et la mesure dans laquelle chacun est utilisé.

### **Contexte**

L'évaluation de la protection offerte par les différents modes de capitalisation et les lois vise à déterminer les risques ou les menaces pouvant empêcher de verser les prestations prévues dans le cadre des régimes de retraite à PD. Les prestations prévues correspondent au droit qu'a l'employé de se faire verser un montant précis à la retraite pendant le reste de sa vie. Le premier risque est l'insolvabilité, qui peut empêcher l'employeur de verser les prestations à cause d'une insuffisance de fonds. Même si l'employeur a placé l'argent dans un fonds séparé à son nom, ce sont les autres créanciers qui auront les premiers droits sur l'actif de l'employeur, y compris sur les montants réservés pour le versement de prestations de retraite. Par ailleurs, un employeur qui connaît des difficultés financières peut décider d'utiliser les fonds mis de côté dans un régime de retraite pour tenter de sauver son entreprise. Dans un cas comme dans l'autre, les fonds seront insuffisants pour verser les prestations prévues. Les modes de capitalisation servent à contrer ces risques en créant une personne morale distincte au nom de laquelle les fonds devant servir à verser les prestations pourront être déposés et ainsi protégés contre les créanciers de l'employeur en cas d'insolvabilité. Ils peuvent comprendre les fonds en fiducie, les contrats de rente collective avec une société d'assurance, les contrats de

gestion des dépôts avec une société d'assurance et les sociétés de pension. Ils peuvent aussi empêcher l'employeur de se servir des fonds pour régler ses problèmes financiers, si le seul usage autorisé est le versement des prestations prévues, et séparer le risque d'investissement – soit le risque que l'investissement des fonds ne rapporte pas suffisamment pour financer les prestations – du risque financier lié à l'entreprise de l'employeur.

Les employeurs ont créé des fonds de retraite parce qu'ils se sont rendu compte que la capitalisation des prestations de retraite à l'aide des revenus courants était de plus en plus lourde à mesure que les employés vieillissaient et que l'espérance de vie augmentait durant le premier tiers du XX<sup>e</sup> siècle. La capitalisation anticipée a permis de reconnaître le coût des prestations au moment où elles étaient accumulées, de répartir équitablement le fardeau financier des prestations entre différentes générations d'actionnaires et de donner de la crédibilité au programme d'avantages sociaux des employeurs leur procurant d'importants avantages pour la gestion des ressources humaines.

### **Réglementation des modes de capitalisation**

La réglementation en matière d'impôt sur le revenu permettait de déduire immédiatement les cotisations au régime du revenu imposable de l'employeur et de l'employé en plus de donner la possibilité de faire des placements dans un fonds à l'abri de l'impôt pour procurer un revenu futur. L'impôt ne s'appliquait qu'aux prestations de retraite reçues par l'employé à partir de sa retraite. Pour assurer l'atteinte de l'objectif d'intérêt public visant à ce que les avantages fiscaux procurent un revenu de retraite garanti aux citoyennes et citoyens âgés, des règlements établissant des conditions d'admissibilité aux avantages fiscaux ont été adoptés. Ces règlements exigeaient que les droits légaux sur l'actif des fonds de retraite soient cédés à une personne morale distincte et à ce que les cotisations de l'employeur soient irrévocables. Ils empêchaient également l'employeur de révoquer rétroactivement un régime de retraite au complet, mais ils l'autorisaient à clore le régime, à condition que le montant accumulé suffise à financer complètement les prestations prévues au régime à la date de l'interruption. C'est donc dire que les règlements concernant l'impôt sur le revenu qui visaient à ce que des avantages fiscaux ne puissent

être obtenus que pour les cotisations à des régimes de retraite qui serviraient effectivement à verser des prestations ont aussi eu pour effet de protéger les fonds de retraite contre leur utilisation par l'employeur en cas d'insolvabilité ou de difficultés financières.

Les lois adoptées sur les régimes de retraite exigeaient que l'argent soit conservé par une personne morale distincte. La réglementation des régimes de retraite a pour but d'accroître la protection offerte par les régimes en établissant des normes de capitalisation suffisante, en protégeant les fonds contre les placements spéculatifs et en procurant des normes minimales pour l'acquisition des prestations durant la période d'emploi des membres. Elle attribue ainsi aux participants des droits légaux sur les montants du fonds de retraite nécessaires pour financer leurs prestations et elle clarifie leur qualité de bénéficiaires du fonds de retraite. Cependant, les droits résultant de l'acquisition obligatoire n'ont pas pour effet de créer à eux seuls des droits légaux sur l'actif qui excède la valeur du passif du régime.

### **Utilisation et affectation des excédents**

Puisqu'il est obligatoire que les fonds soient conservés par une personne morale distincte et que les participants ont reçu des droits légaux sur l'actif des fonds, le seul point qui reste à régler en relation avec les modes de capitalisation est la propriété et l'utilisation des excédents des fonds de retraite. Il est important de faire la distinction entre deux types d'excédents, soit les excédents des régimes existants et ceux des régimes qui ont été interrompus. Le premier cas correspond à des situations où on estime que, si toutes les variables relatives aux futures tendances économiques prises en compte par un actuaire spécialiste des régimes de retraite pour déterminer le coût futur des prestations se conforment aux prévisions, on n'aura pas besoin de tout l'argent du fonds pour verser les prestations futures. Il est bien entendu que le changement de n'importe quelle variable risque d'influencer les prévisions et que de nouvelles prévisions peuvent aboutir à la conclusion qu'il n'y a pas d'excédent ou qu'il existe en fait un déficit. Le deuxième type d'excédent résulte du calcul qui est fait lorsqu'un régime de retraite a été interrompu. Puisqu'il n'y aura pas de nouvelles prestations d'accumulées, il n'est pas nécessaire de

prévoir le coût des prestations futures ou le rendement des placements et l'excédent n'est pas une estimation et ne dépend pas du rendement économique futur.

La distinction entre ces deux types d'excédents est importante pour évaluer les circonstances des différends portant sur l'utilisation et la propriété de l'actif. Sauf dans les cas où le régime de retraite a été interrompu totalement ou en partie ou est sur le point d'être interrompu, les différends entrent dans la première catégorie, qui est celle des excédents des régimes existants. Ils peuvent porter sur le retrait d'un excédent d'un régime existant par un employeur, le financement d'une suspension des cotisations, le financement d'améliorations aux avantages sociaux, le financement du déficit d'autres régimes de retraite dont l'employeur est le promoteur et le financement de nouveaux types de prestations de retraite. Lorsqu'un régime est interrompu, il faut déterminer qui a le droit de recevoir une partie de l'excédent et si les participants et les retraités ont le droit d'interrompre un régime de retraite pour recevoir une part de l'excédent.

### **Excédent d'un régime existant**

Les différends relatifs à l'utilisation légitime de l'excédent d'un fonds de retraite sont difficiles à trancher et comportent de multiples aspects. Ils résultent de points de vue divergents sur ce que suppose l'« entente » conclue concernant le régime à PD, sur la répartition des risques importants que représente cette entente et sur la répartition appropriée de l'augmentation de revenu pouvant résulter de l'accroissement de certains risques. Lorsque l'excédent d'un régime existant fait l'objet d'un différend, il peut opposer les intérêts du promoteur du régime, qui souhaite maintenir un régime d'avantages sociaux précieux pour la gestion des ressources humaines à un coût raisonnable, la volonté des participants de bénéficier pleinement des cotisations déjà faites par l'employeur comme forme de rémunération du travail accompli, la nécessité de bien garantir que les prestations accumulées continueront d'être complètement capitalisées et les préoccupations des gouvernements, qui craignent que des cotisations excessives soient versées dans des fonds à l'abri de l'impôt. À la fois la réglementation et les décisions des tribunaux sur la nature des régimes à PD ont contribué à définir la façon de trancher ces différends, mais il y a des variations selon les endroits. Sauf pour le retrait

d'excédents aux États-Unis et l'utilisation des excédents d'un régime pour financer les prestations acquises dans un autre régime au Canada, l'utilisation d'une fiducie comme mode de capitalisation n'a pas tellement d'effet sur la détermination des droits d'utilisation des excédents dans les régimes qui continuent d'exister. Ce sont les exigences réglementaires qui ont le plus d'influence sur le règlement de ces questions. Par exemple, en Ontario, le retrait de tout excédent d'un régime existant par un employeur doit respecter des normes minimales concernant l'argent devant demeurer dans le fonds après le retrait et doit être approuvé à l'unanimité par tous les participants au régime, les pensionnés et les bénéficiaires.

Aux États-Unis, la loi sur les régimes de retraite, ERISA, exige que l'actif des régimes de retraite soit détenu dans une fiducie qui n'autorise l'utilisation de l'actif que pour le versement de prestations aux participants tant que le régime demeure en vigueur. Dans les provinces ou territoires du Canada où l'excédent d'un fonds de retraite en fiducie doit être distribué aux participants au moment de la clôture du régime, les tribunaux ont jugé que l'utilisation par l'employeur de l'excédent pour capitaliser les prestations déjà acquises par les participants à d'autres régimes représentait une révocation interdite de la fiducie. Toutefois, l'utilisation d'un excédent pour financer une suspension des cotisations de l'employeur, que ce soit pour les participants originaux au régime ou pour de nouveaux employés embauchés directement ou provenant de fusions de l'employeur avec d'autres entreprises, est autorisée partout au pays. Les employeurs sont également autorisés à se servir des excédents pour financer une suspension de leurs cotisations à l'égard de nouveaux types de prestations de retraite, comme celles des régimes de retraite à cotisations déterminées, à condition que ces prestations fassent partie du même régime. Par conséquent, là où la réglementation est permissive, les tribunaux ont interprété que le pouvoir général de modification associé aux instruments de fiducie et aux régimes de retraite incluait le pouvoir d'apporter les modifications voulues pour atteindre des objectifs semblables. Cette interprétation est fondée principalement sur le fait que les tribunaux considèrent les régimes de retraite privés comme des régimes volontaires auxquels un employeur peut cesser de participer en tout temps et pour lesquels il peut choisir les prestations qui seront offertes. Même s'ils reconnaissent que les employés ont le droit de bénéficier pleinement des cotisations déjà effectuées, les tribunaux estiment

que la conservation par l'employeur du pouvoir de décision sur la forme que prendront les prestations futures et sur l'utilisation des excédents pour capitaliser des prestations ne trahit pas les attentes raisonnables des participants à un régime à PD et ils reconnaissent l'intérêt légitime qu'a l'employeur de limiter ses coûts et de se servir du régime comme un actif en matière de ressources humaines pour tous ses employés.

### **Excédent d'un régime interrompu**

Lorsqu'il s'agit de déterminer comment distribuer l'excédent d'un régime au moment de son interruption, les considérations ne sont pas les mêmes. Le maintien du régime par l'employeur dans son propre intérêt n'est plus en cause, et la restriction des coûts ainsi que la forme des prestations non plus. Les facteurs qui sont le plus souvent invoqués sont le fait que l'employeur a assumé les risques des placements et avait l'obligation de faire les cotisations supplémentaires pouvant être nécessaires pour capitaliser les prestations acquises et que les employés ont renoncé à une rémunération plus élevée en échange des cotisations de l'employeur.

La distribution des excédents entre les participants au régime et le promoteur du régime n'est pas prévue par la réglementation aux États-Unis, au Royaume-Uni ni au Canada. Chaque pays autorise plutôt le versement de l'excédent au promoteur du régime si le promoteur est autrement autorisé à le recevoir. En Ontario, la législation sur les régimes de retraite dit que, pour tous les documents d'avant le 31 décembre 1986 qui ne prévoient pas expressément la distribution des excédents à l'employeur, il faut interpréter que la distribution doit se faire entre les participants au régime. Au Canada, le mode de capitalisation retenu joue un rôle important dans la détermination des droits. Les mêmes choix ne semblent pas avoir le même poids aux États-Unis et au Royaume-Uni. Au Canada, l'utilisation d'un fonds en fiducie suppose la cession au fiduciaire des droits de l'employeur sur ses cotisations au profit des bénéficiaires, à moins que le document de fiducie n'autorise l'employeur à révoquer la fiducie. Un pouvoir général de modification ne suffit pas pour modifier une fiducie après sa création de manière à obtenir des droits sur un excédent au moment de l'interruption du régime. Par contre, si le mode de capitalisation est un contrat d'assurance, un pouvoir général de modification permet au

promoteur du régime de modifier celui-ci pour pouvoir empocher l'excédent lorsque le régime est interrompu.

En Ontario, par contre, il ne suffit pas pour le promoteur d'un régime d'avoir des droits pour pouvoir encaisser un excédent à l'interruption d'un régime. Il doit aussi obtenir le consentement d'un pourcentage prescrit des participants au régime, des pensionnés et des bénéficiaires. Il y a des endroits où des différends semblables sont soumis à l'arbitrage si un pourcentage précis de participants au régime s'opposent à une entente de partage de l'excédent. Dans l'ensemble du Canada, on s'efforce d'encourager la négociation d'ententes en demandant un consentement, mais le consentement n'est obligatoire qu'en Ontario.

Aux États-Unis, le versement de l'excédent d'un régime en fiducie au promoteur du régime n'est pas considéré comme une violation des lois en matière de fiducie puisque, dans ce pays, on estime que le pouvoir général de modification accordé au fiduciaire englobe le pouvoir de révoquer la fiducie. En outre, dans leur interprétation des dispositions de la ERISA, les tribunaux ont jugé que la distribution de l'actif excédentaire au moment de l'interruption d'un régime constituait une réversion de l'actif en fiducie inutilisé et non pas une révocation. Il y a aussi des décisions dans lesquelles les tribunaux ont statué que la fiducie ne s'appliquait qu'à l'actif nécessaire pour satisfaire pleinement les obligations et que l'actif excédentaire devait être rendu à l'employeur dans le cas des fiducies résultatives. En droit aux États-Unis, il faut une interdiction expresse de réversion de tout actif pour qu'une modification autorisant une réversion soit jugée nulle. Aucune décision rendue aux États-Unis ne semble accorder de l'importance au choix du mode de capitalisation.

Les décisions rendues au Royaume-Uni qui ont été étudiées concernaient toutes les fonds en fiducie, et il n'a donc pas été possible de faire des comparaisons entre différents traitements. La législation prescrit que tout excédent revient à l'employeur une fois que les prestations de tous les participants au régime ont été capitalisées selon le maximum permis par la loi. Toutefois, dans les cas où le régime interdisait expressément que des cotisations reviennent à l'employeur ou que des modifications ayant pour effet de

permettre le remboursement d'une partie de l'actif à l'employeur soient effectuées, les tribunaux ont jugé les modifications subséquentes visant à verser des montants excédentaires à l'employeur étaient nulles. Aucune des décisions ne semble reposer sur le raisonnement que parce que les cotisations sont détenues dans une fiducie et qu'il n'y a pas de pouvoir exprès de révocation, l'employeur n'a pas droit aux excédents.

### **Fréquence d'utilisation des différents modes de capitalisation et évaluation de la quantité de litiges**

Parmi les différents modes de capitalisation, ce sont les fiducies qui sont les plus utilisées dans les trois pays étudiés, surtout pour les régimes de retraite importants. Entre 1974 et 2006, l'utilisation des fiducies pour les régimes de retraite à PD au Canada a augmenté, et le total des participants à ces régimes est passé de 62,7 % en 1974 à 76,8 % en 2006. Des données relatives aux décisions sur les litiges concernant des régimes de retraite au Canada ont été réunies afin de déterminer la quantité de litiges concernant les excédents au Canada entre 1980 et 2007. Après l'élimination des répétitions, pour les litiges soumis à plusieurs niveaux de tribunal, et des décisions non fondées sur le fond, on est arrivé à un total de 111 décisions. La proportion des litiges concernant une fiducie semblait à peu près comparable à celle des régimes en fiducie au Canada et il n'a pas semblé que les fonds en fiducie faisaient l'objet d'une quantité disproportionnée de litiges portant sur des excédents de régimes de retraite.