

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

71-20-CA
78-20-CA

THE CITY OF FREDERICTON and
SUPERINTENDENT OF PENSIONS

APPELLANTS

- and -

FREDERICTON POLICE ASSOCIATION,
LOCAL 911 UNITED BROTHERHOOD OF
CARPENTERS AND JOINERS OF AMERICA
and FREDERICTON FIRE FIGHTERS
ASSOCIATION, INTERNATIONAL
ASSOCIATION OF FIRE FIGHTERS, LOCAL
1053

RESPONDENTS

The City of Fredericton et al. v. Fredericton Police Association, Local 911 United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America et al., 2021 NBCA 30

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice French

Appeal from the decisions of the Financial and Consumer Services Tribunal:
December 3, 2019 and August 27, 2020

History of Case:

Decisions under appeal:

2019 NBFCST 12
2020 NBFCST 4

Preliminary or incidental proceedings:

2020 N.B.J. No. 269

Appeal heard:

January 21, 2021

THE CITY OF FREDERICTON et
SURINTENDANTE DES PENSIONS

APPELANTES

- et -

ASSOCIATION DES POLICIERS DE
FREDERICTON, SECTION LOCALE 911,
FRATERNITÉ UNIE DES CHARPENTIER ET
MENUISIERS D'AMÉRIQUE et
FREDERICTON FIRE FIGHTERS
ASSOCIATION, INTERNATIONAL
ASSOCIATION OF FIRE FIGHTERS, SECTION
LOCALE 1053

INTIMÉES

The City of Fredericton et autre c. Association des policiers de Fredericton, section locale 911, Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique et autre, 2021 NBCA 30

CORAM :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge French

Appel des décisions du Tribunal des services financiers et des services aux consommateurs :
les 3 décembre 2019 et 27 août 2020

Historique de la cause :

Décisions frappées d'appel :

2019 NBFCST 12
2020 NBFCST 4

Procédures préliminaires ou accessoires :

[2020] A.N.-B. n° 269

Appel entendu :

le 21 janvier 2021

Judgment rendered:
June 17, 2021

Jugement rendu :
le 17 juin 2021

Reasons delivered:
October 28, 2021

Motifs déposés :
le 28 octobre 2021

Reasons for judgment:
The Honourable Justice French

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

Concurred in by:
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For The City of Fredericton:
Jamie C. Eddy and Jessica R. Bungay

Pour The City of Fredericton :
Jamie C. Eddy et Jessica R. Bungay

For the Superintendent of Pensions:
André G. Richard, Q.C. and Ari Kaplan

Pour la surintendante des pensions :
André G. Richard, c.r., et Ari Kaplan

For the Fredericton Police Association, Local 911,
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of
America:
David Andrew Mombourquette

Pour l'Association des policiers de Fredericton,
section locale 911, Fraternité unie des charpentiers
et menuisiers d'Amérique :
David Andrew Mombourquette

For the Fredericton Fire Fighters Association,
International Association of Fire Fighters, Local
1053:
Sean McManus

Pour la Fredericton Fire Fighters Association,
International Association of Fire Fighters, section
locale 1053 :
Sean McManus

THE COURT

LA COUR

On June 17, 2021, the Court dismissed the appeal with reasons to follow. These reasons are set out in the accompanying text. Each appellant shall pay each respondent costs of \$5,000.

Le 17 juin 2021, la Cour a rejeté l'appel et a indiqué que les motifs suivraient. Ces motifs sont exposés dans le texte qui suit. Chaque appelante devra payer à chaque intimée des dépens de 5 000 \$.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u>	
A. <i>Introduction</i>	1
B. <i>The Tribunal's first decision</i>	6
C. <i>Actions that led to the complaints made by the Unions to the Superintendent</i>	9
D. <i>Actions expanding the complaints to the Superintendent</i>	21
E. <i>The Superintendent's decision regarding the complaints</i>	26
F. <i>The Tribunal's decision</i>	27
II. <u>Issues on Appeal</u>	32
III. <u>Background</u>	
A. <i>The City's decision to convert the Old Plan to a Shared Risk Plan</i>	33
B. <i>The split of the Old Plan into two plans</i>	40
C. <i>The Tribunal's first decision</i>	47
D. <i>Actions leading to the complaints made by the Unions to the Superintendent</i>	55
E. <i>The complaints to the Superintendent</i>	86
F. <i>Actions that led to expanding the complaints made to the Superintendent</i>	88
G. <i>The Superintendent's decision</i>	97
IV. <u>Standard of Review of the Tribunal's Decisions</u>	98
V. <u>Analysis</u>	
A. <i>Did the Tribunal apply the wrong standard to the Superintendent's decision?</i>	100

B.	<i>Did the Tribunal err by interpreting s. 75 as not conferring on the Superintendent unrestricted participatory rights in an appeal of her decision?</i>	108
C.	<i>Did the Tribunal err in dismissing the City's objection to the Unions' claim regarding Mercer on the basis that it was not raised by their appeal of the Superintendent's decision?</i>	139
D.	<i>Did the Tribunal err in deciding the established facts provided reasonable and probable grounds for the opinion that one or more of the circumstances enumerated in s. 72(2) existed, so as to justify making an order under s. 72(1)?</i>	145
	(1) <u>Did the Tribunal err in finding that Mercer was an agent of the Superannuation Board for the purpose of s. 18(3)?</u>	153
	(2) <u>Did the Tribunal err in applying the "two hats doctrine"?</u>	170
	(3) <u>Did the Tribunal err in concluding s. 72(2)(h) applied?</u>	182
	(4) <u>Did the Tribunal err in holding the Superintendent had a fiduciary duty to plan members?</u>	190
E.	<i>Does s. 72 provide the Tribunal with authority to make the impugned orders?</i>	192
VI.	<u>Conclusion</u>	195

The judgment of the Court was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Overview

A. *Introduction*

[1] The City of Fredericton and the Superintendent of Pensions appeal decisions of the Financial and Consumer Services Tribunal rendered on December 3, 2019, and August 27, 2020. Leave to appeal was granted with the consent of the responding parties, Fredericton Police Association and Fredericton Fire Fighters Association (collectively, the “Unions”).

[2] The decisions under appeal are the Tribunal’s second and third decisions in relation to the defined benefit plan sponsored by the City and administered by the Superannuation Board for its police and fire fighters. A previous decision was rendered in March 2016.

[3] The appeals were dismissed with reasons to follow. These are the reasons that prompted me to join my colleagues in doing so.

[4] Before 2013, the City maintained a single defined benefit pension plan for its employees (the “Old Plan”). A deficiency that existed for a number of years prompted the City to take steps in 2013 to convert the Old Plan to a shared risk plan. The Unions successfully challenged the proposed change before the Labour and Employment Board. In response, the City split the Old Plan into two plans: it established a new defined benefit plan for its police and fire fighters (the “Police and Fire Plan”) and it converted the Old Plan into a shared risk plan for its other employees (the “Shared Risk Plan”). This occurred as of March 31, 2013.

[5] To determine the value of the assets required to be transferred from the Old Plan to the Police and Fire Plan, the City had Mercer (Canada) Ltd., the actuarial firm for the Old Plan, prepare a “Report on the Actuarial Valuation for Purposes of the Transfer of Assets and Liabilities as at March 31, 2013” (the “Asset Split Report”). This report proposed transferring approximately \$37,500,000 from the Old Plan, out of assets of approximately \$200,000,000. In other words, about 18.75% of the Old Plan’s assets would be transferred to the Police and Fire Plan. Mercer used a going concern apportionment methodology to determine the amount to be transferred. The Unions objected to this approach. They maintained it unfairly favoured the Shared Risk Plan since it resulted in an initial funding ratio (the proportion of assets to liabilities) for the Shared Risk Plan of 56.9% and only 47.9% for the Police and Fire Plan. Despite the views of the Unions, in February 2014, the City asked the Superintendent to consent to the Old Plan being apportioned as Mercer proposed. In November 2014, the Superintendent gave her consent to the proposed split, and the Unions appealed this decision to the Tribunal.

B. *The Tribunal’s first decision*

[6] At a hearing in October 2015, the Tribunal heard expert opinion evidence that it would be preferable to use a solvency apportionment methodology as a basis for undertaking the split of the Old Plan. In its March 2016 decision, the Tribunal decided that methodology would be fairer to the members of both plans since it would result in their having the same funding ratio as of the effective date of the split. It set aside the Superintendent’s decision and ordered the Old Plan be split on this basis (*Fredericton Police Association v. Superintendent of Pensions*, 2016 NBFCST 2 (the “Tribunal’s first decision”)).

[7] In May 2016, the City sought and obtained leave to appeal the Tribunal’s decision to this Court.

[8] However, by late 2016, the City decided to abandon its appeal and act on the Tribunal’s first decision. Mercer advised the Superintendent of the City’s intentions

by letter dated December 20, 2016, and explained that revising its Asset Split Report, using the solvency methodology, would result in the transfer of an additional \$5,500,000 (estimated) to the Police and Fire Plan, as of March 31, 2013, thus increasing the plan's initial value to approximately \$43,000,000.

C. *Actions that led to the complaints made by the Unions to the Superintendent*

[9] The City's decision to implement the split of the Old Plan as directed by the Tribunal was not, in and of itself, contentious. What became problematic was the City and Mercer's effort to follow and/or link the \$5,500,000 (approx.) increase in the Police and Fire Plan, as of March 31, 2013, with a proposal to (1) retroactively reduce the annual contributions that had been made to the plan since April 1, 2013, and refund the excess; and (2) prospectively reduce the annual contributions to the plan to 9% of pensionable earnings. Under the Old Plan, the members and the City had each contributed approximately 11% (for a total of 22%) annually, and they both continued to contribute at that level until 2017, when this effort to reduce contributions began.

[10] In its December 2016 letter to the Superintendent, Mercer explained that the \$5,500,000 increase to the initial funding of the Police and Fire Plan meant the annual contributions after April 1, 2013, were higher than necessary, and it requested the Superintendent's preliminary approval for the proposed retroactive reduction and refund of the excess. While the exact amount to be refunded is not clear from the record, as will be seen, it was estimated that it would be approximately \$2,000,000 for the period from 2013 to 2016 and, going forward from 2016, the reduction in contributions would be approximately \$700,000 each year thereafter. The assumptions upon which the City and Mercer would later rely to assert the retroactive reduction was necessary and/or justifiable, became contentious. Indeed, the actions taken by the City and Mercer in 2017 to implement these changes are at the centre of the issues addressed in the decision under appeal to this Court.

[11] Given that "Reports on the Actuarial Valuation for Funding Purposes" had been previously filed with the Superintendent for each of 2013, 2014 and 2015, Mercer

advised the Superintendent that, to effect the proposed retroactive reduction in contributions (and the refund), it would be necessary for it to file: (1) Revised Actuarial Valuation Reports for Funding Purposes for each of 2013, 2014 and 2015 to reflect the increase in the initial value of the plan as of March 31, 2013, and the new, lower contribution amounts that it was proposing for those years; and (2) an amendment to the City's by-law respecting the Police and Fire Plan to establish (retroactively) the lower contributions for those years. While Mercer's letter explained that the plan members would benefit from receiving the expected refund, since they and the City contribute equally to the plan, the City would receive half of any refund.

[12] It is of no small significance that the City's intention to retroactively reduce contributions from April 2013 (and refund the excess) was not presented by Mercer to the Board of Administrators for the Police and Fire Plan, the plan's administrator, until March 2017. It is common ground that retaining and instructing an actuary, including in relation to the filing of annual actuarial valuation reports for contribution purposes, are duties of the plan administrator, not the employer, the plan's sponsor. That the refund was developed and presented by Mercer on the instructions of the City, not the Board of Administrators (the "Superannuation Board"), fuelled the Unions' complaints to the Superintendent. These complaints form the basis for this appeal. In fact, the Unions argued before the Tribunal that "the City was usurping the Superannuation Board's authority." As will be explained, the City would later abolish the Superannuation Board as of November 27, 2017, making itself the administrator.

[13] The meeting of the Superannuation Board on March 17, 2017, was an "emergency" or special meeting of the Board called by the City for the purpose of addressing two agenda items: first, an update regarding the split of the Old Plan's assets, and, second, Mercer's recommendations regarding the initial actuarial valuation report for funding purposes for 2016.

[14] In relation to the update on the split of the Old Plan, the Superannuation Board was advised of the City's intention to abandon its appeal of the Tribunal's first decision and to split the Old Plan as directed. Mercer explained this would result in past

contributions (made between 2013 and 2015) being higher than necessary, and they would be retroactively reduced to produce a partial refund of contributions to members. It was acknowledged at the meeting that the City intended to contribute its share of the refund (alleged to be in the range of \$1,000,000) to the Shared Risk Plan. As an alternative to refunding contributions from the plan, Blair Sullivan, a Board member nominated by the Unions, asked about other possibilities, and suggested, instead, a reinstatement of pension indexing, a benefit that had been eliminated in 2014 because of the plan's deficiency.

[15] In relation to the initial 2016 actuarial valuation report for funding purposes, Mercer proposed that contributions to the plan be reduced to 9% (from approximately 11%), beginning April 2016. When questioned about this, Mercer explained that it was the maximum rate permitted (without an exemption) by the Canada Revenue Agency (CRA).

[16] While the Superannuation Board initially accepted Mercer's recommendations, the next day, Mr. Sullivan wrote to the Board's Chair raising both procedural and substantive concerns with the meeting and Mercer's presentation. He requested another emergency meeting of the Board. City officials asked Mercer to provide comments on the issues raised by Mr. Sullivan. In an email sent on March 21, 2017, Mercer made the following comments on these issues:

- We are proposing to drop the employee and employer contribution rates from around 11% of pensionable earnings to 9% of pensionable earnings which represents a reduction in annual contributions to the Plan of approximately \$700,000 (Blair is correct with this statement). Blair is also correct that it would be preferable not to reduce contributions when the Plan has a large solvency deficit. However, the solvency deficit has been reduced by \$5.5M as a result of the Tribunal decision which equates to about 8 years' worth of reduced contributions.
- In any case, the CRA maximum employee contribution requirements mean that the Plan must restrict employee contributions to 9% of pensionable earnings.

[...]

- [...] If the Plan is to remain in its current form, there is a very real and likely possibility that Employer contributions will have to rise at some point in the not too distant future (unless we see a sustained period of good investment returns and/or material increases in Canadian interest rates).
- The alternative to higher employer contributions is reductions in future benefits. [Emphasis added.]

[17] As will be seen, whether contributions had to be restricted to 9% or CRA would grant an exemption to permit the continuation of contributions at 11% (or at some other level in excess of 9%) was an issue raised by the Unions in their complaints to the Superintendent and addressed in the decision of the Tribunal that is under appeal. While Mr. Sullivan's request for a second "special" meeting was denied, at the Superannuation Board's next regular meeting, on April 25, 2017, the Board resolved to "overturn" the decisions made at the March 17th meeting (minutes of Board meeting). The Board also adopted a motion to "obtain actuarial and legal advice independent of the City."

[18] Despite the Board's decision to overturn the approval of Mercer's proposals, at the request of City officials, Mercer presented its recommendations respecting the 2016 valuation report to City Council on May 8, 2017. Council approved the recommended 6.2% discount rate (the expected rate of return on the plan's capital) with 0% margin for adverse deviation (the factor used to account for the risk of not achieving the assumed rate of return). It also approved establishing a contribution rate of 9% and directed Mercer to file the 2016 report with the Superintendent.

[19] Disregarding the Superannuation Board's April 25, 2017, decision and without securing further approval from the Board, on July 11, 2017, Mercer filed with the Superintendent: (1) the *revised* Asset Split Report, as of March 31, 2013; (2) *revised* actuarial valuation reports for funding purposes for each of 2013, 2014 and 2015; and (3) an *initial* actuarial valuation report for 2016. At the same time, the City amended the

pension by-law to provide for lower contribution rates from April 1, 2013, to March 31, 2016, and 9% from April 1, 2016.

[20] On July 31, 2017, the Unions filed complaints with the Superintendent, asking her to reject the reports that had been prepared and filed by Mercer, ostensibly on behalf of the Board as the plan's administrator. They maintained the actions taken to implement the City's plan to retroactively reduce contributions and refund the excess and the resulting reports prepared and filed by Mercer, all on the sole instruction of the City, violated the *Pension Benefits Act*, S.N.B. 1987, c. P-5.1 (the "Act").

D. *Actions expanding the complaints made to the Superintendent*

[21] In August 2017, before dealing with the substance of the Unions' complaints, the Superintendent questioned the discount rate (estimated rate of return) used in the 2016 actuarial report filed by Mercer. She noted that at 6.2% (with 0% for adverse deviation), it was greater, by about 1%, than the discount rate utilized in other plans filed with her office. In other words, the 2016 report's conclusion regarding the required contribution to the Fire and Police Plan for 2016 was based on an assumed rate of return that was higher than the rate used by other filed pension plans. Ultimately, she decided the 6.2% discount rate was too high and the 0% factor for adverse deviation was too low. Simplistically, the higher the discount rate, the lower the need for current funding and current contributions, all other factors being equal.

[22] To respond to the Superintendent's position regarding the initial 2016 actuarial report, Mercer sought input/instructions from the City respecting the preparation of a *revised* 2016 report. City officials were concerned that the Superannuation Board might approve a discount rate (assumed rate of return) for 2016 that was not high enough to justify contributions at 9%. On the direction of City Council, they advised the Board that, if it selected a discount rate and/or margin for adverse deviation that resulted in a funding deficiency, any such shortfall would have to be resolved by a reduction in member benefits under the plan; it could not be made up by an increase to contributions since the City had capped contributions at 9%.

[23] At a meeting of the Superannuation Board on October 13, 2017, Mercer presented for Board approval a range of discount rates for 2016, all of which were lower than the rate previously rejected by the Superintendent, with various factors for adverse deviation. After Mercer left the meeting, and despite the warnings from City officials at the meeting of the consequences of removing Mercer as the plan's actuary, a motion to do so was passed by the Board.

[24] Shortly thereafter, the City amended its by-law respecting the Police and Fire Plan to abolish the Superannuation Board and make itself the plan administrator. The City subsequently directed Mercer to file a revised 2016 report it had approved, as well as an initial report for 2017.

[25] The Unions expanded their complaints to include the claim that the revised 2016 valuation report was contrary to the *Act*, as was the abolition of the Superannuation Board, on the basis that it was retaliatory. They claimed these events were additional evidence that Mercer had taken instructions from and acted on behalf of the City, not the Superannuation Board.

E. *The Superintendent's decision regarding the complaints*

[26] In a decision issued on July 12, 2018, the Superintendent approved the split of the Old Plan based on the revised Asset Split Report. As noted, this decision was not contentious. The Superintendent accepted the revised actuarial valuations for funding purposes filed in July 2017 for 2013, 2014 and 2015, which reflected the reduced contributions to the Fire and Police Plan during those periods. She also accepted the revised report for 2016 filed by the City (in December 2017) after it became the plan administrator. She concluded there was no breach of conflict of interest rules or any other statutory obligations outlined in the *Pension Benefits Act*, by the City or its staff. She also dismissed the Unions' claim that the City's decision to abolish the Superannuation Board, as of November 27, 2017, was invalid.

F. *The Tribunal's decision*

[27] The Unions appealed the Superintendent's decision to the Tribunal. In its August 2020 decision (*Fredericton Police Association v. New Brunswick (Superintendent of Pensions)*, 2020 NBFCST 4), the Tribunal noted that the Superintendent's investigation did not include much of the evidence that was entered before it:

In our view, the Superintendent's investigation did not satisfy the criteria of thoroughness. The Unions' complaint raised serious allegations of conflict of interest and breach of fiduciary duties by Jane Blakely – a plan administrator. There were also serious allegations of misconduct by David Hughes – the plan's actuary. These will be discussed later in the decision. We are cognizant that the Superintendent was not required to leave no stone unturned in conducting her investigation. However, in our view and considering the history of the dispute, the nature of the allegations required the Superintendent to obtain evidence from the plan administrator – the Superannuation Board – during her investigation. This she did not do. She did not contact any Superannuation Board members to obtain information about the roles of both Jane Blakely or David Hughes. She also did not obtain the minutes of the Superannuation Board meetings. Obtaining these documents was not a fishing expedition. A less than thorough investigation would necessarily have included obtaining evidence from the Superannuation Board regarding the allegations pertaining to conflict of interest and breach of fiduciary obligations by a Board member and allegations of misconduct by the plan actuary. As is discussed further in these reasons, the evidence clearly points to conflictual behaviour and breaches of fiduciary obligations by both Jane Blakely and David Hughes.

[Tribunal decision, August 27, 2020, para. 82]

[28] The Tribunal made the following general observation regarding the issues and circumstances of this case:

Many of the issues in this appeal arise from a poor delineation of the respective authorities and roles of the Superannuation Board as plan administrator and the City as plan sponsor. There are multiple instances where the City,

in its capacity as plan sponsor, usurped the authority of the Superannuation Board.

[Tribunal decision, August 27, 2020, para. 75]

[29] From the balance of the Tribunal's decision, this observation would appear to be an intentional understatement. The Tribunal found that "[a]t no time after the April 25, 2017 meeting did the Superannuation Board approve the revised actuarial valuation reports for 2013 to 2015 or the initial actuarial valuation report for 2016" (para. 116). The Tribunal also made the following findings regarding the City's and Mercer's involvement in the preparation and filing of those reports with the Superintendent, none of which was challenged on appeal:

The City did not have the authority to approve the discount rate for the 2016 actuarial valuation report. It further did not have the authority to direct Mercer (or David Hughes) as the Plan actuary to prepare and file the actuarial report. This was the Superannuation Board's responsibility as the plan administrator. The City conceded this at the hearing. Mr. Hughes' participation in the May 8 [City Council] meeting clearly depicts that he was taking his instructions from the City rather than the Superannuation Board.

Mr. Hughes knew that the discount rate had to be approved by the Superannuation Board as plan administrator. He also knew that the Superannuation Board had revoked its approval of the 2016 actuarial valuation report. **We conclude that David Hughes knew he did not have the Superannuation Board's approval to submit the revised actuarial valuation reports for 2013 to 2015 and the initial actuarial valuation report for 2016. Despite this, Mr. Hughes filed the 2016 actuarial valuation report with the Superintendent on July 11, 2017.**

[Tribunal decision, August 27, 2020, paras. 118-119]

[Emphasis added.]

[30] The circumstances in which the Superintendent may make an order respecting a pension plan are set out in s. 72(2) of the *Act*, as follows:

72(2) The Superintendent may make an order under this section if the Superintendent is of the opinion, upon reasonable and probable grounds,

72(2) Le surintendant peut rendre une ordonnance en vertu du présent article si, fondé sur des motifs raisonnables et probables, il est d'avis

(a) that the pension plan, pension fund or prescribed retirement savings arrangement is not being administered in accordance with this Act, the regulations or the pension plan,

a) que le régime de pension, le fonds de pension ou l'arrangement d'épargne-retraite prescrit n'est pas administré conformément à la présente loi, aux règlements ou au régime de pension,

(b) that the pension plan or prescribed retirement savings arrangement does not comply with this Act and the regulations,

b) que le régime de pension ou l'arrangement d'épargne-retraite prescrit n'est pas conforme à la présente loi et aux règlements,

(c) that the administrator of the pension plan, the employer or any other person is violating a provision of this Act or the regulations,

c) que l'administrateur du régime de pension, l'employeur ou toute autre personne enfreint une disposition de la présente loi ou des règlements,

[...]

[...]

(d) that the assumptions or methods used in the preparation of a report required under this Act or the regulations in respect of a pension plan are inappropriate for a pension plan,

d) que les hypothèses ou méthodes utilisées dans la préparation d'un rapport requis en vertu de la présente loi ou des règlements relativement à un régime de pension ne sont pas pertinentes,

(e) that the assumptions or methods used in the preparation of a report required under this Act or the regulations in respect of a pension plan do not accord with generally accepted actuarial principles,

e) que les hypothèses ou méthodes utilisées dans la préparation d'un rapport requis en vertu de la présente loi ou des règlements relativement à un régime de pension dérogent aux principes actuariels généralement acceptés,

(f) that a report submitted in respect of a pension plan does not meet the requirements and qualifications of this Act, the regulations or the pension plan,

f) qu'un rapport soumis relativement à un régime de pension ne répond pas aux exigences et conditions de la présente loi, des règlements ou du régime de pension,

[...] or

[...] ou

(h) that there are or are likely to be insufficient funds available to pay the pensions and benefits under the plan. [Emphasis added.]

h) qu'il y a insuffisance de fonds pour verser les pensions ou les prestations ou qu'une telle insuffisance est vraisemblable.

[C'est moi qui souligne.]

[31] The Tribunal was satisfied there were reasonable grounds for the opinion that the circumstances mentioned in s. 72(2) existed and it vacated the Superintendent's decision (except her determination that abolishing the Board was valid). The Tribunal made the order, under s. 72(1), it concluded the Superintendent should have made (s. 76(1)(b)). The Tribunal:

- a) ordered Mercer and David Hughes be removed as the actuaries for the Police and Fire Plan and the administrator retain a new actuary to provide independent and impartial actuarial services for the plan;
- b) ordered the new actuary to (i) conduct an analysis to determine the appropriate funding (contribution) levels for the Police and Fire Plan from its inception in 2013, including to determine whether a CRA exemption respecting such contributions is required; and (ii) redo the annual actuarial valuation reports for 2013 to present and submit them to the Superintendent; and
- c) rejected the revised 2016 actuarial valuation report filed by the City as plan administrator in December 2017 and ordered a revised report be submitted to the Superintendent.

II. Issues on Appeal

[32] The grounds of appeal advanced by the City and the Superintendent claim the Tribunal erred by:

- 1) holding a *de novo* hearing, deciding no deference was owed to the Superintendent's decision and reviewing it on a correctness standard;

- 2) raising, on its own motion, the issue of the Superintendent's right to participate in the Unions' appeal to the Tribunal and not deciding that, under s. 75 of the *Act*, her participatory rights were unrestricted;
- 3) dismissing the City's claim that the Unions had not properly raised, as a ground of appeal, the assertion that Mercer was in a conflict of interest and acted contrary to its duty under s. 17(3);
- 4) forming the opinion there were reasonable and probable grounds to believe one or more of the circumstances enumerated in s. 72(2) existed (which entitled the Tribunal to make an order under s. 72(1)), because the Tribunal:
 - a) wrongly concluded Mercer was an "agent" of the plan administrator, for the purposes of s. 18(3), and, as a consequence, was subject to the same standards (regarding conflicts of interest) that apply to the member of a board (that is an administrator), under s. 17(3);
 - b) misinterpreted and misapplied the "two hats doctrine" in concluding Jane Blakely (the City's legal counsel for labour, employment and pension matters), as a member of the Superannuation Board, was in a conflict of interest, in violation of s. 17;
 - c) unjustifiably concluded there were likely to be insufficient funds available to pay the pensions and benefits under s. 72(2)(h) (because the plan was exempt from solvency special payments pursuant to s. 42.1 of Regulation 91-195); and
 - d) erroneously concluded s. 72 imposes fiduciary-like responsibilities on the Superintendent to look out for the best interests of plan members, when she is approving (i) pension plan amendments that set plan contribution rates, and (ii) discount rates in actuarial valuation reports; and

- 5) concluded the Superintendent's jurisdiction to make orders under s. 72 includes the ability to require the plan administrator to retain an independent actuary and require that actuary, when acting on the implementation of the Tribunal's order, to determine whether a CRA exemption respecting contributions in excess of 9% is warranted and/or possible.

III. Background

A. *The City's decision to convert the Old Plan to a shared risk plan*

[33] Before the split of the Old Plan, the City maintained a single defined benefits pension plan for all employees. It was established by by-law and administered by a board of administrators.

[34] The Collective Agreements between the City and the Unions provide that union members who have completed 25 years of service (or whose age plus years of service equals 75) will be eligible to retire with an unreduced pension. The language of the current Collective Agreements for the Unions is substantially the same. The Unions note that their members typically contribute more to the pension plan than other City employees because they generally retire earlier. The agreement for the police provides:

22.01 The Parties agree that a police officer that has completed twenty-five (25) years of service or whose age plus years of service equals at least seventy-five (75) will be eligible to retire with an unreduced pension.

Service shall mean years or fractions thereof employed as a police officer with the City of Fredericton.

The additional cost of this provision shall be shared equally between the Employer and the employee, to the maximum permitted by the Income Tax Act.

22.02 The Employer will provide 30 days written notice to the Union of all changes it intends to make to the terms of the City of Fredericton Pension Plan. The Employer and the Union will enter into meaningful discussions with a view to attempting to resolve any differences between them. At the end of the 30 day notice period, the Employer can proceed to implement the changes. [Emphasis added.]

[35] Ongoing deficits in the Old Plan prompted the City to make changes. In 2011, the City passed an amendment to the pension by-law that increased contributions to the plan, reduced indexing, and changed the definition of “pensionable earnings,” among other things. In response, the Police Association filed a complaint of unfair labour practice with the New Brunswick Labour and Employment Board. The Fire Fighters Association similarly filed a complaint. In September 2011, the Labour and Employment Board found the City violated the *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, and issued an order prohibiting it from making changes until the complaints were resolved or determined by arbitration.

[36] In October 2012, the City advised the funding deficit in the Old Plan had increased and a series of meetings began to discuss potential solutions, including the possibility of converting to a “shared risk” plan. The *Pension Benefits Act* had been recently amended, in 2012, to provide for shared risk plans. In January 2013, City officials presented a draft Memorandum of Understanding for the conversion of the Old Plan to a shared risk plan. The Unions did not agree to the MOU and opposed the change.

[37] On March 18, 2013, City Council approved the plan’s conversion as provided for in the MOU, which had been accepted by the other employees of the City, including those represented by four unions. On the same day, the Police Association filed a complaint with the Labour and Employment Board. Two days later, the Fire Fighters Association also filed a complaint of unfair labour practice. Both requested an interim order to prevent the planned conversion pending a determination of their complaints.

[38] On March 19, 2013, the City sent a letter to the Superintendent of Pensions advising of its intention to convert the Old Plan as of March 31, 2013. It appears

the City maintained the position, at least initially, that the Old Plan could be converted despite the opposition of the Unions.

[39] Before the Labour and Employment Board, the Unions maintained that the change proposed by the City was contrary to the Board's 2012 decisions. They also asserted it was a significant alteration of the conditions of their employment and was therefore properly the subject of negotiations respecting their collective agreements, failing which a resolution of the issue could be addressed by an interest arbitration board. The Labour and Employment Board issued an interim order restraining the conversion of the Old Plan as it related to the Unions.

B. *The split of the Old Plan into two plans*

[40] Following the Labour and Employment Board decisions, the City decided to exclude the members of the Unions from its plan to convert the Old Plan to a shared risk plan and it decided to (1) establish a new defined benefit pension plan for the police and fire employees; (2) transfer the assets and liabilities relating to those employees from the Old Plan to the new Police and Fire Plan, as of March 31, 2013; and (3) convert the Old Plan into a shared risk plan for all remaining employees.

[41] The City established the Police and Fire Plan by by-law, the "By-law to Continue the Superannuation Plan for Certain Employees of the City of Fredericton." It provided for the plan to be administered by a "Board of Administrators" (the Superannuation Board), comprised of appointees by the City and the Unions. Since its inception, the Superannuation Board has been comprised of five persons appointed by the City and five nominated by the Unions (including a retiree). The City's appointees in 2016/2017 included three councillors, and two City officials. Relevant provisions of the By-law are:

2.2.4 "Actuary" means a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries, or a firm of actuaries, at least one of whose members is a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries,

2.2.4 « actuaire » Fellow de l'Institut canadien des actuaires, ou cabinet d'actuaires dont au moins un membre possède cette qualité, désigné par

<u>appointed by the Administrator to provide the actuarial services required under the Plan.</u>	<u>l'administrateur pour fournir les services actuariels qu'exige le régime.</u>
2.2.5 " <u>Administrator</u> " means the Board of Administrators, as described in Section 10.6.	2.2.5 « <u>administrateur</u> » La Commission d'administration décrite au sous-article 10.6.
4. CONTRIBUTIONS	4. COTISATIONS
4.1 <i>Member Contributions</i>	4.1 Cotisations de salarié
4.1.1 (i) Members of UBJC 911 shall contribute by payroll deduction as follows: [see below] (ii) Members of IAFF 1053 shall contribute by payroll deduction as follows: [see below]	4.1.1 (i) Les membres de la section UBJC 911 cotiseront, au moyen de retenues salariales, comme suit : [voir ci-dessous] (ii) les membres de la section IAFF 1053 cotiseront, au moyen de retenues salariales, comme suit : [voir ci-dessous]
4.2 <i>Employer Contributions</i>	4.2 <i>Cotisations d'employeur</i>
4.2.1 <u>The Employer shall contribute an amount which is equal to the Members' contributions, as described under subsection 4.1.</u>	4.2.1 <u>L'employeur verse des cotisations égales aux cotisations de salarié prévues au sous-article 4.1.</u>
4.2.2 <u>If, on the advice of the Actuary, the contributions described in paragraphs 4.1.1 and 4.2.1 are insufficient to fund the benefits accruing in the Plan Year, and to provide at least the minimum funding, as required by Applicable Provincial Legislation, of any unfunded actuarial liability or solvency deficiency that may exist, then the Administrator may increase the contributions under paragraphs 4.1.1 and 4.2.1 so that contributions are sufficient.</u>	4.2.2 <u>Si, de l'avis de l'actuaire, les cotisations prévues aux paragraphes 4.1.1 et 4.2.1 sont insuffisantes pour couvrir les prestations constituées dans l'année du régime et assurer au moins la capitalisation minimale qu'exige la législation provinciale applicable pour couvrir tout déficit actuariel ou de solvabilité, l'administrateur peut augmenter les cotisations prévues auxdits paragraphes de manière qu'elles deviennent suffisantes à ces fins.</u>

4.2.3 If:

- (i) on the advice of the Actuary, and taking into account any funding excess that may exist, the contributions described in paragraphs 4.1.1 and 4.2.1 are more than sufficient to fund the benefits accruing in the Plan Year, and provide at least the minimum funding, as required by Applicable Provincial Legislation, of any unfunded actuarial liability or solvency deficiency that may exist;

or

- (ii) the contributions described in paragraphs 4.1.1 and 4.2.1 would not be eligible contributions under the *Income Tax Act*,

then the Administrator may decrease the contributions under paragraphs 4.1.1 and 4.2.1 so that these contributions are eligible contributions under the *Income Tax Act* and still meet the minimum funding requirements under the Applicable Provincial Legislation.

10 ADMINISTRATION

10.2 Administrative Duties

10.2.1 The Administrator shall make reasonable efforts to ensure that the Plan and the Pension Fund are administered in accordance with Applicable Provincial Legislation and the *Income Tax Act*.

4.2.3 Si :

- (i) lorsque, de l'avis de l'actuaire, ces cotisations, compte tenu de tout excédent de capitalisation, sont plus que suffisantes pour couvrir les prestations constituées dans l'année du régime et assurer au moins la capitalisation minimale qu'exige la législation provinciale applicable pour couvrir tout déficit actuariel ou de solvabilités;

ou

- (ii) lorsque ces cotisations ne seraient pas admissibles aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

l'administrateur pourrait alors réduire les cotisations en vertu des paragraphes 4.1.1 et 4.2.1 de sorte que ces cotisations soient admissibles aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'elles respectent encore les exigences minimales de capitalisation et vertu de la législation provinciale applicable.

10 ADMINISTRATION

10.2 Fonctions administratives

10.2.1 L'administrateur déploie des efforts raisonnables afin de s'assurer que le régime et la caisse de retraite sont administrés en conformité avec la législation provinciale applicable et la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

11.1 Right to Amend or Terminate

11.1.1 This Plan is established as a continuing policy, but the Employer reserves the right to amend, alter, modify, or terminate the Plan, either in whole or in part, without the consent of any other person, provided that such amendment, alteration, modification, or termination is not contrary to applicable Provincial Legislation, the *Income Tax Act*, or any other applicable law.

11.2 No Reduction of Benefits

11.2.1 No amendment, alteration, modification, termination, or partial termination of the Plan shall reduce the amount of benefits to which the Members, Former Members, Retired Members, their Spouses, and their Beneficiaries are entitled under the Plan up to the date of such amendment, alteration, modification, termination, or partial termination, and with respect to which the required contributions have been made. [Emphasis added.]

11.1 Droit de modification et d'abolition

11.1.1 Le régime est en principe permanent, mais l'employeur se réserve le droit de le modifier ou de l'abolir en tout ou en partie à sa seule initiative, sous réserve de la législation provinciale applicable, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de toute autre loi applicable.

11.2 Irréductibilité conditionnelle des prestations

11.2.1 La modification ou l'abolition totale ou partielle du régime ne peut avoir pour effet de réduire le montant des prestations constituées à cette date auxquelles ont droit les participants, anciens participants, participants retraités, ainsi que leurs conjoints ou leurs bénéficiaires, et à l'égard desquelles les cotisations obligatoires ont été versées.

[C'est moi qui souligne.]

[42] Article 4.1.1 of the By-law sets out the contribution rates for the Police and Fire members of the plan. As of March 31, 2013, the By-law provided that the rates were fixed at:

- **Fire:** 9.59% of pensionable earnings less than \$5,000, plus 11.19% of earnings over \$5,000; and
- **Police:** 9.54% of pensionable earnings less than \$5,000, plus 11.14% of earnings over \$5,000.

[43] These rates, of approximately 11%, are a continuation of the contribution rates that existed under the Old Plan. Under Article 4.2.1, these are matched by the City, for a total of approximately 22% of pensionable earnings. Contributions continued at this rate until the City applied for approval to amend the By-law in August 2017. The Tribunal concluded the Superintendent should have rejected this amendment, which provided for lower rates, retroactively, from 2013.

[44] As mentioned, the City retained Mercer to assist in splitting the Old Plan and, by November 2013, it prepared the Asset Split Report. In December 2013, the City presented a summary of this report to the Unions. While Mercer would later prepare and file the annual reports as actuary for the Police and Fire Plan, it was never formally appointed by the Superannuation Board.

[45] I pause to note that, to address the deficit that continued from the Old Plan, the City amended the Police and Fire Plan, as of January 1, 2014, to remove post-retirement indexing of benefits accruing after January 1, 2014. As indicated, at the meeting of the Superannuation Board on March 17, 2017, Mr. Sullivan suggested that indexing be reinstated, as a possible alternative to retroactively reducing and refunding the contributions made between 2013 and 2016.

[46] On February 26, 2014, despite the Unions' concerns regarding the proposed asset transfer, the City applied to the Superintendent for approval to divide the Old Plan as proposed in Mercer's report. In November 2014, the Superintendent gave her consent, and the Unions appealed.

C. *The Tribunal's first decision*

[47] In the appeal to this Court, the Unions submit the Tribunal's first decision reinforces their current claim that Mercer was retained by the City and has been taking instructions from the City for some time, separate from the Superannuation Board, contrary to the interests of the members of the Police and Fire Plan and contrary to both

the *Act* and the By-law. They note that, while a member of the Superannuation Board, Jane Blakely acted as counsel to the City before the Tribunal in 2016, and she has given directions to Mercer since that time, along with Tina Tapley, the City's Treasurer (and a trustee of the Shared Risk Plan). In 2014, Ms. Blakely, the City's Director of Strategic Direction and Consulting and a practising member of the Law Society, was appointed, by resolution of City Council, to "provide legal advice and/or opinions to" the City "with respect to labour, employment and pension matters."

[48] The Tribunal's first decision explains that the Unions' appeal proceeded by way of a hearing *de novo*, and the Superintendent, who was a party to the appeal pursuant to s. 75(1), took "no position regarding the merits of [the Unions'] appeal other than to provide an explanation of the context in which the decision was made and drawing the attention of the Tribunal to those considerations rooted in the Superintendent of Pensions' specialized jurisdiction and expertise in pensions law" (the Tribunal's first decision, at para. 13).

[49] As noted, the Unions' position was that the use of a going concern apportionment methodology resulted in Mercer recommending an inequitable division of the assets of the Old Plan, a division that preferred the Shared Risk Plan and all other City employees. The Unions maintained the split ought to be based on a solvency apportionment method, with both plans having the same transfer ratio at the time of the split. The City maintained the going concern apportionment methodology was appropriate because both plans benefited from a solvency exemption and, as a result, were annually funded, on a going concern basis.

[50] Brendan George, of George & Bell Consulting, an actuary, was qualified as an expert, and his report was entered into evidence on consent. A representative of Mercer was not called as a witness. In relation to Mr. George's evidence regarding the different valuation methods, the Tribunal summarized:

Mr. George explained that a going concern valuation is generally used as the method to determine the contributions that should be going into a pension plan to fund the

benefits. When employing this method, the actuary makes certain assumptions and then makes a recommendation to the plan sponsor on what is an appropriate contribution that should be going into the plan to fund the benefits over a long period of time [...].

[...]

Mr. George testified that the solvency valuation calculates the assets and liabilities of the pension plan if it were wound up on the date of the report. According to Mr. George, you determine the liabilities by determining the payout to pension plan members on that given day. Active members would receive a lump sum transfer value (the calculation of which is defined) and retirees would generally have an annuity purchased for them. Mr. George explained that when you divide the assets by the windup liability, you obtain the transfer ratio.

[Tribunal decision, March 9, 2016, paras. 73, 75]

[51] The Tribunal noted Mr. George testified that, in a solvency apportionment, “there is really no subjectivity and discretion because the assumptions are mandated by legislation and actuarial standards set by the Canadian Institute of Actuaries” (para. 94), whereas a going concern apportionment methodology “relies on assumptions which are at the discretion of the actuary and as such it is quite subjective” (para. 93). Related to the subjectivity of a going concern apportionment method, the Tribunal also referred to Mr. George’s other concern, namely the City’s reliance on a single actuary. The Tribunal explained:

[...] The calculation of the transfer of assets was conducted by a single actuarial firm at the direction of the City and there was no actuarial firm representing the interests of the Police and Fire Plan. According to Mr. George, in every transfer in which he has been involved based on the going concern apportionment method, there were two actuaries, one for each plan, thus ensuring a negotiation process to ensure the interests of the members of both plans were represented.

[Tribunal decision, March 9, 2016, para. 95]

[Emphasis added.]

[52] In summarizing its reasons for rejecting Mercer's approach, which had been accepted by the Superintendent, the Tribunal stated:

In our view, faced with an application for transfer of assets, the Superintendent of Pensions cannot discharge her duty under the *Pension Benefits Act* without having both the going concern apportionment and the solvency apportionment results. Without these results, the Superintendent of Pensions cannot determine what best protects the benefits of the plan members.

In our view, the discrepancy of 9% in the asset transfer ratio between the Police and Fire Plan and the City Plan should have prompted the Superintendent of Pensions to further investigate the application.

There was some suggestion at the hearing that all the Superintendent can do faced with an application for consent to a transfer of assets is to either consent or refuse consent.

In our view, this position is too simplistic. In light of the 9% discrepancy in the asset transfer ratio set out in the solvency valuation of the Mercer report, the Superintendent could have done the following, which are all accessory to her authority to provide or refuse consent:

- suggested that a second actuarial firm be retained as is normally done when the going concern apportionment is employed to ensure checks and balances between the two plans. This would have ensured the interests of the police and firefighters were represented. Again, we see this as accessory to her authority to provide or refuse consent;
- requested further information; and
- suggested that the solvency apportionment method be calculated to allow her to compare those figures with the going concern apportionment figures provided in the Mercer report.

In our view, the solvency apportionment method clearly protects the interests of members of both plans as they

maintain the same asset transfer ratio from the Old Plan into their new plans. An equal transfer ratio, in our view, fairly ensures the protection of benefits of members of the two plans.

[Tribunal decision, March 9, 2016, paras. 110-114]
[Emphasis added.]

[53] For these reasons, the Tribunal ordered the Old Plan be split using the solvency apportionment method. The City's motion for leave to appeal to this Court was granted in May 2016 and, while the Board of Trustees of the Shared Risk Plan had not been a party to the proceeding before the Tribunal, it was also granted leave to appeal.

[54] Before turning to the City's decision to withdraw its appeal and the proposal to retroactively reduce contributions to the Police and Fire Plan, I would note that, only months before so advising the Superintendent, City Council passed a resolution (on September 12, 2016) to have the Superannuation Board develop a funding policy that would avoid increasing contributions to the plan above 11% (approx.), the level that existed under the Old Plan and had continued thereafter, until the time of Council's motion:

[...] THAT Council directs City Staff to work with the Superannuation Board for By-law No. A-13, to develop a funding policy for the Police/Fire Define Benefit Plan to achieve the following:

- No increase in the City's contribution to the Police/Fire Defined Benefit Plan beyond the level at March 31, 2013. [...]

[Emphasis added.]

D. *Actions leading to the complaints made by the Unions to the Superintendent*

[55] By December 2016, the City decided to withdraw its appeal and implement the Tribunal's first decision.

[56] In early December 2016, Mercer asked the Superintendent for an extension of time to file the Plan's 2015 and 2016 actuarial reports. It explained this was

necessary due to the “uncertainty regarding the assets split” caused by the Tribunal’s first decision and the pending appeals. However, Mercer also advised that it expected this “uncertainty regarding the asset split to be resolved very soon and we will be writing to you shortly regarding our proposed solution for this.”

[57] By letter dated December 20, 2016, Mercer advised the Superintendent that the “City believes it is now in the best interests of both Plans (and its employees) to work towards implementing the Tribunal’s decision” and to “outline our proposed approach” for doing so. Mercer also advised the appeals would be withdrawn.

[58] As a result of this change in the City’s position, Mercer explained it would be necessary to redo the Asset Split Report, as of March 31, 2013. It also explained the increase in the Plan’s initial funding as of March 31, 2013, meant the annual minimum contribution requirements in and after 2013 would be reduced:

Using the solvency valuation method when the Fire and Police Plan was initially set up will result in the initial funded ratio for the Fire and Police Plan being higher. The knock on effect being that all subsequent actuarial valuations will now show a higher funded ratio and the minimum employee/employer contributions will be lower as the contribution requirements are lower. Note that the total required contributions to the Fire and Police Plan are split 50/50 between the City and the employees.

We propose the following steps are taken to implement the Tribunal’s decision in respect of the Fire and Police Plan[.]
[Emphasis added.]

[59] In listing the steps necessary to “implement the Tribunal’s decision,” Mercer advised the Superintendent the “Employees will be refunded for contributions paid in excess of the amounts required in the new actuarial reports [to be] filed for 2013, 2014 and 2015.” The steps Mercer set out are (albeit in a different order):

1. Recalculate the split of the Old Plan and file a new Asset Split Report as of March 31, 2013;

2. The assets be physically apportioned to the two plans on the “asset transfer date” “with Mercer, on behalf of the Fire and Police Plan, and Morneau Shepell, on behalf of the Share Risk Plan attesting to the value of the assets to be split” using a solvency split as of March 31, 2013;
3. Resubmit “plan text” as at April 1, 2013, that provides for lower contribution amounts for 2013, 2014 and 2015 (in other words, file an amendment to the City’s pension by-law that retroactively reduces the contribution rates for those years), which Mercer’s “initial estimates indicate[d]” would be reduced to:
 - a) 10.19% of pensionable earnings from April 1, 2013, to March 31, 2014,
 - b) 9.30% of pensionable earnings from April 1, 2014, to March 31, 2015,
and
 - c) 9.57% of pensionable earnings beginning April 1, 2015; and
4. File (i) *revised* actuarial valuation reports for 2013 and 2014, and (ii) an *initial* actuarial report for 2015 (the 2015 report would later be filed before this “plan” was implemented in July 2017); and
5. Refund employees for contributions paid in excess of what was required.

[60] While the letter indicates a refund was possible, because of the additional \$5,500,000, Mercer does not indicate it was necessary or required and, as stated, the Unions challenge the idea that a refund was either necessary or in the best interests of the Police and Fire Plan. In addition, although not expressly underscored in Mercer’s letter to the Superintendent, any refund of contributions would be divided equally between the employees and the City.

[61] Mercer advised the Superintendent that the proposed physical split of assets was planned for January 31, 2017, and it requested her response to the proposal

before then. Mercer stated that, if it did not hear of any concerns by that time, it would proceed to implement “our proposed solution.” None of these steps would be completed until July 2017.

[62] Although Mercer’s letter implies it represents and is the actuary for the Police and Fire Plan, it does not expressly indicate upon whose instructions it is acting, nor does it identify a distinction between the Police and Fire Plan, as represented by the Superannuation Board, and the City. The letter begins:

We are writing to you to advise you of the approach that we intend to adopt regarding the transfer of assets from the [Shared Risk Plan] to the [Fire and Police Plan]. We outline our proposed approach for implementing the Tribunal’s decision further below but before doing so we think it is worthwhile recapping how the City has arrived at the position it finds itself in with regard to its pension plans.

[Emphasis added.]

[63] Mercer advised the Superintendent that it intended to attest to the value of the split of the Old Plan, on behalf of the Police and Fire Plan. It closed the letter by advising the proposed plan for implementing the Tribunal’s first decision had been discussed with and agreed to by the City and Morneau Shepell (the actuary for the Shared Risk Plan), implicitly representing to the Superintendent the approach outlined was acceptable to all parties. However, while the letter indicates it was copied to the City and Morneau Shepell, there is no indication a copy was sent to the Superannuation Board, or any other party connected to the Police and Fire Plan.

[64] The Unions claim they did not learn of this letter until it was later disclosed, not as part of the Superintendent’s adjudication of their July 2017 complaints, but later still, as part of the disclosure in response to the appeal of her decision to the Tribunal.

[65] The Unions point out that, notwithstanding the communication with the Superintendent in December 2016 and January 2017, the minutes of the January 2017 meeting of the Superannuation Board do not indicate there was any notice of, or

discussion regarding, the change in the City's position respecting its appeal of the Tribunal's first decision or the plan submitted by Mercer regarding the intended retroactive reduction to the Plans' contribution rates (and the contribution refund).

[66] The Unions maintain Mercer's communication with the Superintendent on the direction of the City is undisputable evidence Mercer was taking instructions from the City, without the knowledge of the Superannuation Board, and it unacceptably continued to do so even after the plan was presented to the Board in March 2017. As the Tribunal noted in its decision, the City's instructions to Mercer included vetting and suggesting modifications to Mercer's planned presentation to the Board in March 2017.

[67] Mercer's presentation to the Superannuation Board was made at an "emergency" meeting of the Board on March 17, 2017. Not surprisingly, at the meeting, the decision to split the Old Plan as directed by the Tribunal's first decision was not problematic; however, the proposal to retroactively reduce contributions between 2013 and 2015 (and refund the excess) became contentious. Similarly, Mercer's advice that contributions to the plan should be capped at 9%, beginning in 2016, the same contribution rate established for the Shared Risk Plan, also became contentious. This was particularly so after the Board was told the City planned to transfer its share of the contribution refund to the Shared Risk Plan. While the record does not indicate the amount to be refunded, it was claimed at the time that approximately \$1,000,000 would be refunded to the City. If accurate, the total amount refunded from the Police and Fire Plan would be approximately \$2,000,000. In addition, it was acknowledged that the reduction to 9% would decrease contributions to the plan by \$700,000 annually.

[68] The agenda circulated prior to this meeting identified two issues: (1) an update regarding the Asset Split of the Old Plan; and (2) a review of the 2016 actuarial results. It indicated Mercer would speak to both issues. No information respecting these issues was provided in advance. The proposal to retroactively reduce contributions was addressed as part of the 2013 split of the Old Plan. In relation to this asset split, the Board's minutes record the following:

The plan sponsor has been directed to use the solvency basis approach to split assets between the Police & Fire Plan and the Shared Risk Plan. All valuations since 2013 need to be recalculated. The restated deficit for 2015 since the asset split is 6.2 million dollars.

Contribution rates are higher than they need to be. Going forward the contribution rate needs to be dropped. Each plan member will receive a refund for their over contributions.

Blair Sullivan asked why we would refund contributions and not reinstate indexing?

David answered by saying CRA restricts contributions and the old plan was exempt from this rule. A new waiver would need to be put in place for any contributions over 9%. Where the Defined Benefit plan is now considered a new plan it does not meet the test. Contributions cannot be more than half the benefits. For the plan to be exempt it needs to meet these requirements and it does not. We are basically resetting the plan because the assets have changed. [Volume 9, pp. 2770-2771]

[Emphasis added.]

[69] In his testimony before the Tribunal, Brendan George took a different position on the need to retroactively reduce and refund contributions as a result of the \$5,500,000 increase to the initial funding of the Police and Fire Plan as of April 1, 2013. Further, as will be seen, even Mercer expressed the view that refunding contributions was not preferable given the plan had a large solvency deficit.

[70] While the minutes indicate the Board was advised that the contributions were higher than they needed to be, and each plan member would receive a refund, they do not record a request for approval to choose that as an option from among alternative recommendations. As will be seen, there would be a resolution to recommend to the City that it amend the pension by-law to provide for lower contribution rates for 2013-2015 and going forward from 2016.

[71] Following the second agenda item, namely Mercer's presentation regarding the actuarial valuation report for funding purposes for 2016, the following resolutions were passed:

1. Confirm the use of a 6.2% p.a. discount rate assumption (which implies an allowance for a margin of 0.0% p.a. for adverse deviations) for the ongoing funding basis for the actuarial funding valuation as at April 1, 2016).
2. Confirm that there are no changes to any Plan benefits foreseen at this time.
3. Confirm that from April 1, 2016, members and the City will pay contributions at one single flat rate of 9% of pensionable earnings which is to be applied to all pensionable earning (with no difference between fire and police members and no difference below/above the first \$5,000 of pensionable earnings).

[...]

5. Prepare and file actuarial report as at April 1, 2016 for Bargaining Police and Fire Plan by June 30, 2017.
6. Recommend appropriate changes to the wording of the City's By-laws to reflect the changes agreed as part of the 2016 actuarial valuation process **and to reflect the changes necessary as a result of the need to refile the 2013, 2014 and 2015 actuarial funding valuations.**
7. Refund the contributions to members to comply with CRA in respect of the period commencing April 1, 2013 (inception of the Plan) and up to the date the new employee contribution rates are implemented.
[Emphasis added.]

[72] Tina Tapley, the City Treasurer (and a Trustee of the Shared Risk Plan) attended the meeting and, later that day, a memorandum she prepared was sent to the Unions to give them notice (under Article 11.1.1 of the Collective Agreement) of the City's intention to amend the City's pension by-law to retroactively lower contribution rates from the levels that had existed since March 31, 2013, and to fix them at 9% from 2016.

[73] The following day, Blair Sullivan, a Board member nominated by one of the Unions, raised a number of procedural and substantive concerns with John MacDermid, the Chair of the Superannuation Board (a City counsellor) regarding Mercer's presentation and sought to convene another emergency meeting of the Board. In response to a request from City officials for Mercer's comments on the issues raised by Mr. Sullivan, Mercer acknowledged the validity of Mr. Sullivan's concerns regarding the proposed retroactive reduction in contributions (of approximately \$700,000 per year) and the 6% estimated rate of returns for 2016. Mercer also commented on the potential impact of these decisions on the "very real and likely possibility" of having to reduce benefits in the "not too distant future:"

Blair is also correct to point out that the "new funding formula" is not able to withstand much in the way of market fluctuations and is dependent on a consistent rate of return annually (i.e. at least 6% p.a.). This is very valid concern and is a direct result of the Plan providing some of the most generous pension benefits in Canada and trying to do this for a combined contribution rate of just 18% of pensionable earnings. If the Plan is to remain in its current form, there is a very real and likely possibility that Employer contributions will have to rise at some point in the not too distant future (unless we see a sustained period of good investment returns and/or material increases in Canadian interest rates).

The alternative to higher employer contributions is reductions in future benefits. [Emphasis added.]

[74] Mr. Sullivan's communication was followed by a letter to the City from the Unions dated March 31, 2017. The Unions alleged the recommendations made as part of Mercer's presentation to the Superannuation Board were made on the direction of the City; they claimed the Board required an independent actuary. The concerns raised in this letter form the basis for the issues in this appeal. It begins by noting:

The March 17, 2017 decision recommends a reduction in pension contributions by fire fighters and police officers retroactive to April 1, 2013, and an increase in the estimated rate of investment return in spite of lower than expected returns in 2016. There are also serious concerns about the process that led to that decision.

[75] Addressing what the Unions inferred was an inadequate and misleading presentation on March 17, 2017, the letter stated:

Mercer's representative explained the recommendations that were ultimately approved at the March 17th meeting, the key of which was the reduction of pension contributions (for both employees and the City) from 11.14% for police officers and 11.19% for fire fighters, to 9% each for all employees and 9% for the City. The basis for the recommended drop in contributions was based on Mercer's advice that there was a Canada Revenue Agency restriction on maximum employee contributions of 9% of earnings, and that the CRA was unlikely to grant an exemption.

The powerpoint did not explain why fire fighters and police officers historically paid higher contribution rates than other City employees, did not mention the provisions of Article 18 of the Local 911 collective agreement and Article 22.02 of the Local 1053 collective agreement that refers to higher contribution rates, and did not give any information as to why it was necessary to obtain an exemption when this was not mentioned in any prior Mercer valuation. In addition, no details were given as to why the CRA was unlikely to grant the exemption, given that the Fire/Police plan remained underfunded even with the additional \$5.5 million, and that the higher contribution rates had been in place for many years.

[76] Regarding the Unions' belief that Mercer was directed by the City to pursue the expected refund of contributions (alleged to be approximately \$1,000,000) and reduce contributions on a go forward basis, they stated:

It was clear during that meeting that at least one SuperBoard member, Jane Blakely, had prior knowledge of the Mercer recommendations. Ms. Blakely also advised SuperBoard members that the approximately \$1 million in savings the City would realize through the retroactive decrease in the contribution rate would be given to the Shared-risk plan.

SuperBoard members were not advised of all options available to them and the Mercer recommendations were

presented as a given. Ms. Tapley advised SuperBoard members that “this is not a negotiation.”

[77] In relation to their concerns regarding conflicts of interest on the part of City officials and Mercer, the Unions stated:

Given her role as a trustee of the Shared-risk pension plan and her fiduciary duty towards members of that plan, why was Tina Tapley permitted to make any representations to the SuperBoard about a decision that would impact the rights and benefits of the Fire/Police plan?

Given her role as legal counsel opposing the appeals filed by Local 1053 and Local 911 to the November 2014 decision of the Superintendent of Pensions, her role in supporting the City’s application for leave to appeal of the Tribunal’s decision, and her role as Secretary to the Shared-risk Board of Trustees, why did Jane Blakely not recuse herself from any discussion and/or decision related to the split of pension plan assets?

Given the comments made in paragraph 113 of the March 9, 2016 Tribunal decision, why was Mercer permitted to do the latest valuation? Is Mercer still involved in preparing valuations for the Shared-risk plan? How is Mercer paid and from whom does Mercer take instructions? Who advised Ms. Blakely that the City intended to transfer money received from a reimbursement of contributions (i.e. as a result of a retroactive reduction in contributions to the Fire/Police plan) to the Shared-risk plan?

[...]

In light of the above, the position of Local 1053 and Local 911 is that the March 17, 2017 [decision] of the SuperBoard is fundamentally flawed and should be immediately vacated or held in abeyance. This conclusion is based on the following:

[...]

The failure of Jane Blakely to recuse herself from the March 17th discussions and decisions is a violation of the conflict of interest provisions in section 17 of the *Pension Benefits Act*.

Mercer was not sufficiently independent to provide advice to the SuperBoard and appears to be taking direction from the City – not the SuperBoard. The SuperBoard should have obtained independent actuarial advice, separate and apart from that provided to the Shared-risk Board of Trustees or the City of Fredericton. This would have required that all SuperBoard members be made aware of all communications between the SuperBoard and the actuary, and that the actuary report directly to the SuperBoard – not to City of Fredericton managers.

The SuperBoard members were erroneously advised that the decision needed to be made on an urgent basis.

There is no legal or factual foundation for Mercer’s conclusion that an exemption to continue the higher contribution limits for fire fighters and police officers was necessary, or that an exemption would likely not be granted.

[...]

It is the further position of Local 1053 and Local 911 that the SuperBoard should obtain independent actuarial and legal advice to review the information provided by Mercer in its March 17th powerpoint presentation, particularly with respect to the recommendation for a reduction in the contribution rates and the issue of whether an exemption is necessary and/or likely to be granted by the CRA.

[Emphasis added.]

[78] At the next meeting of the Superannuation Board, on April 25, 2017, the Board “overturned” the decisions made on March 17, 2017. The Tribunal summarized the Board’s actions as follows:

[...] They also brought a motion to “obtain actuarial and legal advice independent of the City” – the implication being that Mercer was the servant of the City. The Board adopted these motions, thus **revoking its approval of the revised actuarial valuation reports for 2013 to 2015 and the draft actuarial valuation report for 2016. At no time after the April 25, 2017 meeting did the Superannuation Board approve the revised actuarial valuation reports for 2013 to 2015 nor the initial actuarial valuation report for 2016.**

[Tribunal decision, August 27, 2020, para. 116]

[Emphasis added.]

[79] The minutes of this meeting indicate that some Board members held the view that City Council could and/or should make the decisions the Board had “overturned.” They also record that the Board expected contributions would be left as they had been since April 1, 2013. They record:

“John [MacDermid, Chair] stated that the decisions of March 17, 2017 have been overturned and there is a deadline of June 30, 2017 that has been set by the Superintendent. Dan Keenan stated that failing a decision by the committee, then Council needs to make the decision. John also stated that an actuary will have to be present at Council.

Blair does not believe that the Superintendent has jurisdiction to make these decisions. They would like to leave contributions as they are, request an extension from the Superintendent and hire an independent actuary to investigate.

Dan Keenan stated that all actuaries are independent.

Blair stated that no decision should be made on a presentation. Mercer is not an independent party. He also said that he feels that City staff influenced the presentation by Mercer.

Yves stated that everyone has a different role being elected by their union membership. His concern is with that they are dealing with people’s future and he feels they did not have enough time to view the presentation prior to the meeting and had to make a decision. They didn’t have enough time to ask questions of what they were voting on.

John stated he agrees with Yves. Last meeting a vote didn’t need to happen. He hopes in future they receive the valuation a month ahead of the meeting then they can vote a month later. At the March 17th meeting anyone could have voted against these motions but no one did.

Pension contributions will be left as they are currently (Police 9.59% <\$5000, 11.19% >\$5000 Fire 9.54% <\$5000, 11.14% >\$5000). Moved by Blair Sullivan, seconded by Rodney Wadden. Motion carried.

[Emphasis in original.]

[80] Despite the fact that the Board had “overturned” the decisions approving Mercer’s proposals, Mercer made a presentation to City Council, on May 8, 2017, regarding the initial actuarial valuation report for 2016. The Tribunal summarized as follows Mercer’s meeting with City Council and the actions that followed:

[...] City Council **approved the 6.2% discount rate** with 0% margin for adverse deviation employed in the 2016 actuarial valuation report and **instructed Mr. Hughes to file the 2016 actuarial valuation report with the Superintendent.** In her May 10, 2017 letter to the Police and Fire Unions, Tina Tapley confirms that City Council adopted the following resolutions:

- that a 6.2% p.a. discount rate assumption is confirmed for the 2016 actuarial valuation;
- the City confirms there are no changes foreseen at this time to the plan benefits;
- a contribution rate of 9% will be used from April 1, 2016 onward;
- **the Plan Actuary is directed to prepare and file** the Actuarial Report as at April 1, 2016 for the Bargaining Police and Fire Plan by June 30, 2017.

The City did not have the authority to approve the discount rate for the 2016 actuarial valuation report. It further did not have the authority to direct Mercer (or David Hughes) **as the Plan actuary** to prepare and file the actuarial report. This was the Superannuation Board’s responsibility as the plan administrator. **The City conceded this at the hearing. Mr. Hughes’ participation in the May 8 meeting clearly depicts that he was taking his instructions from the City rather than the Superannuation Board.**

Mr. Hughes knew that the discount rate had to be approved by the Superannuation Board as plan administrator. He also knew that the Superannuation Board had revoked its approval of the 2016 actuarial valuation report. We conclude that David Hughes **knew he did not have the Superannuation Board’s approval to submit the revised actuarial valuation reports for 2013 to 2015 and the initial actuarial valuation report for 2016. Despite this, Mr. Hughes filed the 2016 actuarial valuation report with the Superintendent on July 11, 2017.**

[Tribunal decision, August 27, 2020, paras. 117-119]
[Emphasis added.]

[81] On July 10, 2017, City Council passed a resolution to amend the plan's by-law to provide for lower contribution rates from March 31, 2013. The application to the Superintendent for approval of this amendment was made by the City, not the plan administrator. In the "Application for Registration of Amendment to Pension Plan (Form 2)" (completed on August 10, 2017), the name of the administrator of the plan is inaccurately identified as "City of Fredericton."

[82] On July 11, 2017, Mercer filed, without the approval of the Superannuation Board, the various actuarial valuation reports with the Superintendent, ostensibly on behalf of the Board as the plan administrator, and requested they be approved. In his email to the Superintendent, David Hughes states:

I am emailing you to confirm that at yesterday's Council Meeting, Fredericton City Council formally approved the changes to the City's By-laws necessary to [e]ffect the change in the level of employee/employer contributions to the Superannuation Plan for Certain Employees of the City of Fredericton ("The Fire and Police Pension Plan"). Note that the changes in contributions are in line with the changes previously disclosed to you in our letter, dated 20 December 2016 and acknowledged in your letter to the City, dated 13 January 2017.

I am delighted to say that this means that we are now in position to submit and file the outstanding actuarial reports as follows:

1. Revised Report on the Actuarial Valuation for Purposes of the Transfer of Assets and Liabilities as at March 31, 2013
2. Revised Report on the Actuarial Valuation for Funding Purposes as at April 1, 2013

[as well as Reports for 2014, 2015 and 2016.]

[...]

Note, we will shortly be commencing work on the actuarial funding valuation as at April 1, 2017.

[83] To be clear on what the revised reports for 2013-2016 represented to the Superintendent in relation to the involvement and approval of the Superannuation Board, the following is a reproduction of portions of the Revised Report as at April 1, 2013:

1 – Summary of Results

	01.04.2013
Going-Concern Financial Status	
Going-concern assets	\$42,977,000
Going-concern actuarial liability	<u>\$48,760,000</u>
Funding excess (shortfall)	(\$5,783,000)
Hypothetical Wind-up Financial Position	
Wind-up assets	\$42,877,000
Wind-up liability	<u>\$77,942,000</u>
Wind-up excess (shortfall)	(\$35,065,000)

2 – Introduction

To the Board of Administrators

At the request of the Board of Administrators (the “Board”) [...] we have conducted an initial actuarial valuation of the Plan sponsored by the City of Fredericton (the “City”) as at the valuation date, April 1, 2013. [...]

The results of the actuarial valuation of the Bargaining Police and Fire Plan as at the valuation date, April 1, 2013 have already been provided in our previous initial actuarial valuation report, dated December 2013. The results are being reissued in this report following a decision taken by the Province of New Brunswick Financial and Consumer Services Tribunal [...] (the “CoF Plan”).

[...]

Purpose

The purpose of this valuation is to determine:

- the funded status of the Superannuation Plan [...] on going concern, hypothetical wind-up and solvency bases.
- the minimum required funding contributions [...]

- the maximum permissible funding contributions [...]

The information contained in this report was prepared for the internal use of the Board of Administrators and for filing with the New Brunswick Superintendent of Pensions and with the Canada Revenue Agency.

[...]

Terms of Engagement

In accordance with our terms of engagement with the Board, our actuarial valuation of the Plan is based on the following material terms:

- It has been prepared in accordance with applicable pension legislation and actuarial standards of practice in Canada;
- As instructed by the Board, we have reflected a margin for adverse deviations in our going concern valuation by reducing the going concern discount rate by 0.40% per year; and
- We have reflected the Board's decisions for determining the solvency funding requirements, summarized as follows[.]

[...]

Assumptions

The actuarial basis and funding policy, that the Board accepted, balance the objective of limiting required increases in contributions while complying with the minimum requirements of applicable legislation and accepted actuarial practice. [Emphasis added.]

[84]

Further, in the revised reports, the notes to the reader provide:

Note to reader regarding actuarial valuations:

[...] A valuation report is a snapshot of a plan's estimated financial condition at a particular point in time; it does not predict a pension plan's future financial condition or its ability to pay benefits in the future [...]

The valuation results shown in this report also illustrate the sensitivity to one of the key actuarial assumptions, the discount rate. [...] [Emphasis added.]

[85] On July 19, 2017, Mercer wrote to CRA requesting a waiver of the contribution limits from 2013 to 2017. CRA gave its approval by letter dated August 25, 2017:

[...] The waiver pursuant to subsection 8503(5) of the Regulations is hereby granted for the four-year period from April 1, 2013, to March 31, 2017. In order to extend the approval period beyond March 31, 2017, a new waiver request under subsection 8503(5) of the Regulations must be filed, along with an updated actuarial valuation report in support of the member contribution level required.

[Emphasis added.]

E. *The complaints to the Superintendent*

[86] On July 31, 2017, the Unions filed complaints with the Superintendent asking her to reject the reports filed by Mercer. They maintained the actions taken in the effort to reduce contributions (and refund past contributions), and the reports prepared and filed by Mercer, all on the sole instruction of the City, violated the *Pension Benefits Act*. In the Superintendent's decision respecting these complaints (dated July 12, 2018), she summarized them as asking that she:

1. "Refuse to accept the Police and Fire Plan changes set out in the recently filed valuations for 2013 and 2016, and order the City of Fredericton to continue making contributions [...] at the same rate that applied prior to the split of assets" (under the Old Plan, and have continued to the present);
2. Order the City [until the determination of the complaints]: (a) not to split the assets of the Old Plan until this complaint is dealt with; (b) to not refund past contributions to members; (c) "to not refund the City's past contributions to the City and/or transfer those refunded contribution to the [Shared Risk Plan]"; and (d) "to continue making deductions from [Police

and Fire Plan] members at the previously established contribution rates and hold those monies in trust until a final determination of these issues has been made;”

3. “Investigate the actions of the City of Fredericton, the management members of the [Police and Fire Plan] Superannuation Board, to determine if they breached their statutory obligations under Section 17 of the *Pension Benefits Act* and any other relevant section;”
4. “Investigate the alleged conflicts of interest by Jane Blakely and Tina Tapley;”
5. “Prohibit Jane Blakely and Tina Tapley from taking any role with or providing any advice or direction to the [Superannuation Board];” and
6. “Order that a new valuation be done by an independent actuarial firm that will be chosen by the Superannuation Board and report to the Board, not to the City of Fredericton” (emphasis added).

[87] On August 2, 2017, the Superintendent inquired as to the status of Mercer, Jane Blakely and Tina Tapley. In response, the City’s outside legal counsel advised that Ms. Blakely’s responsibilities in relation to pension matters were set out in a resolution of City Council made in May 2014, which directed that she provide “legal advice and opinions” to the City with respect to labour, employment and pension matters. In addressing the inquiry regarding Mercer’s role as actuary to the Police and Fire Plan, legal counsel’s letter stated:

[...] Our client has no record of the appointment of Mercer by the Superannuation Board since the formation of the new plan in 2013. Mercer carried on in their actuarial and advisory roles from the original Superannuation Plan (pre-split) with the consent of the City and the apparent consent of the Superannuation Board. There has not been a motion by the Superboard to remove Mercer from its plan actuary role. [Tribunal decision, August 27, 2020, para. 135]

It bears recalling the Tribunal's observations regarding the Superintendent's investigation in relation to this part of the Unions' complaints:

In our view, the Superintendent's investigation did not satisfy the criteria of thoroughness. The Unions' complaint raised serious allegations of conflict of interest and breach of fiduciary duties by Jane Blakely – a plan administrator. There were also serious allegations of misconduct by David Hughes – the plan's actuary. [...] the nature of the allegations required the Superintendent to obtain evidence from the plan administrator – the Superannuation Board – during her investigation. This she did not do. She did not contact any Superannuation Board members to obtain information about the roles of both Jane Blakely or David Hughes. She also did not obtain the minutes of the Superannuation Board meetings. [...]

[Tribunal decision, August 27, 2020, para. 82]

F. *Actions that led to expanding the complaints made to the Superintendent*

[88] What occurred during the months that followed would add to the complaints made by the Unions on July 31, 2017.

[89] In August 2017, before addressing the substance of the Unions' complaints, the Superintendent expressed concern over the initial 2016 actuarial report filed by Mercer. She did not do so based on the broad claims made in the Unions' complaints; she decided the assumed "discount rate" (the expected rate of return) used for 2016 was too high. She stated that a 6.2% rate of return with 0% for adverse deviation was greater than the rates utilized in other plans filed with her office, by about 1%. The Superintendent also opined that at 0%, the assumed factor for adverse deviation (to account for the risk of not achieving the assumed rate of return) was too low. In other words, the 2016 report's assessment of the required contributions to the Fire and Police Plan was based on an assumed rate of return that was, in the opinion of the Superintendent, unjustifiably aggressive and/or optimistic. To be clear, the higher the discount rate, the lower the need for current funding through contributions from the employees and employer. In relation to the significance of the "discount rate," the Tribunal observed:

The importance of choosing an appropriate discount rate for a pension plan should not be minimized. Brendan George, who was qualified as an expert witness in relation to actuarial services before this Tribunal, explained that the discount rate consists of setting the best estimate of the expected future return on investments and then deciding on a margin of conservatism (the margin for adverse deviation). He testified that the discount rate is the most important assumption in the actuarial funding valuation as the return earned on the investments has a massive impact on the long-term cost and sustainability of the pension fund. [Tribunal decision, August 27, 2020, para. 105]

[90] In response to the Superintendent's inquiry to Mercer regarding the basis for having increased the discount rate to 6.2% in 2016 (from 5.3% in 2015), Mercer explained that it had been instructed to reduce the margin for adverse deviation from 0.9% in 2015 to 0% in 2016. This instruction came from the City, not the Superannuation Board. Mercer's response to the Superintendent stated:

The reason for the change in the discount rate assumption from 5.3% p.a. in 2015 to 6.2% p.a. in 2016 is purely down to the reduction in the optional margin for adverse deviations. For the 2015 valuation, we were instructed to use a margin of 0.9% p.a. whereas for 2016 we were instructed to use a zero margin.

[91] As a result of the Superintendent's concerns regarding the 2016 report, Mercer spoke with City officials in relation to the production of a *revised* 2016 actuarial report. Mercer prepared options for consideration that involved four lower discount rates, with a variety of factors for adverse deviation. As the Tribunal found, Mercer took instructions from the City on the contents of the presentation it would later make to the Board regarding these options:

On September 22, 2017, David Hughes provided his presentation for the revised 2016 actuarial valuation report to Jane Blakely and Tina Tapley for review and comment. Mr. Hughes indicated in his email: "*Provided you are happy with the materials, they can be circulated to the members of the Superboard. If you have any questions or suggested amendments please let me know*". Tina Tapley

made the following suggestion regarding his presentation: “*My comments added are that whenever you say employer contribution rate can increase you should also note / or benefit reduction. Also remove the caveat ‘subject to union contract/collective agreement [...]’*”. Following receipt of these comments, Mr. Hughes revised his presentation accordingly.

[Tribunal decision, August 27, 2020, para. 128]

[Emphasis in original.]

[92]

If it had not been clear before the complaints made in July 2017, it was now clear that instructions regarding the discount rate (and the margin for adverse deviation) to be used in the 2016 report had to come from the Superannuation Board. However, since it appeared there was a risk the Board might approve a rate at the low end of the options provided by Mercer – a rate that might result in a deficiency with a contribution rate of 9% – City officials recommended that City Council emphasize to the Superannuation Board that the City’s contributions would not exceed 9%. Council gave this directive by resolution on October 2. Subsequently, Ms. Tapley, reporting on behalf of Council, sent an “Administrative Report” to the members of the Superannuation Board in advance of its October 13, 2017, meeting. In the report, under the subject “Directions from City Counsel to the SuperBoard,” Ms. Tapley advised: (1) as a result of a Council meeting on May 23, 2017, Council resolved that contributions be paid at a rate of 9% (resulting in an amendment to the pension by-law that was passed on July 10, 2017); and (2) Council passed a further resolution (October 2, 2017) directing the City Treasurer to advise the Superannuation Board that:

1. Employer contributions to the Police/Fire DB Pension Plan will not exceed 9% of payroll.
2. For the 2016 Plan Valuation, the Superannuation Board should ensure that any change to the discount rate that would trigger the requirement for increased contributions are offset by benefit changes.
3. The Funding Policy developed by the Superannuation Board should reflect 9% contributions by the Employer (a change from the direction given in Council’s September 2016 resolution). [Volume 9, p. 2862]

[93] At the Superannuation Board meeting on October 13, 2017, Ms. Tapley spoke to her Administrative Report. Also, Mercer presented a Power Point entitled: “*The Discount Rate Assumption for the Actuarial Valuation as at April 1, 2016.*” Mercer submitted the Board would need to decide the discount rate assumption, as well as give directions on the margin to include in that assumption, for adverse deviation. It reported the Superintendent had questioned the previously proposed rate of 6.2%, since it was higher than most other plans in New Brunswick, and she was seeking evidence/confirmation that the Board had agreed on the margin for adverse deviation. After Mr. Hughes was excused from the meeting, the Board resolved to remove Mercer as the plan’s actuary. Prior to this motion being passed, Ms. Blakely asked if the Board could first consult with the Superintendent on taking such action and she cautioned that, if the Board was not going to do what was required under the *Act* (approve a revised report for 2016), Council could amend the pension by-law, since there was no requirement that there be a Superannuation Board.

[94] By letter to the Superintendent dated October 26, 2017, the Unions added to the complaints they had made in July 2017. In her response to the Unions dated November 10, 2017, the Superintendent stated:

I have been contacted by legal counsel for the City of Fredericton who has indicated that the City will be filing submissions on this matter. As a result, I cannot address the substance of your complaints with regard to the actions of the City of Fredericton at this time prior to allowing time for the City to also make submissions.

However, in the interim I do feel it necessary to clarify certain matters and remind all parties of their obligations as pension plan administrators. I have reviewed the Mercer presentation included with your letter and see no indication that the plan actuary was attempting to have a specific valuation report approved. Rather, in order to get directions from the Superannuation Board, they appear to have presented various options regarding discount rates and margins to the Board for the Board’s decision and direction, so that the outstanding 1 April 2016 valuation report could be finalized and filed. A chart showing the financial impact of effective discount rates ranging from 6.2% with a zero margin to 5.3% with a 0.9% margin is

included. The notices contained in the presentation clearly indicate the presentation is prepared exclusively for the Board to facilitate the Board's decision making in relation to the information contained in the presentation. It also indicates that the next step is to agree on either the original proposal, which I had already expressed concerns with and further evidence would be required to support, or to agree on another margin and lower discount rate. That decision was for the Board to make in their capacity as the pension plan administrator. However, rather than make a decision on the margin to utilize, your letter indicates that the Board instead decided to terminate the pension plan actuary, leaving the decision on discount rate outstanding and the overdue 1 April 2016 valuation report outstanding with no actuary in place to complete it.

While I understand there is clearly mistrust between the City and the unions involved in this plan, I feel it necessary to remind all involved that a pension plan Board meeting is not a collective bargaining table. Neither party is there to advance their own interests. Rather, all trustees who comprise the Board have a fiduciary duty to make decisions with the best interests of the plan in mind. They also have a statutory duty to ensure the plan complies with the Pension Benefits Act, including ensuring the plan is reviewed by, and an actuarial valuation report prepared, by an actuary annually. The administrator must then file the report with the Superintendent within nine months of the review date.

[...]

I would remind all parties involved in this matter of the order making powers of the Superintendent if the administrator of a pension plan is violating a provision of the Pension Benefits Act. These powers extend up to and including ordering a wind-up of the pension plan. While I would prefer not to utilize these powers, it is something I will have to consider should the pension plan remain without an actuary and the outstanding valuation report remain unfiled at 1 December 2017. [...]

[Emphasis added.]

[95]

Soon thereafter, the City, with the assistance of Mercer, amended its by-law to abolish the Superannuation Board, and make itself the plan administrator.

[96] After becoming plan administrator, the City directed Mercer to file the *revised* 2016 report it approved, as well as an *initial* actuarial valuation for funding purposes report as at March 31, 2017. Mercer filed both with the Superintendent on December 18, 2017.

G. *The Superintendent's decision*

[97] On July 12, 2018, the Superintendent released her decision in response to the complaints. She accepted all reports filed by Mercer and concluded, from her investigation, there had been no breach of conflict of interest rules or other statutory obligations by the City or its staff. In concluding that no further investigation was required, the Superintendent stated:

Furthermore, no evidence provided to me leads me to conclude that an investigation of the City's actions, and more specifically the actions of Jane Blakely and Tina Tapley, is warranted. They have been cooperative with my office throughout this process and did not offer any resistance to any of my requests. While the parties unfortunately appear to have a hostile relationship with each other, and could certainly benefit from improved communications with each other absent serving one another with legal proceedings, their relationship is not a matter for me to mediate. In my opinion, Police and Fire are attempting to use this office as a weapon in their continued battle with the City, which is something I simply will not entertain. While the Act provides me with very broad powers to investigate pension matters to ensure compliance with the Act, it would be ill-used if used to pursue an end outside of that mandate.

[Superintendent decision, July 12, 2018, para. 44]

[Emphasis added.]

IV. Standard of Review of the Tribunal's Decision

[98] It is common ground that, by providing for an appeal of Tribunal decisions (s. 48(1) of the *Financial and Consumer Services Commission Act*, S.N.B. 2013, c. 30), the Legislature intends for this Court to scrutinize such decisions "on an appellate basis" (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019]

S.C.J. No. 65 (QL), at paras. 36-37). Questions of law are to be reviewed on a correctness standard and questions of fact or mixed fact and law, from which a question of law is not extricable, are to be reviewed on a palpable and overriding error standard.

[99] The City and Superintendent assert their grounds of appeal raise only questions of law and engage the correctness standard; they do not challenge the factual findings made by the Tribunal.

V. Analysis

A. *Did the Tribunal apply the wrong standard to the Superintendent's decision?*

[100] Before the Tribunal, the Superintendent argued her decision was owed deference and subject to a reasonableness standard of review. The City took no position at that time.

[101] The Tribunal decided the appeal was by hearing *de novo* and it was to “review the Superintendent’s decision for correctness with no deference” (para. 43). I note in passing that in its first decision, the Tribunal also concluded the appeal of the Superintendent gave rise to a hearing *de novo*.

[102] In the appeal to this Court, the City initially maintained that since the *Act* provided for an “appeal” of the Superintendent’s decision, the Tribunal should have concluded its primary role was to review the Superintendent’s decision and show it deference, and not hear the matter *de novo*. The City also maintained the Tribunal’s interpretative analysis ought to have been guided by *Yee v. Chartered Professional Accountants of Alberta*, 2020 ABCA 98, [2020] A.J. No. 291 (QL); and *Newton v. Criminal Trial Lawyers’ Association*, 2010 ABCA 399, [2010] A.J. No. 1463 (QL). The Superintendent’s written submission similarly relies on *Yee* and *Newton* and maintains the Tribunal was wrong to conclude that case law dealing with the determination of the standard of review in an appeal from an administrative tribunal to a superior court is not applicable.

[103] At the hearing of the appeal, both the City and Superintendent conceded the Unions' appeal gave rise to a hearing *de novo* and acknowledged the record before the Tribunal is markedly different from the record considered by the Superintendent. Nevertheless, the Superintendent asserts in her written submission "the right or obligation to hold a *de novo* hearing does not necessarily dictate a correctness standard of review" (*Newton*, at para 44). This said, as Slatter J.A. also explained in *Newton*, a requirement to have such a hearing is an important indication of an intent to favour a correctness standard.

[104] The Unions maintain the Tribunal was correct to conclude their appeal resulted in a hearing *de novo*, and no deference was owed to the Superintendent's decisions. They point to a decision of this Court where it was determined that, in reviewing a decision of the Superintendent, the Labour and Employment Board served as "an adjudicative tribunal, with a *de novo* jurisdiction, that owe[d] no deference to the Superintendent's decisions or orders" (*Amalgamated Transit Union Local 1182 v. The City of Saint John et al.*, 2006 NBCA 70, 301 N.B.R. (2d) 1, at para. 97). At that time, the legislative scheme provided for a review of the Superintendent's decisions by the Board. Under the current legislative scheme, there is an appeal to the Tribunal, and the focus of the determination of the standard must necessarily be on the current legislation.

[105] In addressing the standard of review, it is necessary to consider the *Financial and Consumer Services Commission Act*, S.N.B. 2013, c. 30, as the Tribunal did. It establishes the Commission, as well as the Tribunal. Both have multi-disciplinary responsibilities under more than 20 statutes, with respect to a number of different areas and regulators, including, in the case of the Tribunal, hearing appeals of decisions of the Superintendent. The *Financial and Consumer Services Commission Act* defines a "hearing" as including "a review or an appeal." The Tribunal's Rules/policy refer to such appeals as hybrid appeals. At a hearing, "the Tribunal has the same power that the Court of Queen's bench has for the trial of civil actions" (s. 38(1)), and it is empowered to "decide all questions of fact or law arising in the course of a hearing" (s. 38(5)). It may receive in evidence "any statement, document, record, information or things that, in the

opinion of the Tribunal, is relevant to the matter before it” (s. 38(6)), regardless of whether it was given or produced under oath or would be admissible as evidence in a court of law. The Tribunal acknowledged such powers are typical of first instance adjudicators and they reveal an intent for it to conduct a hearing *de novo*, with no deference to the regulator’s decision. These observations are similar to those in *Amalgamated Transit Union*.

[106] The *Act* provides for the “appeal” of a decision or order of the Superintendent (s. 73(1)); however, it does not expressly identify the standard of review to be applied. A decision or order of the Superintendent that is appealed is stayed pending the disposition of the appeal by the Tribunal. In an appeal, the Superintendent is responsible for presenting a case in support of her decision (s. 75(1)). The Tribunal concluded this provision did not shed light on the standard of review. Section 76 provides that, “after hearing and considering the matter, the Tribunal may issue an order [...] vacating the decision or order of the Superintendent and substituting a decision or order that, in its opinion, the Superintendent should have made.” Alternatively, the Tribunal may make an order “remitting the matter to the Superintendent for further investigation, with such directions as the Tribunal considers appropriate.” The Tribunal observed its broad powers, including the ability to substitute the Superintendent’s decision with the decision that, “in its opinion,” the Superintendent should have made, does not reflect a legislative intent to review the Superintendent’s decision on a reasonableness standard. The Tribunal concluded the intent was “to have appeals [...] conducted in a *de novo* manner with no deference to the regulators’ decision” (Tribunal decision, August 27, 2020, at paras. 61 and 67).

[107] In my opinion, the Tribunal was correct. That said, unlike the Tribunal, I view the statutory obligation to present a case in support of the Superintendent’s decision as shedding light on whether the Superintendent’s decision is intended, in a hearing *de novo*, to be reviewed on a correctness standard. This is particularly so where, in situations like the present case, the hearing results in evidence and a record that was materially different from that identified by the Superintendent’s investigation and upon which her decision was based. I would dismiss this ground of appeal.

B. *Did the Tribunal err by interpreting s. 75 as not conferring on the Superintendent unrestricted participatory rights in an appeal of her decision?*

[108] In advance of hearing the Unions' appeal, the Tribunal asked the parties to address the scope of the Superintendent's participatory rights (*Fredericton Police Association v. New Brunswick (Superintendent of Pensions)*, 2019 NBFCST 12). This was prompted by the Superintendent advising, during the process of setting dates for the appeal, that she might testify at its hearing. The Tribunal issued a Notice of Hearing and asked the parties to consider a decision the Tribunal issued earlier in the year respecting participatory rights on appeal: *Sellars v. New Brunswick (Superintendent of Insurance)*, 2019 NBFCST 2 (it also referred the parties to: *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93; and *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, [1989] S.C.J. No. 107 (QL)). In *Sellars*, the Tribunal granted standing to the Superintendent of Insurance in an appeal of his decision and defined the scope of his participatory rights, having regard to the principles set out by the Supreme Court in *Ontario (Energy Board)*.

[109] The Tribunal also brought to the attention of the parties, the position taken by the Superintendent in relation to her participatory rights at the hearing of the Unions' first appeal to the Tribunal (*Fredericton Police Association v. Superintendent of Pensions*, 2016 NBFCST 2). As the Tribunal explained in its decision, in that earlier proceeding, the Superintendent took a diametrically opposed approach; she took the position that:

[...] in exercising her statutory obligation under section 75 to present a case in support of her decision, she should defend her decision by drawing the attention of the Tribunal to those considerations, rooted in the specialized jurisdiction and expertise of the Superintendent which may render reasonable what would otherwise appear unreasonable to someone not versed in the intricacies of pension law. The Superintendent viewed this as a limited

role as she had to respect the prohibition against bootstrapping and the requirement to remain impartial, especially in the context of a dispute between two adversarial parties such as is the case before us.

[Tribunal decision, December 3, 2019, para. 10]

[Emphasis added.]

[110] In this proceeding, the Superintendent argued before the Tribunal that s. 75 conferred the unconstrained rights of a “full-fledged” party, which included an ability to present evidence, cross-examine witnesses, and make submissions as she saw fit. She explained that the law had changed since she advanced the position taken in the Unions’ first appeal to the Tribunal, and, as a consequence of the decision in *Ontario (Energy Board)*, it was now clear an administrative decision maker could have unlimited participation in an appeal of her/his own decision. The City supported the Superintendent’s interpretation of s. 75.

[111] The Unions maintained the Superintendent was made a party under the *Act* for the purpose of supporting her decision and she was not entitled, as of right, to introduce additional/new evidence or take an adversarial role in the process of supporting her decision. Her ability to participate further than this would depend on the circumstances and the discretion of the Tribunal.

[112] Section 75 provides:

Proceedings before the Tribunal

Parties aux procédures devant le Tribunal

75(1) The Superintendent is a party to a matter appealed to the Tribunal and is responsible to present a case in support of a decision or order made by the Superintendent.

75(1) Le surintendant est partie à toute affaire portée en appel devant le Tribunal et est responsable de la présentation de la preuve à l’appui de toute décision ou ordonnance qu’il a rendue.

75(2) In a matter appealed to the Tribunal under section 73, the appellant, the Superintendent and any other person who, in the opinion of the Tribunal, is interested in or affected by the proceedings have the right to be heard. [Emphasis added.]

75(2) Dans toute affaire portée en appel devant le Tribunal en vertu de l’article 73, le surintendant et toute autre personne qui, de l’avis du Tribunal, est touchée par les procédures ou y a intérêt, ont le droit d’être entendus. [C’est moi qui souligne.]

[113] The Superintendent has standing as a “party” in an appeal of her decision to the Tribunal. Less clear is whether s. 75 excludes the application of the common law principles of impartiality and finality and mandates that the Superintendent’s participatory rights be unconstrained by such principles.

[114] The Tribunal rejected the submission that s. 75 intends the Superintendent to have, in all cases, the same unconstrained participatory rights as an aggrieved appellant. It determined there is no clear legislative intent to exclude the application of common law principles respecting adjudicative impartiality and finality, as described in *Ontario (Energy Board)*, and the statutory responsibility to present a case in support of her decision reflects an intent to have her participate in a manner consistent with her position.

[115] Additionally, the Tribunal defined the scope of the Superintendent’s ability to participate in the appeal. It did so by addressing separately the evidence she could tender and the submissions she could make. In recognition of the Superintendent’s statutory responsibility to support her decision, the Tribunal acknowledged she is to present all the evidence she considered in making the decision appealed. Further, and reflective of the need for fully informed adjudication, the Tribunal recognized an ability for the Superintendent to introduce new/additional evidence in two broad circumstances. It explained:

[...] In *Sellars* [...], the Tribunal held that, as a general rule, on an appeal from the Superintendent of Insurance’s decision under the *Insurance Act*, the Superintendent could not present additional evidence to that contained in the *Record*. The Tribunal recognized two exceptions: (1) where the appellant or the Tribunal raises a ground of appeal that is not covered by the contents of the Record of the Decision-making Process; and (2) where the Tribunal needs additional evidence in order to clarify and properly adjudicate an issue. [...] [para. 61]

[Emphasis added.]

[116] In relation to the submissions or arguments the Superintendent could make, the Tribunal decided that, while s. 75 does not grant the Superintendent “carte blanche to advance any arguments she wishes on the appeal,” she was entitled to advance arguments that were explicit or implicit in her decision and make submissions in relation to any other matter where the Superintendent’s expertise would be of importance to a proper adjudication of the appeal (paras. 71-73). Identifying broadly the types of areas where such participation would be appropriate, and its reasons for doing so, the Tribunal stated:

The caselaw recognizes that an administrative decision-maker that is granted standing on appeal or judicial review may present arguments on the following:

- Setting out its established policies and practices, even if they are not explicitly set out in their reasons for decision [*Ontario Power*, para. 68];
- Responding to arguments raised by a counterparty. [*Ontario Power*, para. 68];
- Providing interpretations of its reasons that are compatible with or implicit in its original decision [*Ontario Power* at para. 65]
- Assisting the appellate body by the elucidation of the issues informed by its specialized position as opposed to aggressive participation typical of an adversary [*Ontario Power*, para. 61];
- Drawing the reviewing court or tribunal’s attention to aspects of the record for the purpose of creating a complete picture of what the decision-maker considered in reaching its decision [*The Hospital v. X.P.*, 2018 BCSC 2079 at para 51]; and
- Explaining how one interpretation of a statutory provision might impact other provisions within the regulatory scheme, or the factual and legal realities of the specialized field in which they work [*Ontario Energy*, para. 53]

This will allow the Tribunal to benefit from the Superintendent’s expertise and familiarity with the pensions sector. This allows the Superintendent to provide

arguments on areas that may be harder for other parties to present. In our view, it is precisely for this reason that the legislature granted the Superintendent standing on appeals of her decisions to the Tribunal.

Finally, the Superintendent must also exercise caution and refrain from descending “too far, too intensely or too aggressively into the merits of the matter” as this may disable her from conducting an impartial redetermination of the merits of the matter if it is remitted back to her. [*Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, at para. 16 as cited in *Ontario (Energy Board)*, at para. 51].

[paras. 72-74]

[Emphasis added.]

[117] Lastly, in relation to the Superintendent’s ability to present new evidence and/or make submissions in relation to a new ground of appeal or where the Tribunal required assistance, the Tribunal concluded such circumstances did not exist in this case. The Tribunal rejected the bald assertion that the Unions’ appeal raised new issues that needed to be addressed, noting the Superintendent had not identified any specific new issues, as contemplated in *Sellars*. It suggested that if the Superintendent were to become aware of such issues, she should bring them to the Tribunal’s attention in advance of the hearing of the appeal. The record does not indicate any subsequent request was made to present additional evidence or make further submissions in relation to a new issue.

[118] In my view, the Tribunal did not err in deciding s. 75 does not exclude the application of the common law principle of impartiality and fairness, nor does it mandate the Superintendent have the unfettered participatory rights of an aggrieved party in the appeal of her decisions.

[119] While a “party” by statutory imposition, the Superintendent is not a regular party; she is one whose decision has been challenged. This status is an important factor in relation to the determination of the participatory rights conferred under s. 75. First, unless the provision can be interpreted as excluding common law principles of adjudicative impartiality and finality, it stands to be interpreted and applied in view of those principles. Second, in recognition of her status as the maker of the decision appealed, the provision requires the Superintendent to discharge the responsibility “to

present a case in support of” her decision. Either these are words of limitation, as the Tribunal determined was the case, or they impose an independent responsibility that is intended to be in addition to the right, as a party, to participate without any constraints related to her being the maker of the decision appealed, which the Superintendent and City maintain is the correct interpretation of s. 75.

[120] In relation to its interpretative analysis and the principles of adjudicative impartiality and finality, the Tribunal noted the common law can form an important part of the context in which legislation was enacted and must be interpreted. It also correctly explained that a common interpretative assumption is that existing law, common law, is considered as part of the drafting process and “the exclusion of common law principles from a statute requires clear legislative intention” (*R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402). To identify the common law principles respecting impartiality and finality that would apply, unless excluded or modified by s. 75, the Tribunal turned to *Ontario (Energy Board)*.

[121] The Superintendent submits the Tribunal erred by relying on *Ontario (Energy Board)* because that case was decided under a statute which did not contain a provision that granted the Board standing, it simply had a right to be heard. Also, there was no obligation in that case to consider such factors as the mandate of the Superintendent. At the hearing of the appeal, the City argued the Tribunal misapplied *Ontario (Energy Board)*. It noted that, unlike the situation in *Ontario (Energy Board)*, which involved the review of an adjudicative decision of the Energy Board, in this case, the Superintendent is an investigatory administrative decision maker, and it is the Tribunal which holds the first level adjudicative hearing that flows from the Unions’ complaints. The City also maintains that where the decision maker has the dual role to both investigate and make a decision, on an appeal of that decision, the common law principles of impartiality and finality do not fully apply. It maintains the Tribunal failed to ask: what are the participatory rights of a first level investigatory decision maker in the appeal of her decision?

[122] It is clear the Tribunal was aware of the distinction between the role of the Superintendent and a decision maker like the Board in *Ontario (Energy Board)*. The common law principles of impartiality and finality are not confined to situations where the decision appealed (or under review) is the product of a *viva voce* hearing or is a true appeal, where the record is confined to the record before the first level decision maker.

[123] The decision in *Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [2005] O.J. No. 1426 (QL) (ONCA) (“*Goodis*”) is an example of an appellate court applying these principles to an administrative adjudicator, similar to the Superintendent. In *Goodis*, the Children’s Lawyer challenged the Commissioner’s participation in a judicial review of the Commissioner’s decision. After the Children’s Lawyer had denied a request for information, under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990 c. F.31 (“*FIPPA*”), the requester appealed the Children’s Lawyer’s decision to the Commission, as permitted under *FIPPA*. The Commissioner held a hearing by way of written submissions and in a 24-page decision, allowed the appeal and ordered disclosure of certain documents (*Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [2003] O.J. No. 3522 (QL)). The Children’s Lawyer sought judicial review of the Commissioner’s order and the Commissioner opposed the application. The Children’s Lawyer brought a motion seeking an order that the Commissioner be denied standing, or that her standing be limited. This motion and the application for judicial review were dismissed and the Children’s Lawyer appealed to the Ontario Court of Appeal. Similar to s. 75 of the *Act*, in this case, s. 9(2) of Ontario’s *Judicial Review Procedure Act* provides the person authorized to exercise a statutory power with party status on judicial review of the exercise of this power. And like the *Act*, the scope of the decision maker’s standing is not expressly addressed in the legislation. Goudge J.A., for the Court, held:

The legislation’s silence [on the scope of participatory rights] necessarily leaves this issue to the court’s discretion, as part of its task of ensuring that its procedures serve the interest of justice. Where the issue arises, the court must exercise this discretion to determine the scope of standing to be accorded to a tribunal that is a party to a judicial review proceeding. [para. 27]

[124] The Court in *Goodis* held this discretion should be guided by principles from *Paccar*, and *Northwestern Utilities Ltd. v. Edmonton (City)*, [1929] S.C.R. 186. The principle from *Paccar* is the “importance of having a fully informed adjudication of the issues before the court,” recognizing the specialized expertise of administrative decision makers (para. 37). The second principle, from *Northwestern Utilities*, is the “importance of maintaining tribunal impartiality” (para. 38); this principle is particularly important where the matter could be referred back to the same administrative decision maker. The Court also raised the importance of avoiding “bootstrapping,” which can undermine the tribunal’s decision-making process. After considering these principles, the Court determined the Commissioner’s full standing was appropriate in that case to “assure a fully informed adjudication of the issues without significantly compromising her impartiality or undermining the integrity of her decision-making process” (para. 59).

[125] *Ontario (Energy Board)* canvassed the decision in *Goodis* among other appellate decisions that have dealt with this issue and determined “[a] discretionary approach, as discussed by the courts in *Goodis*, *Leon’s Furniture*, and *Quadrini*, provides the best means of ensuring that the principles of finality and impartiality are respected without sacrificing the ability of reviewing courts to hear useful and impartial information and analysis” (para. 52). The Ontario Energy Board had a statutory right to be heard on appeal of its decision (s. 33(3) of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B). Despite this statutory right, the Supreme Court applied the discretionary approach to determine the scope of the administrative decision maker’s participatory rights.

[126] In its oral submission, the City referred for the first time to other administrative decision makers under provincial legislation who, apparently as a matter of practice, are allowed to participate fully as parties to referrals or appeals of their decisions, including: the Director of Employment Standards under the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2; the Commission under the *Human Rights Act*, R.S.N.B. 2011, c. 171; and the Chief Compliance Officer under the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Workers’ Compensation Appeals Tribunal Act*, S.N.B. 1994, c. W-14. This submission is not helpful to the interpretative analysis in

this case. First, the statutory schemes and contexts in which the administrative decisions are made are different. Even the example of the Director of Employment Standards, who, like the Superintendent, has a responsibility to present a case in support of the decision referred to the Board, is of no assistance in the absence of any judicial determination that such language intends to exclude the application of the common law principles of impartiality and finality.

[127] Although s. 75 grants standing as a “party” to the Superintendent, with a right to be heard that is common to all participants, it does not necessarily follow the legislative intent is to either oust entirely the application of the common law principles that would otherwise apply to determine the scope of her role or compel the Tribunal to view the Superintendent as indistinguishable from any other party. On the contrary, the same sentence that declares the Superintendent is a party in an appeal, imposes the responsibility to present a case in support of her decision. This is an explicit legislative recognition of her unique status as the administrative decision maker whose decision is being challenged through the process prescribed by the *Act*. It sets her apart from the other parties; s. 75 does not similarly prescribe the role of an appellant or other person affected by the Superintendent’s decision.

[128] The refrain that the Superintendent is a party with a right to be heard, so she must have unconstrained participation rights, fails to take into account the common law principles of impartiality and finality (see, for example, *Goodis*), and there is nothing else in the words of s. 75 that suggests they are intended to be excluded. Section 75 does not contain express language that reflects an intention to confer on the Superintendent unrestricted participatory rights, including the right to adduce new evidence, testify or cross-examine witnesses.

[129] Nor do the words of s. 75, when read in their grammatical and ordinary sense, purport to exclude the application of the principles of impartiality and finality from guiding the determination of the Superintendent’s participation in the appeal. This is not altered by reading the provision in context, harmoniously with the scheme and the object of the *Act*. The fact she must present the case in support of her decision or order suggests

she is limited to presenting the basis for her decision or order. Both the English and French versions of s. 75(1) support this understanding. While the French version of that provision, considered only literally, equates “present a case in support” of the decision under appeal to “present evidence in support” of the decision, nothing turns on this. “Evidence” in this context must be understood as the record, including the evidence the Superintendent considered in making the decision under appeal. As explained by the Tribunal:

The Superintendent contends that the use of the words “*présentation de la preuve à l’appui de toute décision*” in the French text of subsection 75(1) clearly permits the Superintendent to present additional or new evidence at the hearing of the appeal and to cross-examine witnesses.

With respect, we disagree. It is trite law that both the English and French versions of a New Brunswick statute are equally authoritative [*Official Languages Act*, R.S.N.B. 1973, ch. 0-1]. When interpreting legislation, we must give effect to the common or shared meaning of a bilingual statute. This was reiterated by our Court of Appeal in *Saint John Port Authority et al. v. Kenmont Management Inc.*, 2002 NBCA 11. The Court added at paragraph 37 that “*if one [linguistic text] is ambiguous and the other plain and unequivocal, the latter will generally be preferred unless a contrary legislative intention is otherwise apparent*”. Thus, it is only where a language version is ambiguous that the other version will be preferred.

[...]

We find no ambiguity or inconsistencies between the French and English versions. There is no contextual difference between “to present a case in support of (her) decision...” and “présentation de la preuve à l’appui de (sa) décision...” To present a case in support of a decision necessarily includes presenting the evidence upon which the decision is founded. While the English text of subsection 75(1) does not employ the word “evidence”, which would be the literal or direct translation of the word “preuve” employed in the French text, the words of both linguistic versions achieve the same purpose: to refer to the record of the Superintendent of Pensions’ proceedings, which includes the evidence upon which the Superintendent’s decision is founded.

[Tribunal decision, December 3, 2019, paras. 53-54, 57]
[Emphasis in original.]

[130] In the absence of a clear intent to oust the common law principles, the provisions must be interpreted in light of them.

[131] Viewed in context, s. 75 reflects an intention for the Superintendent's standing to include an important and involved, but not necessarily an unconstrained role, in an appeal. This is especially plain where the appeal is by hearing *de novo* and the evidentiary record may be far more expansive than that which formed the basis for the Superintendent's decision.

[132] While in such circumstances, concerns regarding finality are reduced, to interpret s. 75 as conferring upon the Superintendent unconstrained participatory rights, equal to those of an aggrieved appellant in a *de novo* hearing, could transform its statutorily defined role to support its decision into the role of an adversary to the aggrieved appellant. This is a result at odds with the wording of s. 75(1) and definitely inconsistent with common law principles, especially respecting impartiality, which is a telltale sign of legislative intent.

[133] Impartiality is undoubtedly implicated here because the issues raised in the appeal to the Tribunal could be referred back to the Superintendent for wholesale reconsideration. If she were not, at a minimum, constrained from adopting an adversarial role on appeal, she would be exposed to the very real risk of diminishing her impartiality. This concern is particularly compelling in this case, where there is no other decision maker, as may be the case with other administrative decision makers. If the Tribunal had ordered the matter back for further investigation and/or reconsideration of all or part of the underlying issues (or if this Court were to do so), the Superintendent would again adjudicate conflicting merits-related claims.

[134] Finally, because of the ongoing responsibility of the Superintendent, concerns regarding her impartiality extend beyond the issue in this case. As an example of the kind of ongoing involvement that increases the need to be mindful of impartiality,

one need only consider the Superintendent's earlier decision respecting these parties, which was set aside by the Tribunal's first decision. Further, in this case, when the Unions expanded their complaints to the Superintendent in November 2017, she noted, in writing, the adversarial nature of this dispute and correctly reminded the representatives of the parties of their role on the Superannuation Board. Subsequently, in rendering the decision appealed to the Tribunal, the Superintendent again noted the level of animosity, expressing views that prompted the Unions to indicate she wrongly formed the view that their complaints were motivated by the hostile relationship between the parties. She said:

[...] While the parties unfortunately appear to have a hostile relationship with each other, and could certainly benefit from improved communications with each other absent serving one another with legal proceedings, their relationship is not a matter for me to mediate. In my opinion, Police and Fire are attempting to use this office as a weapon in their continued battle with the City, which is something I simply will not entertain. While the Act provides me with very broad powers to investigate pension matters to ensure compliance with the Act, it would be ill-used if used to pursue an end outside of that mandate.

[Superintendent decision, July 12, 2018, para. 44]

[Emphasis added.]

[135] In summary, I disagree the Tribunal erred in interpreting s. 75 as not extending an unconstrained ability to participate as a party to the appeal.

[136] Given the position taken by the Superintendent and City was that any restriction on her participatory rights was inconsistent with s. 75, there is no need to address the scope of those rights as defined by the Tribunal. Suffice it to say, for the Tribunal to benefit from the Superintendent's expertise and knowledge, which is well recognized in the decision rendered by the Tribunal, it was unnecessary for her to have unconstrained participatory rights. In a different case, where there is no other party with full entitlement to litigate with cross-examination, evidence and submissions on all contentious issues, as there was here, her participatory rights may be different and will stand to be determined based on the circumstances at that time (*Ontario (Energy Board)*, at para. 59).

[137] Moreover, the Superintendent has not identified any detriment or prejudice to the adjudicative process arising from the Tribunal's decision respecting her participatory rights. Recall the Tribunal concluded that the Unions' appeal of the Superintendent's decision did not raise any new issues, notwithstanding her submission to the contrary. At the hearing before this Court, the Superintendent indicated that, had she been permitted, she would have testified as to the orders she made and she would have responded to the report of Mr. George, the actuary called by the Unions. There was no indication as to how speaking to her orders would have benefited the adjudication before the Tribunal and it is difficult to imagine how it could have assisted since the evidentiary record before the Tribunal was substantially greater than the evidence that resulted from her investigation. Similarly lacking was an indication of what the Superintendent would have addressed in connection with Mr. George's report. While a representative of Mercer was on the City's witness list, the City chose not to call him, and Mr. George was the sole actuary to testify. Notwithstanding the Tribunal's decision regarding the Superintendent's participatory rights, it was open to the Superintendent to obtain leave to present evidence or make arguments based on the framework described by the Tribunal's decision. No such request was made or denied.

[138] As a final matter, the City's grounds of appeal assert the Tribunal erred by raising, on its own motion, the issue of the Superintendent's rights under s. 75; however, the City withdrew this ground at the hearing before this Court. While the Superintendent did not take issue with the Tribunal raising the issue of her participatory rights, she noted this Court had recently decided the Tribunal should not have raised an issue on its own motion (see *Investment Industry Regulatory Organization of Canada v. Crandall*, 2020 NBCA 76, [2020] N.B.J. No. 287 (QL)). The circumstances in that case were quite different and it has no application here. The Tribunal simply brought the parties attention to a decision it had recently rendered respecting participatory rights and it asked to hear the parties on the issue. In doing so, the Tribunal noted that the Superintendent had abandoned the interpretation of its participatory rights under s. 75 taken at the hearing that led to the Tribunal's first decision. In my view, the City was right to withdraw this ground of appeal.

C. *Did the Tribunal err in dismissing the City's objection to the Unions' claim regarding Mercer on the basis that it was not raised by their appeal of the Superintendent's decision?*

[139] Before the Tribunal, the City objected to the Unions' right to assert Mercer had a conflict of interest and breached its fiduciary duty. According to the City, these claims were not raised by the Notices of Appeal. The Tribunal disagreed and dismissed the City's objection.

[140] In its appeal of this decision by the Tribunal, the City maintains the Tribunal erred in law and relies on caselaw which stands for the proposition that new issues cannot be raised on appeal except in limited circumstances. The law is not in dispute.

[141] The Tribunal's determination that the Unions' claims were not new is grounded in its assessment of the record and its determination that they were at the heart of the Unions' complaints to the Superintendent and their appeal of her decision to the Tribunal. The Tribunal stated:

[...] In our view, the conduct of Mercer is at the heart of the ground of appeal (i) and (iii) dealing with the revised 2016 actuarial valuation report and the need for an independent actuary. The Unions' complaint to the Superintendent and their *Amended Notices of Appeal* clearly contain allegations that Mercer did not act properly by submitting reports without the approval of the Superannuation Board and acting at the request of the City rather than pursuant to the instructions of the Superannuation Board.

[Tribunal decision, August 27, 2020, para. 11]

[142] The record supports these findings. The Unions' claims regarding Mercer taking directions from the City, and not the Superannuation Board, and the factual basis for those claims, were first raised at, or immediately following, the March 17, 2017 meeting of the Superannuation Board. They were subsequently raised in the Unions' letter dated March 31, 2017, in their complaints filed in July 2017 (added to in October

2017) and in their Amended Notice of Appeal, which claimed David Hughes was not “independent” and “acting only in the interests of the City [...] without regard to the rights of the members of” the Police and Fire Plan. The original complaint claimed a need for an independent actuary. All allege Mercer was not independent of the City and was acting only on the instructions of the City, not the Superannuation Board. These factual assertions are at the root of all claims.

[143] Alternatively, the City maintains the Tribunal erred by considering this claim because the Superintendent did not render a decision with respect to whether Mercer was in a conflict of interest or in a breach of its fiduciary duties. It submits the Tribunal’s authority under s. 73 of the *Act*, extends only to orders or decisions made by the Superintendent. No authority was offered for this interpretation. It reflects an unreasonably restrictive reading of the provision, one that unjustifiably constrains the authority of the Tribunal to respond to an appeal in the manner contemplated by the *Act*. Moreover, s. 38(5) expressly provides the Tribunal may address all questions of fact or law.

[144] I would dismiss this ground of appeal.

D. *Did the Tribunal err in deciding the established facts provided reasonable and probable grounds for the opinion that one or more of the circumstances enumerated in s. 72(2) existed, so as to justify making an order under s. 72(1)?*

[145] Four grounds of appeal are advanced that challenge the Tribunal’s determination it had the ability to make an order under s. 72(1).

[146] Section 72(1) provides that the Superintendent may, “in the circumstances mentioned in subsection (2),” make an order requiring a person to take or to refrain from taking any action in respect of a pension plan.

[147] The circumstances enumerated in s. 72(2) are established where the Superintendent “is of the opinion, on reasonable and probable grounds,” that they exist.

The range of circumstances that ground the ability to make an order under s. 72(1) is broad, and the threshold for determining their existence is low (the provision is reproduced above (at para. 28)).

[148] The Tribunal formed the opinion that the established facts fell within a number of the circumstances enumerated in s. 72(2).

[149] It concluded the City “usurped” the role of the Superannuation Board, on more than a few occasions, and Mercer and Jane Blakely, by acting on the directions of the City and in pursuit of its priorities, had violated the conflict of interest obligation that applied to them by virtue of s. 17(3) . The Tribunal explained:

The City repeatedly usurped the Superannuation Board’s authority by instructing Mercer to utilize a specific discount rate and to reduce contribution rates. As is discussed later in these reasons, both David Hughes and Brendan George stated that the capping of contribution rates was not in the best interest of the Plan given its significant solvency deficit. They further stated that if the cap was maintained, it would result in benefit reductions. The evidence detailed above clearly establishes that Ms. Blakely facilitated the City’s usurpation of the Superannuation Board’s authority by her interactions with Mercer and the nature of her participation on the Superannuation Board. We find that Ms. Blakely utilized her position as a Superannuation Board member to advance the City’s interests. These interests clearly conflicted with the best interests of the Police and Fire Plan members.

[Tribunal decision, August 27, 2020, para. 183]

[Emphasis added.]

[150] These and similar findings that the City usurped the role of the Superannuation Board are a recognition the pension plan was “not being administered in accordance with [...] the pension plan” (s. 72(2)(a)). Indeed, the characterization of the City usurping the authority of the Superannuation Board was repeated in connection with a number of actions, including in relation to the City directing the actuary to file the various actuarial reports after the Superannuation Board had revoked its approval of them. Similarly, such findings provided grounds for the Tribunal’s conclusion that Ms.

Blakely and Mercer violated the conflict of interest obligation imposed by s. 17(3) (s. 72(2)(c)).

[151] The Tribunal also concluded the City's filing of the amendment to the Police and Fire Plan in August 2017, and not the Superannuation Board, violated s. 11 of the *Act* (s. 72(2)(c)). Further, it concluded there were reasonable and probable grounds to believe that, if the amendment was accepted by the Superintendent there was "likely to be insufficient funds available to pay the pensions and benefits under the plan" (s. 72(2)(h)).

[152] In sum, the Tribunal concluded the established facts fell within a number of the circumstances enumerated in s. 72(2) and that the Superintendent had the authority to make an order under s. 72(1).

(1) Did the Tribunal err in finding that Mercer was an agent of the Superannuation Board for the purpose of s. 18(3)?

[153] The basis for the Tribunal's opinion that Mercer's conduct violated its conflict of interest obligation to the Superannuation Board, contrary to s. 17(3) of the *Act*, was further explained as follows:

The actuary must take instruction from the plan administrator and avoid conflicts of interest. Brendan George testified that the plan actuary's client is the plan administrator. Mr. George testified that when a pension plan is administered by a Board, the actuary should communicate with all board members or to a designate of the Board, such as the Chair of the Board.

From March 31, 2013 to November 27, 2017, the administrator for the Police and Fire Plan was the Superannuation Board. We find that during this period, David Hughes was obligated to take instruction from the Board and ought to have known to do so. Blair Sullivan, a fire fighter representative on the Superannuation Board, testified that the Board had not authorized Mercer or David Hughes to deal with a designate of the Board.

[...]

The City does not deny that David Hughes submitted the 2016 actuarial valuation report without the Superannuation Board's approval. They contend, however, that the issue is moot because the Superintendent rejected the initial 2016 valuation and it had to be revised and resubmitted. We disagree. As is discussed below, by submitting valuations without the Board's approval, Mr. Hughes was in breach of his fiduciary obligations.

[...]

We note that David Hughes did not testify at the hearing, despite being on the City's witness list. The City also did not provide any evidence to contradict or discredit the Unions' allegations of misconduct by Mr. Hughes.

The evidence overwhelmingly establishes that Mercer and Mr. Hughes were preferring the City's interests over those of the Police and Fire Plan members. In our view, irrefutable evidence supports the conclusion that David Hughes was in a conflict of interest and breached his fiduciary obligations to the Police and Fire Plan members under section 18 [17(3)] of the *Pension Benefits Act*. **This evidence goes well beyond the threshold of reasonable and probable grounds required to make an order pursuant to section 72(2)(c) of the *Pension Benefits Act*.**

[paras. 108-109, 126, 140-141]

[Emphasis added.]

[154] The City and the Superintendent maintain Mercer does not have a statutory obligation to avoid a conflict of interest with the Superannuation Board. They submit none of the s. 17 duties applies to actuaries since, they say, an actuary appointed by an administrator is not an agent of the administrator under s. 18(3).

[155] The duties established by s. 17 apply to a plan administrator and the members of a board of administrators. They also extend to employees and agents of an administrator, by operation of s. 18(3). The duties under s. 17 are commonly referred to fiduciary duties, as the Tribunal did on occasion; however, while there is some overlap with common law fiduciary duties, the s. 17 duties are to be applied according to their terms:

Duty of care, diligence and skill

Devoir d'administrer avec soins,

diligence et compétence

17(1) The administrator of a pension plan shall exercise the care, diligence and skill in the administration and investment of the pension fund that a person of ordinary prudence would exercise in dealing with the property of another person.

17(2) The administrator or, if the administrator is a committee or a board of trustees, a member of the committee or board that is the administrator of a pension plan shall use in the administration of the pension plan, and in the administration and investment of the pension fund, all relevant knowledge and skill that the administrator or member possesses or, by reason of that person's profession, business or calling, ought to possess.

17(3) An administrator or, if the administrator is a pension committee or a board of trustees, a member of the committee or board that is the administrator of a pension plan shall not knowingly permit that person's interest to conflict with the person's duties and powers in respect of the pension fund.

[Emphasis added.]

17(1) L'administrateur d'un régime de pension doit apporter à l'administration et aux placements du fonds de pension les soins, la diligence et la compétence qu'une personne d'une prudence normale exercerait pour la gestion des biens d'autrui.

17(2) L'administrateur ou, si l'administrateur est un comité des pensions ou un conseil des fiduciaires, un membre du comité ou du conseil qui est l'administrateur d'un régime de pension doit apporter à l'administration du régime de pension et à l'administration et aux placements du fonds de pension, toutes les connaissances et compétences pertinentes que l'administrateur ou ce membre possède ou devrait posséder en raison de sa profession, de ses affaires ou de sa vocation.

17(3) L'administrateur ou, si l'administrateur est un comité des pensions ou un conseil des fiduciaires, un membre du comité ou du conseil qui est l'administrateur d'un régime de pension ne doit pas sciemment autoriser que l'intérêt de cette personne entre en conflit avec ses fonctions et pouvoirs relatifs au fonds de pension. [Le soulignement est de moi.]

[156] Section 18 provides an administrator with the authority to employ one or more agents "to carry out any act required to be done in the administration of the pension plan." It also provides that an "employee or agent of an administrator is also subject to the standards that apply to the administrator under subsections 17(1), (2) and (3):"

Employment of agents

18(1) Where it is reasonable and prudent in the circumstances so to do, the administrator of a pension plan may employ one or more agents to carry out any act required to be done in the

Emploi de représentants

18(1) L'administrateur d'un régime de pension peut employer un ou plusieurs représentants pour exécuter tout acte nécessaire à l'administration du régime de pension et à l'administration et aux

administration of the pension plan and in the administration and investment of the pension fund.

18(2) An administrator of a pension plan who employs an agent shall personally select the agent and be satisfied of the agent's suitability to perform the act for which the agent is employed, and the administrator shall carry out such supervision of the agent as is prudent and reasonable.

18(3) An employee or agent of an administrator is also subject to the standards that apply to the administrator under subsections 17(1), (2) and (3).

[Emphasis added.]

placements du fonds de pension, lorsqu'il est raisonnable et prudent de le faire dans les circonstances.

18(2) L'administrateur d'un régime de pension qui emploie un représentant doit le choisir personnellement et être convaincu de son aptitude pour exécuter l'acte pour lequel le représentant est employé et l'administrateur doit exercer sur son représentant une surveillance prudente et raisonnable.

18(3) Un employé ou un représentant d'un administrateur est aussi soumis aux normes applicables à l'administrateur en vertu des paragraphes 17(1), (2) et (3).

[Le soulignement est de moi.]

[157] The Tribunal concluded that s. 18(3) made Mercer subject to the same duty to avoid conflicts of interest, pursuant to s. 17(3), as for example, Jane Blakely, in her role as a member of the Superannuation Board.

[158] The issue is whether an actuary is an agent for the purpose of s. 18(3) so as to subject the actuary to the same standards, under s. 17(2) and (3), as are applicable to the plan administrator, members of a board of administrators and all other employees or agents of the administrator.

[159] The Superintendent and the City argue the Tribunal erred by failing to consider the provisions of the *Act* and Regulations that reveal an actuary has an independent statutory obligation to perform certain mandatory tasks, which can only be performed by an actuary. They contend these duties and obligations give context to the interpretation of s. 18(3) and weigh against identifying an actuary as an agent of the plan administrator, even for the limited purposes of s. 18(3). They submit this context infers an actuary is not performing services on behalf of the administrator in the same sense or manner as an employee or agent who performs duties that the administrator would otherwise perform itself. This suggests the appointment of an actuary by a plan administrator does not flow from its authority to employ agents under s. 18(1); it arises

from the distinct statutory requirement for a plan to have an actuary to satisfy its obligations under the *Act*.

[160] Section 18(3) must be interpreted in accordance with the modern interpretative framework, which requires reading the words of the provision in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the *Act*, the object and the intention of the Legislature.

[161] In addition to s. 18(1) providing the administrator with the ability to employ agents, the pension by-law similarly provides the administrator with such authority:

The Administrator may employ one or more agents to carry out any act required to be done in the administration of the Plan, and in the administration and investment of the Pension Fund.

[Emphasis added.]

L'administrateur peut engager un ou plusieurs mandataires pour accomplir tout acte qui relève de l'administration du régime et de la caisse de retraite et du placement des fonds de celle-ci.

[C'est moi qui souligne.]

[162] Actuary is defined in both a regulation under the *Act* and the pension by-law. Under the by-law it is:

“**Actuary**” means a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries, or a firm of actuaries, at least one of whose members is a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries, **appointed by the Administrator to provide the actuarial services required under the Plan.**

[Emphasis added.]

« **actuaire** » Fellow de l'Institut canadien des actuaires, ou cabinet d'actuaires dont au moins un membre possède cette qualité, **désigné par l'administrateur pour fournir les services actuariels qu'exige le régime.**

[Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[163] Somewhat similarly, under Regulation 91-195 it is:

“**actuary**” means, in respect of a pension plan, a fellow of the Canadian Institute of Actuaries **who is appointed by the administrator**, either directly or as an employee of a firm, **to perform valuations and other functions required**

« **actuaire** » désigne, relativement à un régime de pension, un Fellow de l'Institut Canadien des Actuaires **nommé par l'administrateur du régime**, directement ou à titre de salarié d'une entreprise, **pour effectuer des évaluations et autres**

to be performed under the plan, the Act or the regulations[.] [Emphasis added.]

tâches devant être accomplies en vertu du régime, de la Loi ou des règlements[.] [Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[164] As an example of the type of obligation that must be fulfilled by an actuary, s. 9(1) of the Regulation provides that an administrator “shall ensure that the plan is reviewed by and an actuarial valuation report respecting the plan is prepared by an actuary.” In the Regulation, an “actuarial valuation report” is defined as:

“**actuarial valuation report**” means, in respect of a pension plan, **a report prepared by an actuary in a manner that is consistent with the Recommendations for Valuation of Pension Plans adopted by the Canadian Institute of Actuaries and containing the actuary’s statement of opinion and the information required under the plan, the Act and the regulations** respecting a going concern valuation and a solvency valuation[.]

[Emphasis added.]

« **rapport d’évaluation actuarielle** » désigne, relativement à un régime de pension, **un rapport préparé par un actuaire d’une manière** conforme aux *Principes directeurs pour l’évaluation des Régimes de retraite* de l’Institut Canadien des Actuaires et qui **comprend la déclaration de l’actuaire et les renseignements exigés en vertu du régime, de la Loi et des règlements** relatifs à l’évaluation sur une base de permanence et à l’évaluation de solvabilité[.] [Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[165] Plainly, there are obligations under the *Act* that can only be performed by an actuary. In my view, the administrator’s ability to employ agents under s. 18(1) is the basis for the administrative authority to appoint an actuary. It is a power that is not confined to only employing agents to do tasks an administrator could do directly. It expressly extends to employing an agent to “carry out any act required to be done in the administration of the pension plan.” This includes responsibilities under the *Act* and Regulations that can only be performed by an actuary.

[166] A purposive interpretation of s. 18(3) does not exclude an actuary from its application. If there are policy reasons for excluding an actuary from the application of the standards in s. 17(2) or (3), particularly the conflict of interest standard, they were not made clear before the Tribunal or this Court. Moreover, there is no indication the Legislature intended to exclude a plan’s actuary from a standard that is applicable to all

others. In *Ontario (Superintendent of Financial Services) v. Norton and Aon Consulting Inc.*, 2006 ONCJ 235, [2006] O.J. No. 2631 (QL), the Court came to a similar conclusion:

The Applicants referred me to a 1991 Paper, Panel Discussion, General Meeting of the Canadian Institute of Actuaries, Actuaries Panel Paper, stating that actuaries were not agents, within the meaning of Section 22 of the *Act*. Ms. McPhail provided me with a 1994 article prepared by the Honourable Eileen Gillese (in her capacity at that time as Chair of the Pension Commission of Ontario) which took the opposite view. I recognize that neither of those papers are in any way binding on me, however I wish to refer to the reasoning of Ms. Gillese in that paper, and how I believe it applies here vis a vis Mr. Norton, and I will set out the applicable portion here:

“It appears from the broad language in Section 22(5) of the *Act*, that what was intended was that anyone hired by the administrator to perform a function that the administrator was responsible for performing would be treated as an agent. On this view, the actuary preparing a valuation report is performing the function of the administrator and is an agent. Those investing the funds are agents. So, even if there are other legal descriptions which can be applied to the relationships when considered from the perspective of a civil suit, for the purposes of Section 22, those performing functions that are rightly those of the administrator will be treated as agents.”

I agree with and adopt this reasoning on this issue.

[paras. 70-71]

[167] I would dismiss this ground of appeal.

[168] Having rejected the submission that “given the statutory scheme in New Brunswick, actuaries are not agents for the purposes of” s. 18(3), I would also reject the bald assertion that the Tribunal erred in finding Mercer’s conduct breached the standard imposed by s. 17(3). Simply put, on the record, the Tribunal was justified in concluding there were reasonable and probable grounds to form the opinion that Mercer’s conduct

was inconsistent with the conflict of interest obligation under s. 17(3); that conclusion is not the product of a reversible error.

[169] Lastly, I do not agree that the Tribunal's decision is, in any way, diminished by the fact it also found that, because Mercer had not been appointed by the Board, it did not meet the definition of "actuary." Mercer held itself out as the actuary for the Superannuation Board, as is plainly reflected in the reports it filed with the Superintendent. It is also reflected in its various letters and communications with the Superintendent, beginning at least as early as December 2016.

(2) Did the Tribunal err in applying the "two hats doctrine"?

[170] The Superintendent and the City assert the Tribunal erred by concluding the "two hats doctrine" did not operate to relieve Jane Blakely from the statutory obligation under s. 17(3) to avoid conflicts of interest.

[171] In dismissing the Unions' complaints that Ms. Blakely acted contrary to her conflict of interest obligation under s. 17(3), the Superintendent relied on this doctrine, as formulated by the Pension Commission of Ontario in *Imperial Oil Ltd. v. Ontario (Superintendent of Pensions)* (1995), 18 C.C.P.B. 198.

[172] The Tribunal concluded *Imperial Oil* did not apply to Ms. Blakely's role as a member of the Superannuation Board. *Imperial Oil* stands for the proposition that, where an employer is both a plan sponsor and administrator, the employer is not subject to s. 17(3) conflict of interest duty (s. 22(4) under the Ontario legislation at issue in *Imperial Oil*) when the employer deals with matters involving the pension plan in its capacity as employer/sponsor.

[173] The Tribunal went on to say that if it was wrong, the outcome would be the same since the doctrine would not apply to exclude the application of s. 17(3), from matters that were the responsibility of a plan administrator, in this case the Superannuation Board. The Tribunal concluded Ms. Blakely's conduct, which gave rise

to the conflict of interest, related to duties and actions that were the responsibility of the Superannuation Board as plan administrator.

[174] The Tribunal also considered *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271. No authority was provided that considers the role of an employer-nominated member of a board of administration.

[175] In my view, there is no merit to this ground of appeal.

[176] The Tribunal was correct; *Imperial Oil* is not directly applicable to the present case since the City was not at the relevant time, wearing “two hats” as both the plan sponsor and administrator. In *Sun Indalex*, the employer was the plan administrator; as a result, that case is factually distinguishable from the present case.

[177] That said, the City is currently the administrator; it is subject to s. 17(3) and the scope of its duties would be guided by the principles in *Sun Indalex*. In that case, Deschamps J. said the following on the subject of conflict of interest where an employer is an administrator, and specifically commented on the “two hats” metaphor:

Section 22(4) of the *PBA* explicitly provides that a plan administrator must not permit its own interest to conflict with its duties in respect of the pension fund. Thus, where an employer’s own interests do not converge with those of the plan’s members, it must ask itself whether there is a potential conflict and, if so, what can be done to resolve the conflict. Where interests do conflict, I do not find the two hats metaphor helpful. The solution is not to determine whether a given decision can be classified as being related to either the management of the corporation or the administration of the pension plan. The employer may well take a sound management decision, and yet do something that harms the interests of the plan’s members. An employer acting as a plan administrator is not permitted to disregard its fiduciary obligations to plan members and favour the competing interests of the corporation on the basis that it is wearing a “corporate hat”. What is important is to consider the consequences of the decision, not its nature.

When the interests the employer seeks to advance on behalf of the corporation conflict with interests the employer has a duty to preserve as plan administrator, a solution must be found to ensure that the plan members' interests are taken care of. This may mean that the corporation puts the members on notice, or that it finds a replacement administrator, appoints representative counsel or finds some other means to resolve the conflict. The solution has to fit the problem, and the same solution may not be appropriate in every case. [paras. 65-66]

[178]

Also, in *Sun Indalex*, Cromwell J. explained:

The questions here are first what constitutes a conflict of interest or duty between Indalex as business decision-maker and Indalex as plan administrator and what must be done when a conflict arises?

[...]

Similarly, the simple existence of the sort of conflicts of interest identified by the Court of Appeal - those inherent in the employer's exercise of business judgment – cannot of themselves be a breach of the administrator's fiduciary duty. Once again, that conclusion is inconsistent with the statutory scheme that expressly permits an employer to act as plan administrator.

How, then, should we identify conflicts of interest in this context?

In *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, Binnie J. referred to the *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), at s. 121, to explain when a conflict of interest occurs in the context of the lawyer-client relationship: para. 31. In my view, the same general principle, adapted to the circumstances, applies with respect to employer-administrators. Thus, a situation of conflict of interest occurs when there is a substantial risk that the employer-administrator's representation of the plan beneficiaries would be materially and adversely affected by the employer-administrator's duties to the corporation. I would recall here, however, that the employer-administrator's obligation to represent the plan beneficiaries extends only to those tasks and duties that I have described above.

In light of the foregoing, I am of the view that the Court of Appeal erred when it found, in effect, that a conflict of interest arose whenever Indalex was making decisions that “had the potential to affect the Plans beneficiaries’ rights”: para. 132. The Court of Appeal expressed both the potential for conflict of interest or duty and the fiduciary duty of the plan administrator much too broadly. [paras. 196, 199-202]
[Emphasis added.]

[179] What the City and the Superintendent assert under this ground of appeal is that the principles upon which the “two hats” doctrine is based ought to have informed the Tribunal’s application of s. 17(3) to Ms. Blakely.

[180] In my view, the Tribunal was correct to conclude the outcome would be the same even if those principles applied to conduct that formed the basis for its decision that Ms. Blakely violated s. 17(3). Neither *Imperial Oil* nor *Sun Indalex* relieve an employer from its conflict of interest obligation where it relates to a matter that falls within the scope of an administrator’s responsibility (*Imperial Oil*) or “there is a substantial risk that the employer-administrator’s representation of the plan beneficiaries would be materially and adversely affected by the employer-administrator’s duties to the corporation” (*Sun Indalex*, at para. 201). The conduct giving rise to Ms. Blakely’s conflict of interest both related to matters that were in the exclusive domain of an administrator and posed a substantial risk of materially and adversely affecting the interest of the plan beneficiaries.

[181] I readily agree with the appellants’ submission that the *Act* does not exclude employer or employee candidates from membership in a plan administration Board. While the Tribunal did make observations about what it believes to be inherent conflicts, such comments must be viewed in context, and they reflect only an assessment of the factual circumstances in this case.

(3) Did the Tribunal err in concluding s. 72(2)(h) applied?

[182] This ground of appeal challenges the Tribunal’s determination that the Superintendent should not have accepted the City’s application for approval to amend the

Police and Fire Plan to retroactively reduce contributions from 2013 (with the related refund). They assert the Tribunal erred in deciding there were reasonable and probable grounds to form the opinion that, if the amendment were allowed, there would likely be insufficient funds to pay the pensions and benefits under the plan, as contemplated by s. 72(2)(h).

[183] In my opinion, there is no merit to this ground of appeal; however, even if there were, it would not warrant setting aside the Tribunal's decision. The Tribunal's determination that the application filed by the City should not have been registered was also grounded in the fact the application had not been submitted by the Superannuation Board. This decision was not challenged on appeal. As the Tribunal explained:

In our view, the Superintendent should not have registered the amendment because it was not submitted by the plan administrator as required by section 11 of the Pension Benefits Act. Contrary to what was indicated on Form 2, the plan administrator was the Superannuation Board and not the City. In addition, the Superannuation Board had revoked its acceptance of the decrease in contribution rates and the actuarial valuation reports at its April 25, 2017 meeting. Consequently, the Declaration signed by Ms. McDonald was inaccurate. In our view, the filing of the amendment was not an innocent mistake. It was clear evidence that the City was usurping the Board's authority given the Board's refusal to approve the City's plan.

We find that the Superintendent should also have refused the amendment based on paragraphs 72(2)(c) and 72(2)(h) of the Pension Benefits Act. First, the filing of the plan amendment by the City, who was not the plan administrator, was a violation of section 11 of the Pension Benefits Act. **In addition, there were reasonable and probable grounds to conclude that the filing of the amendment would cause a situation where there are or are likely to be insufficient funds available to pay the pensions and benefits under the plan, thus justifying intervention pursuant to paragraph 72(2)(h).**

[Tribunal decision, August 27, 2020, paras. 239-240]
[Emphasis added.]

[184] Setting out its rationale for concluding the application should not have been registered because there were reasonable and probable grounds for the opinion there

would likely be insufficient funds (s. 72(2)(h)), the Tribunal stated:

In considering this issue, it is crucial to keep certain key facts in mind. First, police and firefighters have a normal retirement age of 60 and higher contribution rates were required as they contribute to their pension plan for a shorter period. Second, almost 20% of the plan membership would reach retirement age within five years of 2017. Third, the Police and Fire Plan had a significant solvency deficit of \$56 million as of 2017. Fourth, the Plan has a solvency exemption meaning that there is no obligation to fund the solvency deficit in the short term. The Superintendent expressed concerns about the solvency exemption in her August 9, 2017 e-mail to David Hughes. Fifth, Brendan George, the expert witness, indicated that interest rates have been decreasing over the past 20 years such that returns on investments are lower. Finally, no evidence was submitted regarding how the plan has performed since 2017. The actuarial valuation reports for 2018 and 2019 were not entered into evidence. As such, we do not have any evidence indicating whether the funded status of the plan has improved or worsened since the 2017 valuation.

The refund in the over-payment in contributions resulted in assets being removed from the Police and Fire Plan and injected into the City Plan. The exact amount was not provided to this Tribunal. Given the significant solvency deficit, removing the over-payment in contributions and capping contribution rates at 9%, resulting in approximately \$700,000 less in contributions per year, should have warranted further investigation by the Superintendent.

[...]

Mr. George was of the opinion that for the Police and Fire Plan to continue offering the same level of benefits, the Plan would need a CRA exemption. He indicated that there were times in the past where the required contribution rates to maintain the same level of benefits was above 18% (9% each for employees and employer). He cautioned there would be times in the future where the required contributions would exceed 18% to maintain the same level of benefits. Mr. George explained that typically in a defined benefit plan, the contribution rate is adjusted to ensure the benefits are maintained. Mr. George explained that “[w]ithout the exemption, the Plan will operate like a

shared-risk plan, i.e. fixed member and employer contribution rates of 9% (or lower if possible), with a reduction in benefits if the 18% total contribution rate cannot support Plan benefits, i.e. the Plan will be subject to benefit reductions instead of contribution increases when Plan experience is poor.” Mr. George also indicated that future increases in funding requirements could come at a time when they are unaffordable and shift the onus of funding to future generations.

We accept Mr. George’s uncontested expert evidence. We conclude that if the contribution rates are maintained at 9% (18% overall), there are reasonable and probable grounds to conclude there will be insufficient funds to maintain the same level of benefits. We would add that the City appears to be doing by the back door what it could not do directly – transferring the police and firefighters to a shared risk plan. In a defined benefit plan, contribution rates are adjusted to ensure a defined benefit. Capping contribution rates at 9% and mandating benefit reductions if contributions are insufficient makes the Plan function like a shared risk plan.

[Tribunal decision, August 27, 2020, paras. 243-244 and 249-250]

[Emphasis added.]

[185] In arguing the Tribunal erred in law, the Superintendent contends the Tribunal failed to recognize the Plan was exempt from solvency special payments, pursuant to s. 42.1 of the General Regulation. This is not accurate; the Tribunal expressly addressed this fact. Indeed, the Tribunal also noted the plan’s solvency exemption was referenced by the Superintendent when she expressed her concerns to Mercer over using an elevated discount rate in the 2016 report (over 2015), which she identified as having the effect of reducing the plan’s going concern liability by \$8,000,000 (the Superintendent’s email of August 9, 2017, to David Hughes):

We note the Plan had a negative investment return (-3.75%) from Apr 2015-Apr 2016. However, the assumed GC [going concern] rate of return was changed from 5.3% in the 2015 AVR to 6.2% in this AVR. How is this increase justified, as it is far too high in our opinion, particularly for a plan that enjoys a solvency exemption. Using this higher rate reduced the GC liability by approximately \$8 million, which [raises] significant concerns. Generally we see an increase in GC liabilities year over year, particularly when

there has been little change in plan membership such as here (only four less active members and four more retired members). As a consequence, the normal cost for the plan decreased from \$3.2 million in the previous AVR to \$2.67 million in this AVR. Please explain this change and the rationale for it.

[Tribunal decision, August 27, 2020, para. 121]

[Emphasis added.]

[186] The Superintendent also asserts the Tribunal erred by failing to consider “the reasons why section 72(2)(h) was added to the *PBA* in 2007, following the St. Anne-Nackawic bankruptcy;” she maintains the provision is not intended to permit her to constrain amendments to a plan in circumstances such as exist in this case. Other than make this bare assertion, the Superintendent does not advance a basis for interpreting s. 72(2)(h) in a manner that restricts the plain words of the provision, let alone in a manner reflective of the position she advances. There is no merit to this submission.

[187] Neither the City nor the Superintendent challenge the Tribunal’s findings in relation to the large body of evidence that provided a basis for its opinion there would likely be insufficient funds to continue the existing pensions and benefits if there were a refund of past contributions and the reduction in future contributions, as was proposed. The Tribunal relied on the evidence of Brendon George and, as previously noted, David Hughes acknowledged that the refund of contributions and the reduction in future contributions, produced the “very real and likely possibility” of having to reduce benefits in the “not too distant future:”

[...] the “new funding formula” is not able to withstand much in the way of market fluctuations and is dependent on a consistent rate of return annually (i.e. at least 6% p.a.). This is very valid concern and is a direct result of the Plan providing some of the most generous pension benefits in Canada and trying to do this for a combined contribution rate of just 18% of pensionable earnings. If the Plan is to remain in its current form, there is a very real and likely possibility that Employer contributions will have to rise at some point in the not too distant future (unless we see a sustained period of good investment returns and/or material increases in Canadian interest rates).

The alternative to higher employer contributions is reductions in future benefits.

[Tribunal decision, August 27, 2020, para. 248]

[Emphasis added.]

[188] While the record did not indicate the amount to be paid out as a refund, there was some indication it could be in the range of \$2,000,000 for the three years from 2013 to 2015. Further, the reduction from 2016 was expected to reduce the contributions to the plan by approximately \$700,000 per year. This is against the background of the City's maintaining in 2017 that the contribution rate was fixed at 9% and, if the discount rate was too low, any shortfall had to be made up by a reduction in benefits.

[189] There was no error in law. Further, in my view, although not argued as such, the Tribunal's determination that there were reasonable and probable grounds for the opinion that it was likely there would be insufficient funds is not the product of an identifiable, let alone palpable and overriding error.

(4) Did the Tribunal err in holding the Superintendent had a fiduciary duty to plan members?

[190] This ground of appeal is based on a misapprehension of the Tribunal's decision. While it does describe the Superintendent's duty under the *Act* as requiring her to protect the "best interest" of the Plan/its members, read in context, it is apparent the Tribunal did not determine the Superintendent had duties that exceeded her statutory obligations under the *Act*. I would dismiss this ground of appeal.

[191] Before leaving this issue, I would note it is not the only concern expressed by the Superintendent regarding the Tribunal's decision that, in my opinion, overstates what the Tribunal decided and/or the precedential implications of the decision. It was based on such concerns that the Superintendent sought a stay of the decision pending the disposition of this appeal. These concerns include the submission that the Tribunal's focus on the dispute over the proposed changes to contributions to the plan reveals the Tribunal allowed itself to get drawn into a "sponsor level" dispute – a dispute between

the City and the Unions – which is not properly a matter for the Superintendent to adjudicate via complaints over alleged non-compliance with the *Act*. She argues the dispute relates to the rights and obligations under the collective agreement between the City and Unions and ought to be adjudicated elsewhere, possibly before the Labour and Employment Board. Similarly, while acknowledging in oral submissions the City and Mercer’s actions were inconsistent with the plan and/or the *Act*, she submits, if there is an actionable wrong, it should be adjudicated in the Court of Queen’s Bench, not by the Superintendent. In my opinion, such arguments have no application in the circumstances of this appeal. First, they were not raised before the Tribunal. Second, they do not form part of the Superintendent’s grounds of appeal, or those of the City. Third, the focus of the hearing before the Tribunal was properly the issues raised by the complaints, namely non-compliance with the *Act* by the City and Mercer. The Tribunal’s decision addressed those issues based on its determination of the facts relating to the City and Mercer’s actions, none of which were challenged on appeal. Ultimately, the Tribunal made the orders that it concluded the Superintendent ought to have made. While the root issues might be capable of being addressed in another forum, the impugned actions in this case related to the non-compliance with the *Act* and they were well within the Superintendent’s responsibility and authority to address. This case most certainly turned on its somewhat unique set of facts.

E. *Does s. 72 provide the Tribunal with authority to make the impugned orders?*

[192] The City and the Superintendent make substantially the same arguments, respecting the authority to make an order under s. 72, as they made to the Tribunal. In giving its reasons for rejecting their submissions and deciding it had the authority to make the order it did, the Tribunal stated:

We reject the City’s and Superintendent’s argument that the Superintendent lacks the authority under the *Pension Benefits Act* to order a plan sponsor or plan administrator to apply for a CRA exemption. The Superintendent has the duty to approve contribution rates for a pension plan and to look out for the health of a pension plan and the best interests of the plan members. The Superintendent has a very broad authority under subsection 72(1) to

order an administrator or any other person to take or refrain from taking any action in respect of a pension plan if she has reasonable and probable grounds of the existence of one of the circumstances in subsection 72(2).

We further reject the argument that there is no requirement to fund a pension plan beyond the 9% contribution levels. The *Pension Benefits Act* makes no mention of a maximum contribution rate. The *Act* requires that a pension plan be adequately funded. In certain circumstances, this may include applying for a CRA exemption to allow member contribution rates in excess of 9%. In our view, the Superintendent has the authority, in the appropriate circumstances, to direct a plan sponsor or plan administrator to apply for a CRA exemption. Of course, the Superintendent cannot order CRA to grant an exemption. The most she can do is direct a plan administrator or a plan sponsor to apply for a CRA exemption. CRA will decide whether to grant the exemption.

[Tribunal decision, August 27, 2020, paras. 251-252]

[193] Under s. 72(1), the Superintendent is authorized to require any person to “take or to refrain from taking any action” necessary to remedy the circumstances enumerated in 72(2). As an indication of the breadth of the scope intended, s. 72(4) provides the Superintendent’s order may “include, but is not limited to, requiring the preparation of a new report and specifying the assumptions or methods or both that shall be used” (emphasis added). Further, where power is given to “a public officer to do, or enforce the doing of an act or thing, all such powers are also given as are necessary to enable him to do or enforce the doing of the act or thing” (*Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 22(b)). In my opinion, the Superintendent’s authority undoubtedly extends to the orders that were issued in this case.

[194] I would dismiss this ground of appeal.

VI. Conclusion

[195] In rendering judgment, we did not address the issue of costs. Having reflected on this issue, including considering the status of the Superintendent and whether

not making an order would contribute to improving the situation between the City and the Unions, I see no reason to do other than apply the usual principles applicable to costs, in particular, that costs follow the event (see *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. v. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 N.B.R. (2d) 358, [1998] N.B.J. No. 412 (QL) (C.A.)). I would order that each appellant pay each respondent costs of \$5,000.

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	
A. <i>Introduction</i>	1
B. <i>La première décision du Tribunal</i>	6
C. <i>Mesures qui ont donné lieu aux plaintes déposées par les syndicats auprès de la surintendante</i>	9
D. <i>Mesures étoffant les plaintes déposées auprès de la surintendante</i>	21
E. <i>La décision de la surintendante concernant les plaintes</i>	26
F. <i>La décision du Tribunal</i>	27
II. <u>Questions en litige en appel</u>	32
III. <u>Contexte</u>	
A. <i>La décision de la Ville de convertir l'ancien régime en un régime à risques partagés</i>	33
B. <i>La répartition de l'ancien régime en deux régimes</i>	40
C. <i>La première décision du Tribunal</i>	47
D. <i>Mesures donnant lieu aux plaintes déposées par les syndicats auprès de la surintendante</i>	55
E. <i>Les plaintes déposées auprès de la surintendante</i>	86
F. <i>Mesures ayant mené à l'étoffement des plaintes déposées auprès de la surintendante</i>	88
G. <i>La décision de la surintendante</i>	97
IV. <u>Norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal</u>	98
V. <u>Analyse</u>	
A. <i>Le Tribunal a-t-il appliqué la mauvaise norme de contrôle à la décision de la surintendante?</i>	100

B.	<i>Le Tribunal a-t-il commis une erreur en interprétant l'art. 75 comme ne conférant pas à la surintendante des droits de participation illimités dans un appel porté contre sa décision?</i>	108
C.	<i>Le Tribunal a-t-il commis une erreur en rejetant l'objection opposée par la Ville à la prétention des syndicats concernant Mercer au motif qu'elle n'avait pas été soulevée dans le cadre de leur appel contre la décision de la surintendante?</i>	139
D.	<i>Le Tribunal a-t-il commis une erreur en décidant que les faits établis fournissaient des motifs raisonnables et probables de croire à l'existence d'au moins une des circonstances énumérées au par. 72(2), de manière à justifier qu'une ordonnance soit rendue en vertu du par. 72(1)?</i>	145
	(1) <u>Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que Mercer était une représentante de la Commission des pensions pour l'application du par. 18(3)?</u>	153
	(2) <u>Le Tribunal a-t-il commis une erreur en appliquant la « doctrine des deux chapeaux »?</u>	170
	(3) <u>Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que l'al. 72(2)h) s'appliquait?</u>	182
	(4) <u>Le Tribunal a-t-il commis une erreur en statuant que la surintendante avait une obligation fiduciaire envers les participants au régime?</u>	190
E.	<i>L'article 72 confère-t-il au Tribunal le pouvoir de rendre les ordonnances contestées?</i>	192
VI.	<u>Conclusion</u>	195

LE JUGE FRENCH

I. Aperçu

A. *Introduction*

[1] The City of Fredericton (la Ville) et la surintendante des pensions interjettent appel de décisions du Tribunal des services financiers et des services aux consommateurs rendues le 3 décembre 2019 et le 27 août 2020. L'autorisation d'interjeter appel a été accordée avec le consentement des parties intimées, l'Association des policiers de Fredericton et la Fredericton Fire Fighters Association (collectivement, les syndicats).

[2] Les décisions frappées d'appel sont les deuxième et troisième décisions rendues par le Tribunal relativement au régime de pension à prestations déterminées des policiers et des pompiers de la Ville, régime dont la Ville est promotrice et la Commission des pensions, administratrice. Une décision antérieure a été rendue en mars 2016.

[3] Les appels ont été rejetés et la Cour a indiqué que les motifs suivraient. Voici les motifs pour lesquels je me suis associé à mes collègues pour le faire.

[4] Avant 2013, la Ville maintenait un seul régime de pension à prestations déterminées pour ses salariés (l'ancien régime). Un déficit qui existait depuis plusieurs années a incité la Ville à prendre des mesures en 2013 pour convertir l'ancien régime en un régime à risques partagés. Les syndicats ont contesté avec succès la conversion proposée devant la Commission du travail et de l'emploi. En réponse, la Ville a réparti l'ancien régime en deux régimes : elle a établi un nouveau régime à prestations déterminées pour ses policiers et ses pompiers (le régime des policiers et des pompiers) et

a converti l'ancien régime en un régime à risques partagés pour ses autres salariés (le régime à risques partagés). Ces opérations ont eu lieu le 31 mars 2013.

[5] Pour déterminer la valeur des éléments d'actif devant être transférés de l'ancien régime au régime des policiers et des pompiers, la Ville a fait préparer par Mercer (Canada) limitée, le cabinet d'actuaire pour l'ancien régime, un « rapport sur l'évaluation actuarielle aux fins du transfert des éléments d'actif et des éléments de passif établi au 31 mars 2013 » (le Rapport sur la répartition des éléments d'actif). Ce rapport proposait de transférer environ 37 500 000 \$ de l'ancien régime, sur des éléments d'actif d'une valeur d'environ 200 000 000 \$. En d'autres termes, environ 18,75 % des éléments d'actif de l'ancien régime seraient transférés au régime des policiers et des pompiers. Mercer a utilisé la méthode de répartition fondée sur une évaluation sur une base de permanence pour déterminer le montant à transférer. Les syndicats se sont opposés à cette méthodologie. Ils ont soutenu qu'elle favorisait injustement le régime à risques partagés puisqu'elle donnait lieu à un coefficient de capitalisation initial (le rapport entre les éléments d'actif et les éléments de passif) de 56,9 % pour le régime à risques partagés et de seulement 47,9 % pour le régime des policiers et des pompiers. Malgré l'avis des syndicats, en février 2014, la Ville a demandé à la surintendante de consentir à la répartition de l'ancien régime comme le proposait Mercer. En novembre 2014, la surintendante a donné son consentement à la répartition proposée et les syndicats ont interjeté appel de cette décision devant le Tribunal.

B. *La première décision du Tribunal*

[6] Lors d'une audience tenue en octobre 2015, le Tribunal a entendu des témoignages d'experts selon lesquels il serait préférable d'utiliser la méthode de répartition fondée sur une évaluation de solvabilité pour répartir l'ancien régime. Dans la décision qu'il a rendue en mars 2016, le Tribunal a décidé que cette méthode serait plus équitable pour les participants aux deux régimes puisqu'elle leur permettrait d'avoir le même coefficient de capitalisation à la date de prise d'effet de la répartition. Il a annulé la décision de la surintendante et ordonné que l'ancien régime soit réparti sur cette base

(Association des policiers de Fredericton c. Surintendante des pensions, 2016 NBFCSST 2 (la première décision du Tribunal)).

[7] En mai 2016, la Ville a sollicité et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de la décision du Tribunal devant notre Cour.

[8] Toutefois, à la fin de 2016, la Ville a décidé d'abandonner son appel et de donner suite à la première décision du Tribunal. Mercer a informé la surintendante des intentions de la Ville par lettre en date du 20 décembre 2016, expliquant que la révision de son Rapport sur la répartition des éléments d'actif selon la méthode de l'évaluation de solvabilité entraînerait le transfert d'un montant (estimatif) supplémentaire de 5 500 000 \$ au régime des policiers et des pompiers au 31 mars 2013, augmentant ainsi la valeur initiale du régime à environ 43 000 000 \$.

C. *Mesures qui ont donné lieu aux plaintes déposées par les syndicats auprès de la surintendante*

[9] En soi, la décision de la Ville de mettre en œuvre la répartition de l'ancien régime conformément aux directives du Tribunal n'était pas litigieuse. Ce qui est devenu problématique, c'était l'effort déployé par la Ville et Mercer pour faire suivre l'augmentation de la valeur du régime des policiers et des pompiers de 5 500 000 \$ (environ), en date du 31 mars 2013, d'une proposition visant 1) à réduire rétroactivement les cotisations annuelles qui avaient été versées au régime depuis le 1^{er} avril 2013 et à rembourser le surplus; et 2) à réduire prospectivement les cotisations annuelles au régime à 9 % des gains ouvrant droit à pension, ou d'associer cette augmentation à cette proposition. Dans le cadre de l'ancien régime, les participants et la Ville avaient chacun cotisé environ 11 % (pour un total de 22 %) par an, et ils ont tous deux continué à cotiser à ce taux jusqu'en 2017, lorsque cet effort visant à réduire les cotisations s'est amorcé.

[10] Dans la lettre qu'elle a adressée à la surintendante en décembre 2016, Mercer a expliqué que l'augmentation de la capitalisation initiale du régime des policiers et des pompiers d'une valeur de 5 500 000 \$ signifiait que les cotisations annuelles

versées après le 1^{er} avril 2013 étaient plus élevées que nécessaire, et elle a demandé que la surintendante approuve de façon préliminaire la réduction rétroactive proposée et le remboursement du surplus. Bien que le montant exact devant être remboursé ne ressorte pas clairement du dossier, comme nous le verrons, il a été estimé qu'il serait d'environ 2 000 000 \$ pour la période allant de 2013 à 2016 et, à partir de 2016, la réduction des cotisations serait d'environ 700 000 \$ chaque année par la suite. Les hypothèses sur lesquelles la Ville et Mercer se fonderaient plus tard pour affirmer que la réduction rétroactive était nécessaire ou justifiable sont devenues litigieuses. En effet, les mesures prises par la Ville et Mercer en 2017 pour mettre en œuvre ces changements sont au cœur des questions traitées dans la décision portée en appel devant notre Cour.

[11] Étant donné que les « rapports sur l'évaluation actuarielle aux fins du financement » avaient déjà été déposés auprès de la surintendante pour chacune des années 2013, 2014 et 2015, Mercer a informé la surintendante que, pour effectuer la réduction rétroactive des cotisations qui était proposée (et le remboursement), il lui faudrait déposer les documents suivants : 1) les rapports révisés sur l'évaluation actuarielle aux fins du financement pour chacune des années 2013, 2014 et 2015 afin de refléter l'augmentation de la valeur initiale du régime au 31 mars 2013 et les nouveaux montants de cotisation moins élevés qu'elle proposait pour ces années; et 2) une modification de l'arrêté municipal concernant le régime des policiers et des pompiers afin d'établir (rétroactivement) les taux de cotisation moins élevés pour ces années. Bien que la lettre de Mercer expliquât que les participants au régime bénéficieraient du remboursement prévu, étant donné qu'ils cotisent au régime en parts égales avec la Ville, cette dernière recevrait la moitié de tout remboursement.

[12] Il n'est pas sans importance que Mercer n'ait pas présenté avant mars 2017 à la Commission d'administration du régime des policiers et des pompiers, l'administratrice du régime, l'intention de la Ville de réduire rétroactivement les cotisations à compter d'avril 2013 (et de rembourser le surplus). Il est acquis aux débats que c'est à l'administrateur du régime, plutôt qu'à l'employeur, qui est le promoteur du régime qu'il revient de retenir les services d'un actuaire et de lui donner des directives, y compris en ce qui concerne le dépôt de rapports annuels d'évaluation actuarielle en vue

d'établir les cotisations. Le fait que le remboursement ait été élaboré et présenté par Mercer agissant sur les instructions de la Ville, plutôt que de la Commission d'administration (la Commission des pensions), a alimenté les plaintes des syndicats auprès de la surintendante. Ces plaintes constituent le fondement du présent appel. En fait, les syndicats ont fait valoir devant le Tribunal que « la Ville usurpait les pouvoirs de la Commission des pensions ». Comme nous l'expliquerons, la Ville abolirait plus tard la Commission des pensions le 27 novembre 2017, se constituant administratrice du régime.

[13] La réunion de la Commission des pensions qui a eu lieu le 17 mars 2017 était une réunion « d'urgence » ou extraordinaire de la Commission convoquée par la Ville dans le but d'examiner deux points à l'ordre du jour : premièrement, la mise à jour concernant la répartition des éléments d'actif de l'ancien régime et, deuxièmement, les recommandations de Mercer concernant le rapport d'évaluation actuarielle initial aux fins du financement pour l'année 2016.

[14] En ce qui concerne la mise à jour concernant la répartition des éléments d'actif de l'ancien régime, la Commission des pensions a été informée de l'intention de la Ville d'abandonner son appel contre la première décision du Tribunal et de répartir l'ancien régime conformément à ses directives. Mercer a expliqué que cela ferait en sorte que les cotisations passées (versées entre 2013 et 2015) soient plus élevées que nécessaire et qu'elles seraient réduites rétroactivement pour donner lieu à un remboursement partiel des cotisations aux participants. Il a été noté lors de la réunion que la Ville avait l'intention de verser sa part du remboursement (qui serait de l'ordre de 1 000 000 \$) au régime à risques partagés. Pour éviter de rembourser les cotisations en puisant dans le régime, Blair Sullivan, un membre de la Commission désigné par les syndicats, s'est enquis au sujet d'autres possibilités et a proposé plutôt que soit rétablie l'indexation des pensions, un avantage qui avait été éliminé en 2014 en raison du déficit dont accusait le régime.

[15] En ce qui concerne le rapport d'évaluation actuarielle initial aux fins du financement pour l'année 2016, Mercer a proposé que les cotisations au régime soient réduites (d'environ 11 %) à 9 % à compter d'avril 2016. Interrogée à ce sujet, Mercer a

expliqué qu'il s'agissait du taux maximum (sans dispense) autorisé par l'Agence du revenu du Canada (l'ARC).

[16] Bien que la Commission des pensions ait initialement accepté les recommandations formulées par Mercer, le lendemain, M. Sullivan a écrit au président de la Commission pour lui faire part de préoccupations tant de forme que de fond relatives à la réunion et à la présentation de Mercer. Il a demandé la tenue d'une autre réunion d'urgence de la Commission. Les représentants de la Ville ont demandé à Mercer de formuler des observations au sujet des questions soulevées par M. Sullivan. Dans un courriel envoyé le 21 mars 2017, Mercer a formulé les observations suivantes au sujet de ces questions :

[TRADUCTION]

- Nous proposons de ramener les taux de cotisation des salariés et de l'employeur, qui sont de l'ordre de 11 % des gains ouvrant droit à pension, à 9 % de ces gains, ce qui représente une diminution d'environ 700 000 \$ des cotisations annuelles au régime (cette affirmation de Blair est exacte). Blair a aussi raison de dire qu'il serait préférable de ne pas réduire les cotisations à un moment où le régime a un déficit de solvabilité élevé. Cependant, le déficit de solvabilité a été réduit de 5,5 millions de dollars par suite de la décision du Tribunal, ce qui équivaut à environ huit années de cotisations réduites.
- Dans tous les cas, les exigences de l'ARC en matière de cotisation maximale des salariés signifient que le régime doit limiter les cotisations des salariés à 9 % des gains ouvrant droit à pension.

[...]

- [...] Si le régime est maintenu en sa forme actuelle, la possibilité que les cotisations de l'employeur doivent augmenter à un certain moment dans un avenir relativement proche est très réelle et probable (à moins que nous assistions à une période soutenue de bons rendements ou à de fortes hausses des taux d'intérêt canadiens, ou aux deux).

- Pour éviter une hausse des cotisations de l'employeur, il faudrait réduire les prestations futures. [C'est moi qui souligne.]

[17] Comme nous le verrons, la question de savoir si les cotisations devaient être limitées à 9 % ou si l'ARC accorderait une dispense pour permettre que les cotisations soient maintenues à 11 % (ou à un autre taux supérieur à 9 %) avait été soulevée par les syndicats dans leurs plaintes auprès de la surintendante et traitée dans la décision du Tribunal qui fait l'objet du présent appel. Bien que la demande de M. Sullivan sollicitant la tenue d'une deuxième réunion [TRADUCTION] « extraordinaire » ait été refusée, lors de la réunion ordinaire suivante de la Commission des pensions qui a eu lieu le 25 avril 2017, la Commission a résolu d'[TRADUCTION] « infirmer » les décisions prises lors de la réunion du 17 mars (procès-verbal de la réunion de la Commission). La Commission a également adopté une motion visant à [TRADUCTION] « obtenir des avis actuariels et juridiques qui seraient indépendants de ceux obtenus par la Ville ».

[18] Malgré la décision de la Commission de révoquer l'approbation des propositions de Mercer, à la demande des représentants de la Ville, le 8 mai 2017, Mercer a présenté ses recommandations concernant le rapport d'évaluation pour l'année 2016 au conseil municipal. Le conseil a approuvé le taux d'actualisation recommandé de 6,2 % (le taux de rendement attendu du capital du régime) assorti d'une marge pour écarts défavorables de 0 % (le facteur utilisé pour tenir compte du risque de ne pas réaliser le taux hypothétique de rendement). Il a également approuvé la fixation du taux de cotisation à 9 % et a chargé Mercer de déposer le rapport pour l'année 2016 auprès de la surintendante.

[19] Au mépris de la décision de la Commission des pensions du 25 avril 2017 et sans obtenir une autre approbation de la Commission, le 11 juillet 2017, Mercer a déposé auprès de la surintendante : 1) le Rapport *révisé* sur la répartition des éléments d'actif, en date du 31 mars 2013; 2) les rapports *révisés* sur l'évaluation actuarielle aux fins du financement pour chacune des années 2013, 2014 et 2015; et 3) un rapport d'évaluation actuarielle *initial* pour l'année 2016. En même temps, la Ville a modifié

l'arrêté sur le régime de pension afin de prévoir des taux de cotisation moins élevés pour la période allant du 1^{er} avril 2013 au 31 mars 2016 et un taux de cotisation de 9 % à partir du 1^{er} avril 2016.

[20] Le 31 juillet 2017, les syndicats ont déposé des plaintes auprès de la surintendante lui demandant de rejeter les rapports qui avaient été préparés et déposés par Mercer, soi-disant au nom de la Commission en qualité d'administratrice du régime. Ils soutenaient que les mesures prises pour mettre en œuvre le plan de la Ville en vue de réduire rétroactivement les cotisations et de rembourser le surplus, ainsi que les rapports connexes préparés et déposés par Mercer, le tout sur les seules instructions de la Ville, violaient la *Loi sur les prestations de pension*, L.N.-B. 1987, ch. P-5.1 (la *Loi*).

D. *Mesures étoffant les plaintes déposées auprès de la surintendante*

[21] En août 2017, avant d'examiner le fond des plaintes des syndicats, la surintendante s'est interrogée sur le taux d'actualisation (taux de rendement estimatif) utilisé dans le rapport actuariel pour l'année 2016 déposé par Mercer. Elle a fait remarquer que, avec un taux d'actualisation de 6,2 % (assorti d'une marge pour écarts défavorables de 0 %), il était plus élevé d'environ 1 % que le taux d'actualisation utilisé dans d'autres régimes déposés auprès de son bureau. En d'autres termes, la conclusion formulée dans le rapport pour l'année 2016 concernant la cotisation à verser au régime des pompiers et des policiers pour l'année 2016 était fondée sur un taux hypothétique de rendement plus élevé que le taux utilisé par d'autres régimes de pension déposés. Au bout du compte, elle a décidé que le taux d'actualisation de 6,2 % était trop élevé et que le facteur pour écarts défavorables de 0 % était trop faible. En termes simplistes, plus le taux d'actualisation est élevé, plus le besoin de capitalisation et de cotisation actuelles est faible, tous les autres facteurs étant égaux.

[22] Pour répondre à la position de la surintendante concernant le rapport actuariel initial pour l'année 2016, Mercer a sollicité des renseignements/instructions de la Ville concernant la préparation d'un rapport *révisé* pour l'année 2016. Les représentants de la Ville craignaient que la Commission des pensions n'approuve un taux

d'actualisation (taux hypothétique de rendement) pour l'année 2016 qui ne soit pas assez élevé pour justifier des cotisations au taux de 9 %. Sur les instructions du conseil municipal, ils ont informé la Commission que, si elle choisissait un taux d'actualisation et/ou une marge pour écarts défavorables entraînant un déficit de capitalisation, ce déficit devrait être compensé par une réduction des prestations des participants dans le cadre du régime; il ne pourrait pas être compensé par une augmentation des cotisations, puisque la Ville avait plafonné les cotisations à 9 %.

[23] Lors d'une réunion de la Commission des pensions qui a eu lieu le 13 octobre 2017, Mercer a présenté pour approbation par la Commission une plage de taux d'actualisation pour l'année 2016, taux qui étaient tous moins élevés que le taux précédemment rejeté par la surintendante, ces taux d'actualisation étant assortis de divers facteurs pour écarts défavorables. Après que Mercer eut quitté la réunion, et malgré les mises en garde des représentants de la Ville présents à la réunion concernant les conséquences de la destitution de Mercer de ses fonctions d'actuaire du régime, une motion en ce sens a été adoptée par la Commission.

[24] Peu de temps après, la Ville a modifié son arrêté sur le régime des policiers et des pompiers afin d'abolir la Commission des pensions et de se constituer administratrice du régime. La Ville a ensuite chargé Mercer de déposer le rapport révisé pour l'année 2016 qu'elle avait approuvé, ainsi qu'un rapport initial pour l'année 2017.

[25] Les syndicats ont étoffé leurs plaintes pour y inclure la prétention selon laquelle le rapport d'évaluation révisé pour l'année 2016 violait la *Loi*, tout comme l'abolition de la Commission des pensions, motif pris de ce que cette décision avait été prise par mesure de représailles. Ils ont affirmé que ces faits constituaient des preuves supplémentaires que Mercer avait reçu des instructions de la Ville et avait agi en son nom, plutôt qu'au nom de la Commission des pensions.

E. *La décision de la surintendante concernant les plaintes*

[26] Dans une décision rendue le 12 juillet 2018, la surintendante a approuvé la répartition de l'ancien régime en se fondant sur le Rapport révisé sur la répartition des éléments d'actif. Comme nous l'avons déjà relevé, cette décision n'était pas litigieuse. La surintendante a accepté les évaluations actuarielles révisées aux fins du financement déposées en juillet 2017 pour les années 2013, 2014 et 2015, lesquelles reflétaient les cotisations réduites au régime des pompiers et des policiers pour ces périodes. Elle a également accepté le rapport révisé pour l'année 2016 déposé par la Ville (en décembre 2017) après qu'elle soit devenue l'administratrice du régime. Elle a conclu que ni la Ville ni son personnel n'avait commis de violation des règles en matière de conflit d'intérêts ou de toute autre obligation légale prévues par la *Loi sur les prestations de pension*. Elle a également rejeté la prétention des syndicats selon laquelle la décision de la Ville d'abolir la Commission des pensions à compter du 27 novembre 2017 n'était pas valide.

F. *La décision du Tribunal*

[27] Les syndicats ont interjeté appel de la décision de la surintendante devant le Tribunal. Dans sa décision d'août 2020 (*Association des policiers de Fredericton c. Nouveau-Brunswick (Surintendante des pensions)*, 2020 NBFCST 4), le Tribunal a relevé que l'enquête menée par la surintendante n'avait pas tenu compte d'une grande partie des éléments de preuve qui lui avaient été présentés :

À notre avis, l'enquête menée par la surintendante ne satisfaisait pas au critère de la rigueur. La plainte des syndicats soulevait de graves allégations de conflit d'intérêts et de manquement aux devoirs fiduciaux de la part de Jane Blakely – une administratrice du régime. David Hughes – l'actuaire du régime – faisait également l'objet d'allégations sérieuses d'inconduite. Nous y reviendrons plus loin dans nos motifs. Nous savons que la surintendante n'était pas tenue de remuer ciel et terre dans son enquête. Toutefois, à notre avis, compte tenu de l'historique du différend, la nature des allégations obligeait la surintendante à obtenir des éléments de preuve de

l'administratrice du régime – la Commission des pensions – pendant son enquête. Or, elle ne l'a pas fait. Elle n'a communiqué avec aucun des membres de la Commission des pensions pour obtenir des renseignements sur les rôles qu'avaient joué Jane Blakely ou David Hughes. De même, elle n'a pas obtenu les procès-verbaux des réunions de la Commission des pensions. L'obtention de ces documents n'aurait pas constitué une recherche à l'aveuglette. Une enquête moins rigoureuse aurait nécessairement comporté l'obtention, auprès de la Commission des pensions, d'éléments de preuve relatifs aux allégations de conflit d'intérêts et de manquement aux obligations fiduciaires de la part d'un membre de la Commission ainsi qu'aux allégations d'inconduite de la part de l'actuaire du régime. Comme nous le verrons plus loin, la preuve montre clairement que Jane Blakely et David Hughes ont tous deux eu un comportement conflictuel et ont tous deux manqué à leurs obligations fiduciaires.

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 82]

[28] Le Tribunal a formulé l'observation d'ordre général suivante concernant les questions en litige et les circonstances de la présente affaire :

Un grand nombre des questions que soulève le présent appel découlent d'une délimitation imprécise des pouvoirs et des rôles respectifs de la Commission des pensions, en sa qualité d'administratrice du régime, et de la Ville, qui en est la promotrice. Il existe de nombreux cas dans lesquels la Ville, en sa qualité de promotrice du régime, a usurpé les pouvoirs de la Commission des pensions. [Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 75]

[29] D'après le reste de la décision du Tribunal, cette observation semblerait être un euphémisme délibéré. Le Tribunal a constaté que, « [à] aucun moment après la réunion du 25 avril 2017, la Commission des pensions a-t-elle approuvé les rapports d'évaluation actuarielle révisés pour les années 2013 à 2015 ou le rapport d'évaluation actuarielle initial pour l'année 2016 » (par. 116). Le Tribunal a également tiré les conclusions suivantes – dont aucune n'a été contestée en appel – concernant la participation de la Ville et de Mercer à la préparation et au dépôt de ces rapports auprès de la surintendante :

La Ville n'avait pas le pouvoir d'approuver le taux d'actualisation retenu pour le rapport d'évaluation actuarielle pour 2016. Elle n'était pas non plus habilitée à charger Mercer (ou David Hughes), en sa qualité d'actuaire du régime, de préparer et de déposer le rapport actuariel. Ce pouvoir appartenait à la Commission des pensions à titre d'administratrice du régime. La Ville l'a reconnu lors de l'audience. La participation de M. Hughes à la réunion du 8 mai montre clairement qu'il recevait ses instructions de la Ville plutôt que de la Commission des pensions.

M. Hughes savait que le taux d'actualisation devait être approuvé par la Commission des pensions en sa qualité d'administratrice du régime. Il savait également que la Commission des pensions avait révoqué son approbation du rapport d'évaluation actuarielle pour l'année 2016. **Nous concluons que David Hughes savait qu'il n'avait pas l'approbation de la Commission des pensions pour présenter les rapports d'évaluation actuarielle révisés pour les années 2013 à 2015 ainsi que le rapport d'évaluation actuarielle initial pour 2016. Malgré cela, M. Hughes a déposé le rapport d'évaluation actuarielle pour l'année 2016 auprès de la surintendante le 11 juillet 2017.**

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 118 et 119]
[Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[30] Les circonstances dans lesquelles la surintendante peut rendre une ordonnance concernant un régime de pension sont énoncées au par. 72(2) de la *Loi* :

72(2) The Superintendent may make an order under this section if the Superintendent is of the opinion, upon reasonable and probable grounds,

(a) that the pension plan, pension fund or prescribed retirement savings arrangement is not being administered in accordance with this Act, the regulations or the pension plan,

(b) that the pension plan or prescribed retirement savings arrangement does not comply with this Act and the regulations,

72(2) Le surintendant peut rendre une ordonnance en vertu du présent article si, fondé sur des motifs raisonnables et probables, il est d'avis

a) que le régime de pension, le fonds de pension ou l'arrangement d'épargne-retraite prescrit n'est pas administré conformément à la présente loi, aux règlements ou au régime de pension,

b) que le régime de pension ou l'arrangement d'épargne-retraite prescrit n'est pas conforme à la présente loi et aux règlements,

(c) that the administrator of the pension plan, the employer or any other person is violating a provision of this Act or the regulations,

[...]

(d) that the assumptions or methods used in the preparation of a report required under this Act or the regulations in respect of a pension plan are inappropriate for a pension plan,

(e) that the assumptions or methods used in the preparation of a report required under this Act or the regulations in respect of a pension plan do not accord with generally accepted actuarial principles,

(f) that a report submitted in respect of a pension plan does not meet the requirements and qualifications of this Act, the regulations or the pension plan,

[...] or

(h) that there are or are likely to be insufficient funds available to pay the pensions and benefits under the plan.

[Emphasis added.]

c) que l'administrateur du régime de pension, l'employeur ou toute autre personne enfreint une disposition de la présente loi ou des règlements,

[...]

d) que les hypothèses ou méthodes utilisées dans la préparation d'un rapport requis en vertu de la présente loi ou des règlements relativement à un régime de pension ne sont pas pertinentes,

e) que les hypothèses ou méthodes utilisées dans la préparation d'un rapport requis en vertu de la présente loi ou des règlements relativement à un régime de pension dérogent aux principes actuariels généralement acceptés,

f) qu'un rapport soumis relativement à un régime de pension ne répond pas aux exigences et conditions de la présente loi, des règlements ou du régime de pension,

[...] ou

h) qu'il y a insuffisance de fonds pour verser les pensions ou les prestations ou qu'une telle insuffisance est vraisemblable.

[C'est moi qui souligne.]

[31]

Le Tribunal était convaincu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire à l'existence des circonstances mentionnées au par. 72(2) et a annulé la décision de la surintendante (sauf sa décision selon laquelle l'abolition de la Commission était valide). Le Tribunal s'est fondé sur le par. 72(1) pour rendre l'ordonnance que, a-t-il conclu, la surintendante aurait dû rendre (al. 76(1)b)). Le Tribunal :

- a) a ordonné que Mercer et David Hughes soient destitués de leurs fonctions d'actuaire du régime des policiers et des pompiers et que l'administratrice retienne les services d'un nouvel actuaire pour fournir des services actuariels indépendants et impartiaux à l'égard du régime;
- b) a ordonné au nouvel actuaire (i) d'effectuer une analyse afin de déterminer quels sont les niveaux de provisionnement (cotisations) appropriés pour le régime des policiers et des pompiers depuis sa création en 2013 et si une dispense de l'ARC relative à ces cotisations est nécessaire; et (ii) de refaire les rapports d'évaluation actuarielle annuels pour les années 2013 à aujourd'hui et de les soumettre à la surintendante;
- c) a rejeté le rapport d'évaluation actuarielle révisé pour l'année 2016 déposé par la Ville en qualité d'administratrice du régime en décembre 2017 et a ordonné qu'un rapport révisé soit soumis à la surintendante.

II. Questions en litige en appel

[32] Selon les moyens d'appel avancés par la Ville et la surintendante, le Tribunal a commis une erreur :

- 1) en tenant une audience *de novo*, en décidant qu'il n'y avait pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision de la surintendante et en l'examinant au regard de la norme de la décision correcte;
- 2) en soulevant, de sa propre initiative, la question du droit de la surintendante de participer à l'appel des syndicats devant le Tribunal et en ne décidant pas que, par application de l'art. 75 de la *Loi*, ses droits de participation étaient illimités;
- 3) en rejetant la prétention de la Ville selon laquelle les syndicats n'avaient pas valablement soulevé, comme moyen d'appel, l'affirmation selon laquelle

Mercer était en conflit d'intérêts et avait agi en violation de l'obligation que lui impose le par. 17(3);

- 4) en formant l'opinion selon laquelle il y avait des motifs raisonnables et probables de croire à l'existence d'une ou de plusieurs des circonstances énumérées au par. 72(2) (ce qui habilitait le Tribunal à rendre une ordonnance en vertu du par. 72(1)), le Tribunal :
 - a) ayant conclu à tort que, pour l'application du par. 18(3), Mercer était une « représentante » de l'administratrice du régime et que, par conséquent, elle était soumise aux mêmes normes (en matière de conflits d'intérêts) que celles qui sont applicables au membre d'une commission (c'est-à-dire un administrateur), par application du par. 17(3);
 - b) ayant mal interprété et mal appliqué la « doctrine des deux chapeaux » en concluant que Jane Blakely (la conseillère juridique de la Ville en matière de travail, d'emploi et de pensions), en sa qualité de membre de la Commission des pensions, était en situation de conflit d'intérêts, en violation de l'art. 17;
 - c) ayant conclu de façon injustifiée qu'il était vraisemblable qu'il y aurait une insuffisance de fonds disponibles pour verser les pensions et les prestations ainsi qu'il est prévu à l'al. 72(2)h) (parce que le régime était dispensé de l'obligation d'effectuer des paiements spéciaux de solvabilité par application de l'art. 42.1 du Règlement 91-195);
 - d) ayant conclu à tort que l'art. 72 impose à la surintendante des responsabilités de type fiduciaire pour veiller aux intérêts supérieurs des participants au régime lorsqu'elle approuve (i) des modifications à un régime de pension qui fixent les taux de cotisation au régime, et (ii) les taux d'actualisation dans les rapports d'évaluation actuarielle;

- 5) en concluant que la compétence de la surintendante pour rendre des ordonnances au titre de l'art. 72 s'étend à la capacité d'exiger que l'administrateur du régime retienne les services d'un actuaire indépendant et d'exiger que cet actuaire, lorsqu'il agit dans le cadre de la mise en œuvre de l'ordonnance du Tribunal, détermine si une dispense de l'ARC pour les cotisations supérieures à 9 % est nécessaire ou possible.

III. Contexte

A. *La décision de la Ville de convertir l'ancien régime en un régime à risques partagés*

[33] Avant la répartition de l'ancien régime, la Ville maintenait un seul régime de pension à prestations déterminées pour tous les salariés. Ce régime avait été établi par arrêté municipal et était administré par une commission d'administration.

[34] Les conventions collectives entre la Ville et les syndicats prévoient que le membre du syndicat qui a accompli 25 années de service (ou dont la somme de l'âge et des années de service est égale à 75) est admissible à la retraite avec une pension intégrale. Le libellé des conventions collectives actuelles des syndicats est essentiellement le même. Les syndicats font remarquer que leurs membres cotisent généralement davantage au régime de pension que les autres salariés de la Ville parce qu'ils prennent généralement leur retraite plus tôt. La convention collective applicable aux policiers prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

22.01 Les parties conviennent qu'un agent de police qui a accompli 25 années de service ou dont la somme de l'âge et des années de service est égale ou supérieure à 75 sera admissible à la retraite avec une pension intégrale.

Le service désigne les années ou fractions d'années d'emploi en tant qu'agent de police à la Ville de Fredericton.

Le coût supplémentaire afférent à la présente disposition est partagé en parts égales entre l'employeur et le salarié, jusqu'à concurrence du maximum autorisé par la Loi de l'impôt sur le revenu.

22.02 L'employeur donnera au syndicat un préavis écrit de 30 jours de toutes les modifications qu'il entend apporter aux conditions du régime de pension de la Ville de Fredericton. L'employeur et le syndicat entameront des discussions sérieuses en vue de tenter de résoudre leurs différends. À la fin de la période de préavis de 30 jours, l'employeur pourra procéder à la mise en œuvre des modifications.

[C'est moi qui souligne.]

[35] Les déficits chroniques qu'accusait l'ancien régime ont incité la Ville à effectuer des modifications. En 2011, la Ville a adopté une modification à l'arrêté sur les régimes de pension, cette modification portant notamment augmentation des cotisations au régime, réduction de l'indexation et changement de la définition du terme « gains ouvrant droit à pension ». En réponse, l'Association des policiers a déposé une plainte pour pratique déloyale de travail auprès de la Commission du travail et de l'emploi du Nouveau-Brunswick. La Fire Fighters Association a pareillement déposé une plainte. En septembre 2011, la Commission du travail et de l'emploi a conclu que la Ville avait violé la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, et a rendu une ordonnance lui interdisant d'apporter des modifications jusqu'à ce que les plaintes soient résolues ou réglées par voie d'arbitrage.

[36] En octobre 2012, la Ville a fait savoir que le déficit de capitalisation qu'accusait l'ancien régime avait augmenté et une série de réunions ont eu lieu en vue de commencer à examiner des solutions possibles, y compris la possibilité de passer à un régime à « risques partagés ». La *Loi sur les prestations de pension* avait été récemment modifiée, en 2012, pour prévoir des régimes à risques partagés. En janvier 2013, les représentants de la Ville ont présenté un projet de protocole d'entente concernant la conversion de l'ancien régime en un régime à risques partagés. Les syndicats n'ont pas accepté le protocole d'entente et se sont opposés à la modification.

[37] Le 18 mars 2013, le conseil municipal a approuvé la conversion du régime conformément au protocole d'entente, qui avait été accepté par les autres salariés de la Ville, y compris ceux représentés par quatre syndicats. Le même jour, l'Association des policiers a déposé une plainte auprès de la Commission du travail et de l'emploi. Deux jours plus tard, la Fire Fighters Association a également déposé une plainte pour pratique déloyale de travail. Les deux syndicats ont demandé une ordonnance provisoire interdisant la conversion envisagée en attendant que leurs plaintes soient tranchées.

[38] Le 19 mars 2013, la Ville a envoyé une lettre à la surintendante des pensions l'informant de son intention de convertir l'ancien régime le 31 mars 2013. Semblerait-il que la Ville ait fait valoir, du moins au début, que l'ancien régime pouvait être converti malgré l'opposition des syndicats.

[39] Devant la Commission du travail et de l'emploi, les syndicats ont soutenu que la modification proposée par la Ville était contraire aux décisions rendues par la Commission en 2012. Ils ont également affirmé qu'il s'agissait d'une modification importante de leurs conditions d'emploi et qu'elle devait donc faire dûment l'objet de négociations dans le cadre de leurs conventions collectives, à défaut de quoi la question pouvait être tranchée par un conseil d'arbitrage de différends. La Commission du travail et de l'emploi a rendu une ordonnance provisoire interdisant la conversion de l'ancien régime en ce qui concerne les syndicats.

B. *La répartition de l'ancien régime en deux régimes*

[40] À la suite des décisions de la Commission du travail et de l'emploi, la Ville a décidé d'exclure les membres des syndicats de son plan de conversion de l'ancien régime en un régime à risques partagés et elle a décidé 1) d'établir un nouveau régime de pension à prestations déterminées pour les salariés policiers et pompiers; 2) de transférer les éléments d'actif et les éléments de passif se rapportant à ces salariés de l'ancien régime au nouveau régime des policiers et des pompiers à compter du 31 mars 2013; et 3) de convertir l'ancien régime en un régime à risques partagés pour tous les autres salariés.

[41] La Ville a établi le régime des policiers et des pompiers par arrêté municipal intitulé « *Un arrêté portant prorogation du régime de retraite du personnel municipal visé de Fredericton* ». Il prévoyait que le régime serait administré par une « commission d'administration » (la Commission des pensions), composée de membres désignés par la Ville et les syndicats. Depuis sa création, la Commission des pensions est composée de cinq membres désignés par la Ville et de cinq membres désignés par les syndicats (dont un retraité). Au nombre des membres désignés par la Ville en 2016/2017 figuraient trois conseillers municipaux et deux représentants municipaux. Les dispositions pertinentes de cet arrêté sont les suivantes :

<p>2.2.4 “<u>Actuary</u>” means a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries, or a firm of actuaries, at least one of whose members is a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries, <u>appointed by the Administrator to provide the actuarial services required under the Plan.</u></p>	<p>2.2.4 « <u>actuaire</u> » Fellow de l’Institut canadien des actuaires, ou cabinet d’actuaires dont au moins un membre possède cette qualité, <u>désigné par l’administrateur pour fournir les services actuariels qu’exige le régime.</u></p>
--	---

<p>2.2.5 “<u>Administrator</u>” means the Board of Administrators, as described in Section 10.6.</p>	<p>2.2.5 « <u>administrateur</u> » La Commission d’administration décrite au sous-article 10.6.</p>
---	--

4. CONTRIBUTIONS

4. COTISATIONS

4.1 Member Contributions

4.1 Cotisations de salarié

4.1.1 (i) Members of UBJC 911 shall contribute by payroll deduction as follows:

4.1.1 (i) Les membres de la section UBJC 911 cotiseront, au moyen de retenues salariales, comme suit :

[see below]

[voir ci-dessous]

(ii) Members of IAFF 1053 shall contribute by payroll deduction as follows:

(ii) les membres de la section IAFF 1053 cotiseront, au moyen de retenues salariales, comme suit :

[see below]

[voir ci-dessous]

4.2 *Employer Contributions*

4.2.1 The Employer shall contribute an amount which is equal to the Members' contributions, as described under subsection 4.1.

4.2.2 If, on the advice of the Actuary, the contributions described in paragraphs 4.1.1 and 4.2.1 are insufficient to fund the benefits accruing in the Plan Year, and to provide at least the minimum funding, as required by Applicable Provincial Legislation, of any unfunded actuarial liability or solvency deficiency that may exist, then the Administrator may increase the contributions under paragraphs 4.1.1 and 4.2.1 so that contributions are sufficient.

4.2.4 If:

- (i) on the advice of the Actuary, and taking into account any funding excess that may exist, the contributions described in paragraphs 4.1.1 and 4.2.1 are more than sufficient to fund the benefits accruing in the Plan Year, and provide at least the minimum funding, as required by Applicable Provincial Legislation, of any unfunded actuarial liability or solvency deficiency that may exist;

or

- (ii) the contributions described in paragraphs 4.1.1 and 4.2.1 would not be eligible contributions under the *Income Tax Act*,

4.2 *Cotisations d'employeur*

4.2.1 L'employeur verse des cotisations égales aux cotisations de salarié prévues au sous-article 4.1.

4.2.2 Si, de l'avis de l'actuaire, les cotisations prévues aux paragraphes 4.1.1 et 4.2.1 sont insuffisantes pour couvrir les prestations constituées dans l'année du régime et assurer au moins la capitalisation minimale qu'exige la législation provinciale applicable pour couvrir tout déficit actuariel ou de solvabilité, l'administrateur peut augmenter les cotisations prévues auxdits paragraphes de manière qu'elles deviennent suffisantes à ces fins.

4.2.3 Si :

- (i) lorsque, de l'avis de l'actuaire, ces cotisations, compte tenu de tout excédent de capitalisation, sont plus que suffisantes pour couvrir les prestations constituées dans l'année du régime et assurer au moins la capitalisation minimale qu'exige la législation provinciale applicable pour couvrir tout déficit actuariel ou de solvabilités;

ou

- (ii) lorsque ces cotisations ne seraient pas admissibles aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

then the Administrator may decrease the contributions under paragraphs 4.1.1 and 4.2.1 so that these contributions are eligible contributions under the *Income Tax Act* and still meet the minimum funding requirements under the Applicable Provincial Legislation.

l'administrateur pourrait alors réduire les cotisations en vertu des paragraphes 4.1.1 et 4.2.1 de sorte que ces cotisations soient admissibles aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'elles respectent encore les exigences minimales de capitalisation et vertu de la législation provinciale applicable.

10 ADMINISTRATION

10 ADMINISTRATION

10.2 Administrative Duties

10.2 Fonctions administratives

10.2.1 The Administrator shall make reasonable efforts to ensure that the Plan and the Pension Fund are administered in accordance with Applicable Provincial Legislation and the *Income Tax Act*.

10.2.1 L'administrateur déploie des efforts raisonnables afin de s'assurer que le régime et la caisse de retraite sont administrés en conformité avec la législation provinciale applicable et la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

11.1 Right to Amend or Terminate

11.1 Droit de modification et d'abolition

11.1.1 This Plan is established as a continuing policy, but the Employer reserves the right to amend, alter, modify, or terminate the Plan, either in whole or in part, without the consent of any other person, provided that such amendment, alteration, modification, or termination is not contrary to applicable Provincial Legislation, the *Income Tax Act*, or any other applicable law.

11.1.1 Le régime est en principe permanent, mais l'employeur se réserve le droit de le modifier ou de l'abolir en tout ou en partie à sa seule initiative, sous réserve de la législation provinciale applicable, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de toute autre loi applicable.

11.2 No Reduction of Benefits

11.2 Irréductibilité conditionnelle des prestations

11.2.1 No amendment, alteration, modification, termination, or partial termination of the Plan shall reduce the amount of benefits to which the Members, Former Members, Retired Members, their Spouses,

11.2.1 La modification ou l'abolition totale ou partielle du régime ne peut avoir pour effet de réduire le montant des prestations constituées à cette date auxquelles ont droit les participants, anciens participants, participants

and their Beneficiaries are entitled under the Plan up to the date of such amendment, alteration, modification, termination, or partial termination, and with respect to which the required contributions have been made. [Emphasis added.]

retraités, ainsi que leurs conjoints ou leurs bénéficiaires, et à l'égard desquelles les cotisations obligatoires ont été versées.

[Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[42] L'article 4.1.1 de l'arrêté fixe les taux de cotisation pour les policiers et les pompiers participant au régime. Au 31 mars 2013, l'arrêté prévoyait que les taux étaient les suivants :

- **Pour les pompiers :** 9,59 % des gains ouvrant droit à pension inférieurs à 5 000 \$, plus 11,19 % des gains supérieurs à 5 000 \$;
- **Pour les policiers :** 9,54 % des gains ouvrant droit à pension inférieurs à 5 000 \$, plus 11,14 % des gains supérieurs à 5 000 \$.

[43] Ces taux, d'environ 11 %, sont une continuation des taux de cotisation qui existaient sous l'ancien régime. En application de l'art. 4.2.1, la Ville verse une cotisation équivalente, pour un total d'environ 22 % des gains ouvrant droit à pension. Les cotisations ont été maintenues à ce taux jusqu'à ce que la Ville demande l'autorisation de modifier l'arrêté en août 2017. Le Tribunal a conclu que la surintendante aurait dû rejeter cette modification, qui prévoyait des taux moins élevés s'appliquant rétroactivement, à partir de 2013.

[44] Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, la Ville a retenu les services de Mercer pour l'aider à répartir l'ancien régime et, en novembre 2013, elle a préparé le Rapport sur la répartition des éléments d'actif. En décembre 2013, la Ville a présenté un résumé de ce rapport aux syndicats. Bien que Mercer ait par la suite préparé et déposé les rapports annuels en qualité d'actuaire du régime des policiers et des pompiers, elle n'a jamais été officiellement désignée par la Commission des pensions.

[45] Je signale en passant que, pour combler le déficit qui avait continué de s'accumuler depuis l'ancien régime, la Ville a modifié le régime des policiers et des pompiers au 1^{er} janvier 2014 pour supprimer l'indexation post-retraite des prestations constituées après le 1^{er} janvier 2014. Comme nous l'avons indiqué, à la réunion de la Commission des pensions qui a eu lieu le 17 mars 2017, M. Sullivan a proposé de rétablir l'indexation, comme solution de rechange possible à la réduction rétroactive des cotisations versées entre 2013 et 2016 et au remboursement du trop-payé.

[46] Le 26 février 2014, malgré les préoccupations des syndicats concernant la proposition de transfert des éléments d'actif, la Ville a demandé à la surintendante d'approuver la répartition de l'ancien régime comme le proposait le rapport de Mercer. En novembre 2014, la surintendante a donné son consentement et les syndicats ont interjeté appel.

C. *La première décision du Tribunal*

[47] Dans l'appel interjeté devant notre Cour, les syndicats soutiennent que la première décision du Tribunal vient conforter leur allégation actuelle selon laquelle Mercer a été retenue par la Ville et reçoit des instructions de la Ville depuis un certain temps, séparément de la Commission des pensions, contrairement aux intérêts des participants au régime des policiers et des pompiers et contrairement tant à la *Loi* qu'à l'arrêté. Ils relèvent que, alors qu'elle était membre de la Commission des pensions, Jane Blakely a agi comme avocate de la Ville devant le Tribunal en 2016, et elle a donné des directives à Mercer depuis lors, de pair avec Tina Tapley, la trésorière de la Ville (et fiduciaire du régime à risques partagés). En 2014, M^{me} Blakely, la directrice de l'orientation stratégique et des services de consultation de la Ville et membre praticienne du Barreau, a été nommée, par résolution du conseil municipal, pour [TRADUCTION] « donner des conseils ou des avis juridiques, ou les deux à » la Ville « sur des questions relatives au travail, à l'emploi et aux pensions ».

[48] La première décision du Tribunal explique que l'appel des syndicats s'est déroulé par voie d'audience *de novo* et que la surintendante, qui était partie à l'appel par

application du par. 75(1) n'avait pas pris « position à l'égard du fondement [de l'appel des syndicats], sauf pour donner une explication du contexte dans lequel elle a pris la décision et pour attirer l'attention du Tribunal sur son domaine de compétence spécialisé et son expertise en droit des pensions » (la première décision du Tribunal, au par. 13).

[49] Comme nous l'avons relevé, selon les syndicats, l'emploi de la méthode de répartition fondée sur une évaluation sur une base de permanence avait conduit Mercer à recommander une répartition inéquitable des éléments d'actif de l'ancien régime, répartition qui favorisait le régime à risques partagés et tous les autres salariés municipaux. Les syndicats ont soutenu que la répartition devrait être effectuée sur le fondement de la méthode de répartition fondée sur une évaluation de solvabilité, les deux régimes ayant le même indice de transfert au moment de la répartition. La Ville a soutenu que la méthode de répartition fondée sur une évaluation sur une base de permanence convenait puisque les deux régimes bénéficiaient d'une dispense de cotiser relativement à un déficit de solvabilité et étaient, par conséquent, capitalisés annuellement sur une base de permanence.

[50] Brendan George, de George & Bell Consulting, un actuare, a été reconnu comme expert par le Tribunal, et son rapport a été présenté en preuve sur consentement. Un représentant de Mercer n'a pas été appelé comme témoin. Le Tribunal a résumé ainsi le témoignage de M. George concernant les différentes méthodes d'évaluation :

[TRADUCTION]

M. George a expliqué qu'une évaluation sur une base de permanence sert habituellement à déterminer les cotisations qui devraient être versées dans un fonds de pension pour financer les prestations. L'actuaire qui utilise cette méthode fait certaines hypothèses puis formule des recommandations au promoteur du régime sur la cotisation appropriée qui devrait être versée dans le régime pour financer les prestations sur une longue période [...]

[...]

M. George a témoigné que l'évaluation de solvabilité calcule l'actif et le passif du régime de pension s'il était liquidé à la date du rapport. Selon M. George, pour

déterminer le passif, il faut déterminer le paiement intégral aux participants au régime de pension à cette date. Les participants actifs recevraient la valeur de transfert en un paiement forfaitaire (dont le calcul est défini) et habituellement une rente serait achetée pour les retraités. M. George a expliqué que, lorsqu'on divise les éléments d'actif par le passif à la liquidation, on obtient l'indice de transfert.

[Décision du Tribunal, 9 mars 2016, par. 73 et 75]

[51] Le Tribunal a relevé que M. George avait témoigné que, dans une répartition fondée sur une évaluation de solvabilité, « la subjectivité et l'appréciation n'ont vraiment pas leur place [...] puisque les hypothèses, dans ce cas, sont prescrites par la législation et les normes actuarielles établies par l'Institut canadien des actuaires » (par. 94), alors que la méthode de répartition fondée sur une évaluation sur une base de permanence « est fondée sur des hypothèses qui relèvent de l'appréciation de l'actuaire et qui sont ainsi plutôt subjectives » (par. 93). S'agissant de la subjectivité associée à la méthode de répartition fondée sur une évaluation sur une base de permanence, le Tribunal a également mentionné l'autre préoccupation exprimée par M. George, soit le fait que la Ville ne s'était fiée qu'à un seul actuaire. Le Tribunal a expliqué :

[...] Le calcul du transfert des éléments d'actif a été effectué par un seul cabinet d'actuaires agissant sous les directives de la ville, et aucun cabinet d'actuaires ne représentait les intérêts du régime des policiers et des pompiers. Selon M. George, dans chaque transfert auquel il a participé qui a été effectué sur le fondement de la méthode de répartition fondée sur une évaluation sur une base de permanence, il y avait deux actuaires, un pour chaque régime, ce qui assurait un processus de négociation dans lequel les intérêts des participants aux deux régimes étaient représentés.

[Décision du Tribunal, 9 mars 2016, par. 95]

[C'est moi qui souligne.]

[52] En résumant les motifs pour lesquels il avait rejeté l'approche de Mercer, laquelle avait été acceptée par la surintendante, le Tribunal a déclaré :

À notre sens, saisie d'une demande de transfert d'éléments d'actif, la surintendante des pensions ne peut s'acquitter de son obligation découlant de la *Loi sur les prestations de*

pension sans avoir les résultats à la fois des calculs effectués selon la méthode de répartition fondée sur une évaluation sur une base de permanence et des calculs effectués selon la méthode de répartition fondée sur une évaluation de solvabilité. Sans ces résultats, la surintendante des pensions ne peut déterminer ce qui protège le mieux les prestations des participants aux régimes.

Nous sommes d'avis que la différence de 9 % dans l'indice de transfert des éléments d'actif entre le régime des policiers et des pompiers et le régime de la ville aurait dû inciter la surintendante des pensions à enquêter davantage sur cette demande.

À l'audience, on a laissé entendre que, saisie d'une demande de consentement à un transfert d'éléments d'actif, la seule chose que la surintendante peut faire est de l'accorder ou de le refuser.

Selon nous, cette position est trop simpliste. À la lumière de la différence de 9 % dans l'indice de transfert des éléments d'actif indiquée dans l'évaluation de solvabilité effectuée dans le rapport Mercer, la surintendante aurait pu prendre l'une des mesures qui suivent, lesquelles sont toutes accessoires à son pouvoir d'accorder ou de refuser le consentement :

- proposer que les services d'un deuxième cabinet d'actuaire soient retenus, tel est habituellement le cas lorsque la répartition fondée sur une évaluation sur une base de permanence est employée, pour voir aux freins et contreponds entre les deux régimes. Cela aurait assuré que les intérêts des policiers et des pompiers soient représentés. Nous le répétons, nous considérons qu'il s'agit d'un pouvoir accessoire à son pouvoir d'accorder ou de refuser le consentement;
- demander un complément d'information;
- proposer que les calculs soient effectués selon la méthode de répartition fondée sur une évaluation de solvabilité pour lui permettre de comparer les chiffres ainsi obtenus avec ceux obtenus selon la méthode de répartition fondée sur une évaluation sur une base de permanence indiqués dans le rapport Mercer.

À notre avis, la méthode de répartition fondée sur une évaluation de solvabilité protège clairement les intérêts des participants aux deux régimes puisqu'ils gardent le même indice de transfert pour les nouveaux régimes que pour l'ancien régime. Selon nous, un indice de transfert équivalent assure équitablement la protection des prestations des participants aux deux régimes.

[Décision du Tribunal, 9 mars 2016, par. 110 à 114]

[C'est moi qui souligne.]

[53] Pour ces motifs, le Tribunal a ordonné que l'ancien régime soit réparti selon la méthode de répartition fondée sur une évaluation de solvabilité. La motion de la Ville en vue d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel devant notre Cour a été accordée en mai 2016 et, bien que le conseil des fiduciaires du régime à risques partagés n'ait pas été partie à l'instance devant le Tribunal, autorisation lui a également été accordée d'interjeter appel.

[54] Avant de passer à l'examen de la décision de la Ville de retirer son appel et de la proposition de réduire rétroactivement les cotisations au régime des policiers et des pompiers, je tiens à souligner que, quelques mois seulement avant d'en aviser la surintendante, le conseil municipal avait adopté une résolution (le 12 septembre 2016) chargeant la Commission des pensions d'élaborer une politique de capitalisation qui éviterait d'augmenter les cotisations au régime au-delà de 11 % (environ), soit le niveau qui existait sous l'ancien régime et qui avait été maintenu par la suite, jusqu'au moment de la motion du conseil :

[TRADUCTION]

[...] QUE le Conseil ordonne au personnel municipal de travailler avec la Commission des pensions au sujet de l'Arrêté n° A-13, afin d'élaborer une politique de capitalisation pour le régime à prestations déterminées des policiers et des pompiers en vue d'atteindre les objectifs suivants :

- Aucune augmentation de la cotisation de la Ville au régime à prestations déterminées des policiers et des pompiers au-delà de son niveau au 31 mars 2013. [...]

[C'est moi qui souligne.]

D. *Mesures donnant lieu aux plaintes déposées par les syndicats auprès de la surintendante*

[55] En décembre 2016, la Ville a décidé de retirer son appel et de mettre en œuvre la première décision du Tribunal.

[56] Au début de décembre 2016, Mercer a demandé à la surintendante une prolongation du délai pour déposer les rapports actuariels du régime pour les années 2015 et 2016. Elle a expliqué que cela était nécessaire en raison de [TRADUCTION] « l'incertitude concernant la répartition des éléments d'actif » causée par la première décision du Tribunal et les appels en cours. Toutefois, Mercer a également indiqué qu'elle s'attendait à ce que cette [TRADUCTION] « incertitude concernant la répartition des éléments d'actif soit résolue très prochainement et nous vous écrivons sous peu au sujet de la solution que nous proposons à cet égard ».

[57] Dans une lettre datée du 20 décembre 2016, Mercer a informé la surintendante que la [TRADUCTION] « Ville estim[ait] que l'intérêt supérieur des deux régimes (et de ses salariés) commandait maintenant de s'efforcer de mettre en œuvre la décision du Tribunal » et d'[TRADUCTION] « expliquer la démarche que nous proposons d'adopter » pour ce faire. Mercer a également indiqué que les appels seraient retirés.

[58] En raison de ce changement dans la position de la Ville, Mercer a expliqué qu'il serait nécessaire de refaire le Rapport sur la répartition des éléments d'actif au 31 mars 2013. Elle a également expliqué que l'augmentation de la capitalisation initiale du régime au 31 mars 2013 signifiait que les exigences en matière de cotisation minimale annuelle à partir de 2013 seraient réduites :

[TRADUCTION]

Si l'on utilise la méthode de l'évaluation de solvabilité lorsque le régime des pompiers et des policiers a été initialement instauré, le coefficient de capitalisation initial du régime des policiers et des pompiers sera plus élevé. II

en résultera que toutes les évaluations actuarielles ultérieures afficheront maintenant un coefficient de capitalisation plus élevé et les cotisations minimales des salariés et de l'employeur seront moindres étant donné que les exigences en matière de cotisation sont moindres. Il convient de noter que les cotisations totales requises au régime des pompiers et des policiers sont réparties en parts égales entre la Ville et les salariés.

Nous proposons que les mesures suivantes soient prises pour mettre en œuvre la décision du Tribunal en ce qui concerne le régime des pompiers et des policiers[.]

[C'est moi qui souligne.]

[59] En énumérant les étapes nécessaires à la [TRADUCTION] « mise en œuvre de la décision du Tribunal », Mercer a informé la surintendante que [TRADUCTION] « les cotisations qui dépassent les taux de cotisation requis dans les nouveaux rapports actuariels [qui seront] déposés pour les années 2013, 2014 et 2015 seront remboursées aux salariés ». Les étapes énoncées par Mercer sont (quoique dans un ordre différent) :

1. Recalculer la répartition de l'ancien régime et déposer un nouveau Rapport sur la répartition des éléments d'actif en date du 31 mars 2013;
2. Répartir physiquement les éléments d'actif entre les deux régimes à la [TRADUCTION] « date de transfert des éléments d'actif », « Mercer, au nom du régime des pompiers et des policiers, et Morneau Shepell, au nom du régime à risques partagés, attestant de la valeur des éléments d'actif à répartir » selon la méthode de l'évaluation de solvabilité en date du 31 mars 2013;
3. Déposer à nouveau le [TRADUCTION] « texte du régime » au 1^{er} avril 2013, qui prévoit des montants de cotisation moins élevés pour les années 2013, 2014 et 2015 (en d'autres termes, déposer une modification à l'arrêté municipal sur les régimes de pension réduisant rétroactivement les

taux de cotisation pour ces années), lesquels, selon les [TRADUCTION] « estimations initiales » de Mercer, seraient réduits à :

- a) 10,19 % des gains ouvrant droit à pension du 1^{er} avril 2013 au 31 mars 2014,
 - b) 9,30 % des gains ouvrant droit à pension du 1^{er} avril 2014 au 31 mars 2015,
 - c) 9,57 % des gains ouvrant droit à pension à compter du 1^{er} avril 2015;
4. Déposer (i) des rapports d'évaluation actuarielle *révisés* pour les années 2013 et 2014, et (ii) un rapport actuariel *initial* pour l'année 2015 (le rapport pour l'année 2015 serait déposé plus tard, avant la mise en œuvre de ce [TRADUCTION] « plan », en juillet 2017);
 5. Rembourser aux salariés les cotisations versées en sus de ce qui était requis.

[60] Bien que la lettre indique qu'il était possible qu'un remboursement soit effectué, en raison des 5 500 000 \$ supplémentaires, Mercer n'indique pas que ce remboursement était nécessaire ou requis et, comme nous l'avons déjà indiqué, les syndicats contestent l'idée qu'un remboursement était nécessaire ou relevait de l'intérêt supérieur du régime des policiers et des pompiers. De plus, bien que cela ne soit pas expressément souligné dans la lettre de Mercer adressée à la surintendante, tout remboursement de cotisations serait réparti également entre les salariés et la Ville.

[61] Mercer a fait savoir à la surintendante que la proposition de répartir physiquement les éléments d'actif était prévue pour le 31 janvier 2017, et elle lui a demandé de répondre à la proposition avant cette date. Mercer a indiqué que, si elle n'était saisie d'aucune doléance d'ici là, elle procéderait à la mise en œuvre de [TRADUCTION] « la solution que nous proposons ». Aucune de ces étapes ne serait achevée avant juillet 2017.

[62] Bien que la lettre de Mercer laisse entendre qu'elle représente le régime des policiers et des pompiers et qu'elle est l'actuaire de ce régime, elle n'indique pas expressément de qui elle recevait ses instructions ni ne fait de distinction entre le régime des policiers et des pompiers, représenté par la Commission des pensions, et la Ville. La lettre s'ouvre ainsi :

[TRADUCTION]

La présente a pour but de vous informer de la démarche que nous avons l'intention d'adopter concernant le transfert des éléments d'actif du [régime à risques partagés] au [régime des pompiers et des policiers]. Nous décrivons plus loin l'approche que nous proposons d'adopter pour mettre en œuvre la décision du Tribunal, mais avant de le faire, nous estimons qu'il est utile de rappeler comment la Ville en est arrivée à la position dans laquelle elle se trouve en ce qui concerne ses régimes de pension.

[C'est moi qui souligne.]

[63] Mercer a informé la surintendante qu'elle avait l'intention d'attester de la valeur de la répartition de l'ancien régime, pour le compte du régime des policiers et des pompiers. Elle a terminé la lettre en indiquant que le plan proposé pour la mise en œuvre de la première décision du Tribunal avait été discuté avec la Ville et Morneau Shepell (l'actuaire du régime à risques partagés, et accepté par elles), laissant implicitement entendre à la surintendante que la démarche décrite était acceptable pour toutes les parties. Cependant, bien que la lettre indique que copie avait été envoyée à la Ville et à Morneau Shepell, rien n'indique que copie ait été envoyée à la Commission des pensions ou à toute autre partie associée au régime des policiers et des pompiers.

[64] Les syndicats affirment n'avoir pris connaissance de cette lettre que lorsqu'elle a été divulguée plus tard, non pas lorsque la surintendante a statué sur leurs plaintes de juillet 2017, mais plus tard encore, dans le cadre de la divulgation en réponse à l'appel interjeté contre sa décision devant le Tribunal.

[65] Les syndicats soulignent que, malgré la communication avec la surintendante en décembre 2016 et en janvier 2017, le procès-verbal de la réunion de la

Commission des pensions tenue en janvier 2017 n'indique pas qu'il y avait eu un avis ou une discussion concernant le changement de la position de la Ville relativement à son appel contre la première décision du Tribunal ou le plan présenté par Mercer relativement à la réduction rétroactive envisagée des taux de cotisation aux régimes (et le remboursement des cotisations).

[66] Les syndicats soutiennent que la communication de Mercer avec la surintendante sur les instructions de la Ville est une preuve incontestable que Mercer suivait les instructions de la Ville, à l'insu de la Commission des pensions, et qu'elle a continué de manière inacceptable à le faire même après la présentation du plan à la Commission en mars 2017. Comme le Tribunal l'a indiqué dans sa décision, les instructions données par la Ville à Mercer portaient notamment sur l'approbation de la présentation que Mercer devait faire à la Commission en mars 2017 et la proposition de modifications à celle-ci.

[67] La présentation de Mercer à la Commission des pensions a été faite lors d'une réunion d'[TRADUCTION] « urgence » de la Commission tenue le 17 mars 2017. Comme on pouvait s'y attendre, lors de cette réunion, la décision de répartir l'ancien régime comme le prescrivait la première décision du Tribunal n'a posé aucun problème; toutefois, la proposition de réduire rétroactivement les cotisations entre 2013 et 2015 (et de rembourser le surplus) est devenue litigieuse. De même, l'avis de Mercer selon lequel les cotisations au régime devraient être plafonnées à 9 % à compter de 2016, soit le même taux de cotisation que celui établi pour le régime à risques partagés, est également devenu litigieux. C'était particulièrement le cas après que la Commission eut été informée que la Ville prévoyait de transférer sa part du remboursement des cotisations au régime à risques partagés. Bien que le dossier n'indique pas le montant qui devait être remboursé, il a été affirmé à l'époque que la Ville recevrait un remboursement d'environ 1 000 000 \$. Si cela était exact, le montant total remboursé du régime des policiers et des pompiers serait d'environ 2 000 000 \$. De plus, il a été reconnu que la réduction à 9 % réduirait les cotisations au régime de 700 000 \$ par année.

[68] L'ordre du jour distribué avant cette réunion mentionnait deux points :
1) une mise à jour concernant la répartition des éléments d'actif de l'ancien régime; et
2) un examen des résultats actuariels pour l'année 2016. Il indiquait que Mercer interviendrait sur ces deux points. Aucune information concernant ces questions n'a été fournie à l'avance. La proposition de réduire rétroactivement les cotisations a été abordée dans le cadre de la répartition de l'ancien régime en 2013. En ce qui concerne cette répartition des éléments d'actif, le procès-verbal de la Commission fait état de ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le promoteur du régime a reçu l'ordre d'utiliser la méthode fondée sur une évaluation de solvabilité pour répartir les éléments d'actif entre le régime des policiers et des pompiers et le régime à risques partagés. Tous les calculs effectués dans le cadre des évaluations depuis 2013 doivent être refaits. Depuis la répartition des éléments d'actif, le déficit recalculé pour l'année 2015 est de 6,2 millions de dollars.

Les taux de cotisation sont plus élevés que nécessaire. À l'avenir, le taux de cotisation doit être réduit. Chaque participant au régime recevra le remboursement de ses cotisations excédentaires.

Blair Sullivan a demandé pourquoi nous rembourserions les cotisations et ne rétablirions pas l'indexation.

David a répondu que l'ARC limitait les cotisations et que l'ancien régime était dispensé de cette règle. Une nouvelle renonciation à l'application de cette règle devrait être obtenue pour toute cotisation supérieure à 9 %. Si le régime à prestations déterminées est maintenant considéré comme un nouveau régime, il ne répond pas au critère. Les cotisations ne peuvent pas représenter plus de la moitié des prestations. Pour bénéficier de la dispense, le régime doit répondre à ces exigences, mais ce n'est pas le cas. Essentiellement, nous ramenons le régime au point de départ parce que les éléments d'actif ont changé.

[Volume 9, p. 2770 et 2771]

[Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[69] Dans son témoignage devant le Tribunal, Brendan George a adopté une position différente au sujet de la nécessité de réduire rétroactivement et de rembourser les cotisations à la suite de l'augmentation, d'une valeur de 5 500 000 \$, de la capitalisation initiale du régime des policiers et des pompiers au 1^{er} avril 2013. De plus, comme nous le verrons, même Mercer a exprimé l'avis que le remboursement des cotisations n'était pas préférable étant donné que le régime accusait un important déficit de solvabilité.

[70] Bien que le procès-verbal indique que la Commission avait été informée que les cotisations étaient plus élevées que nécessaire et que chaque participant au régime recevrait un remboursement, il n'indique pas qu'une demande a été faite en vue d'obtenir l'approbation du choix de cette option parmi plusieurs recommandations. Comme nous le verrons, une résolution serait présentée en vue de recommander à la Ville de modifier l'arrêté sur les régimes de pension afin de prévoir des taux de cotisation moins élevés pour les années 2013 à 2015 et à partir de 2016.

[71] Pour faire suite au deuxième point à l'ordre du jour, à savoir la présentation de Mercer concernant le rapport sur l'évaluation actuarielle aux fins du financement pour l'année 2016, les résolutions suivantes ont été adoptées :

[TRADUCTION]

1. Confirmer l'utilisation de l'hypothèse d'un taux d'actualisation de 6,2 % par an (ce qui implique une marge pour écarts défavorables de 0 % par an) pour la base de capitalisation courante en vue de l'évaluation actuarielle de la capitalisation au 1^{er} avril 2016).
2. Confirmer qu'à ce stade, il n'est pas prévu d'apporter de modifications aux prestations offertes par le régime.
3. Confirmer qu'à partir du 1^{er} avril 2016, les participants et la Ville verseront des cotisations à un taux fixe unique de 9 % des gains ouvrant droit à pension, lequel s'appliquera à tous les gains ouvrant droit à pension (sans aucune distinction entre les pompiers participants et les policiers participants et sans aucune distinction entre les gains ouvrant droit à pension jusqu'à concurrence des premiers 5 000 \$ et ceux qui dépassent cette somme).

[...]

5. Préparer et déposer, d'ici le 30 juin 2017, le rapport actuariel au 1^{er} avril 2016 pour le régime des policiers et des pompiers représentés par l'unité de négociation.
6. Recommander des modifications appropriées au texte des arrêtés municipaux afin de refléter les modifications convenues dans le cadre du processus d'évaluation actuarielle pour l'année 2016 **et de refléter les modifications nécessaires en raison de la nécessité de déposer à nouveau les évaluations actuarielles de la capitalisation pour les années 2013, 2014 et 2015.**
7. Rembourser les cotisations aux participants en conformité avec les exigences de l'ARC en ce qui concerne la période commençant le 1^{er} avril 2013 (instauration du régime) et jusqu'à la date de mise en œuvre des nouveaux taux de cotisation des salariés.

[Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[72] Tina Tapley, la trésorière de la Ville (et une fiduciaire du régime à risques partagés), a assisté à la réunion et, plus tard dans la journée, une note de service qu'elle a préparée a été envoyée aux syndicats pour leur donner avis (en conformité avec l'art. 11.1.1 de la convention collective) de l'intention de la Ville de modifier l'arrêté municipal sur les régimes de pension en vue de réduire rétroactivement les taux de cotisation pour les ramener des taux qui existaient depuis le 31 mars 2013 à 9 % à partir de 2016.

[73] Le lendemain, Blair Sullivan, un membre de la Commission désigné par l'un des syndicats, a soulevé un certain nombre de préoccupations d'ordre procédural et de fond auprès de John MacDermid, le président de la Commission des pensions (et conseiller municipal) concernant la présentation de Mercer et a cherché à convoquer une autre réunion d'urgence de la Commission. En réponse à la demande des représentants de la Ville sollicitant les observations de Mercer sur les questions soulevées par M. Sullivan, Mercer a reconnu la validité des préoccupations de M. Sullivan concernant la proposition de réduction rétroactive des cotisations (d'environ 700 000 \$ par an) et le taux de rendement estimatif de 6 % pour l'année 2016. Mercer a également formulé des observations sur l'incidence éventuelle de ces décisions sur la [TRADUCTION]

« possibilité [...] très réelle et probable » de devoir réduire les prestations dans [TRADUCTION] « un avenir relativement proche ».

[TRADUCTION]

Blair a également raison de souligner que la « nouvelle formule de provisionnement » ne peut guère résister aux fluctuations des marchés et dépend d'un taux de rendement annuel constant (soit au minimum 6 % par an). Il s'agit d'une préoccupation tout à fait légitime et cela résulte directement du fait que le régime offre des prestations de retraite parmi les plus généreuses au Canada et tente d'y arriver au moyen d'un taux de cotisation combiné de seulement 18 % des gains ouvrant droit à pension. Si le régime est maintenu en sa forme actuelle, la possibilité que les cotisations de l'employeur doivent augmenter à un certain moment dans un avenir relativement proche est très réelle et probable (à moins que nous assistions à une période soutenue de bons rendements ou à de fortes hausses des taux d'intérêt canadiens, ou aux deux).

Pour éviter une hausse des cotisations de l'employeur, il faudrait réduire les prestations futures.

[C'est moi qui souligne.]

[74] La communication de M. Sullivan a été suivie d'une lettre des syndicats adressée à la Ville en date du 31 mars 2017. Les syndicats alléguaient que les recommandations formulées dans le cadre de la présentation de Mercer à la Commission des pensions avaient été faites sur instruction de la Ville; ils affirmaient que la Commission exigeait un actuaire indépendant. Les préoccupations soulevées dans cette lettre sous-tendent les questions soulevées dans le présent appel. Elle s'ouvre en relevant que :

[TRADUCTION]

La décision du 17 mars 2017 recommande une réduction rétroactive des cotisations des pompiers et des policiers au 1^{er} avril 2013, ainsi qu'une augmentation du taux estimatif de rendement des placements malgré le fait que les rendements étaient inférieurs aux prévisions en 2016. Le processus qui a donné lieu à cette décision suscite également de graves préoccupations.

[75] S'agissant de ce que les syndicats considéraient comme une présentation inadéquate et trompeuse donnée le 17 mars 2017, la lettre indique :

[TRADUCTION]

Le représentant de Mercer a expliqué les recommandations qui ont fini par être approuvées à la réunion du 17 mars, la principale visant à ramener les cotisations au régime de pension (versées par les salariés et la Ville) de 11,14 % pour les policiers et 11,19 % pour les pompiers, à 9 % pour tous les salariés et 9 % pour la Ville. La réduction recommandée des cotisations était fondée sur l'avis de Mercer selon lequel l'Agence du revenu du Canada limitait le taux de cotisation maximal des salariés à 9 % des gains et qu'il était improbable que l'ARC accorde une dispense.

La présentation PowerPoint n'expliquait pas pourquoi les pompiers et les policiers ont historiquement payé des taux de cotisation plus élevés que les autres salariés de la Ville, ne mentionnait pas les dispositions de l'art. 18 de la convention collective de la section locale 911 et de l'art. 22.02 de la convention collective de la section locale 1053 qui font référence à des taux de cotisation plus élevés, et ne donnait aucune information sur la raison pour laquelle il était nécessaire d'obtenir une dispense alors que cela n'avait jamais été mentionné dans les évaluations antérieures de Mercer. En outre, aucun détail n'a été fourni pour expliquer pourquoi il était improbable que l'ARC accorde la dispense, étant donné que le régime des pompiers et des policiers demeurait sous-capitalisé, même avec les 5,5 millions de dollars supplémentaires, et que les taux de cotisation plus élevés étaient en vigueur depuis de nombreuses années.

[76] S'agissant de la conviction des syndicats selon laquelle Mercer avait reçu l'ordre de la Ville de s'occuper du remboursement prévu des cotisations (censé être d'environ 1 000 000 \$) et de réduire prospectivement les cotisations, ils ont déclaré :

[TRADUCTION]

Il est apparu clairement au cours de cette réunion qu'au moins un membre de la Commission des pensions, Jane Blakely, était déjà au courant des recommandations de Mercer. M^{me} Blakely a également informé les membres de la Commission des pensions que les économies d'environ un million de dollars que la Ville réaliserait grâce à la

réduction rétroactive du taux de cotisation seraient versées au régime à risques partagés.

Les membres de la Commission des pensions n'ont pas été informés de toutes les options qui s'offraient à eux et les recommandations de Mercer ont été présentées comme un fait acquis. M^{me} Tapley a informé les membres de la Commission des pensions que [TRADUCTION] « ceci n'est pas une négociation ».

[77] S'agissant de leurs préoccupations concernant les conflits d'intérêts de la part de représentants de la Ville et de Mercer, les syndicats ont déclaré :

[TRADUCTION]

Compte tenu de son rôle en qualité de fiduciaire du régime de pension à risques partagés et de son devoir fiducial envers les participants à ce régime, pourquoi Tina Tapley a-t-elle été autorisée à faire des observations à la Commission des pensions au sujet d'une décision qui aurait des répercussions sur les droits et prestations découlant du régime des pompiers et des policiers?

Compte tenu de son rôle d'avocate adverse dans les appels interjetés par les sections locales 1053 et 911 contre la décision de la surintendante des pensions de novembre 2014, de son rôle au soutien de la requête en autorisation d'appel de la décision du Tribunal présentée par la Ville et de son rôle de secrétaire du conseil des fiduciaires du régime à risques partagés, pourquoi Jane Blakely ne s'est-elle pas récusée des discussions et décisions liées à la répartition des éléments d'actif du régime de pension?

Vu les observations formulées au par. 113 de la décision du Tribunal datée du 9 mars 2016, pourquoi Mercer a-t-elle été autorisée à réaliser la dernière évaluation? Mercer s'occupe-t-elle toujours de la préparation des évaluations pour le régime à risques partagés? Comment Mercer est-elle rémunérée et de qui Mercer reçoit-elle des instructions? Qui a informé M^{me} Blakely que la Ville avait l'intention de transférer les fonds provenant du remboursement des cotisations (c'est-à-dire par suite de la réduction rétroactive des cotisations au régime des pompiers et des policiers) au régime à risques partagés?

[...]

À la lumière de ce qui précède, les sections locales 1053 et 911 adoptent la position selon laquelle la [décision] de la Commission des pensions en date du 17 mars 2017 est entachée d'un vice fondamental et devrait être immédiatement infirmée ou suspendue. Cette conclusion est fondée sur les considérations suivantes :

[...]

Le fait que Jane Blakely ne se soit pas récusée des discussions et des décisions du 17 mars constitue une violation des dispositions en matière de conflits d'intérêts de l'art. 17 de la *Loi sur les prestations de pension*.

Mercer n'était pas suffisamment indépendante pour donner des conseils à la Commission des pensions et semble prendre ses instructions de la Ville plutôt que de la Commission des pensions. La Commission des pensions aurait dû obtenir des conseils actuariels indépendants, séparément et indépendamment de ceux fournis au conseil des fiduciaires du régime à risques partagés ou à la Ville de Fredericton. Pour ce faire, il aurait fallu que toutes les communications entre la Commission des pensions et l'actuaire soient portées à la connaissance de tous les membres de la Commission des pensions et que l'actuaire relève directement de la Commission des pensions plutôt que des gestionnaires de la Ville.

Les membres de la Commission des pensions ont été informés à tort que la décision devait être prise de toute urgence.

Il n'existe aucun fondement juridique ou factuel à l'appui de la conclusion de Mercer selon laquelle il était nécessaire d'obtenir une dispense pour maintenir les plafonds de cotisation plus élevés au régime des pompiers et des policiers, ou qu'il était peu probable qu'une dispense soit accordée.

[...]

Les sections locales 1053 et 911 soutiennent en outre que la Commission des pensions devrait obtenir des conseils actuariels et juridiques indépendants pour examiner l'information fournie par Mercer dans sa présentation PowerPoint du 17 mars, notamment en ce qui concerne la recommandation de réduire les taux de cotisation et la

question de savoir si une dispense est nécessaire et/ou susceptible d'être accordée par l'ARC.

[C'est moi qui souligne.]

[78] Lors de la réunion suivante de la Commission des pensions, qui a eu lieu le 25 avril 2017, le Conseil a [TRADUCTION] « infirmé » les décisions prises le 17 mars 2017. Le Tribunal a résumé ainsi les mesures prises par la Commission :

[...] Ils ont également introduit une motion visant à [TRADUCTION] « obtenir des avis actuariels et juridiques qui seraient indépendants de ceux obtenus par la Ville », laissant ainsi entendre que Mercer était au service de la Ville. La Commission a adopté ces motions, **révoquant ainsi son approbation des rapports d'évaluation actuarielle révisés pour les années 2013 à 2015 et le projet de rapport d'évaluation actuarielle pour l'année 2016. À aucun moment après la réunion du 25 avril 2017, la Commission des pensions a-t-elle approuvé les rapports d'évaluation actuarielle révisés pour les années 2013 à 2015 ou le rapport d'évaluation actuarielle initial pour l'année 2016.**

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 116]

[Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[79] Selon le procès-verbal de cette réunion, certains membres de la Commission étaient d'avis que le conseil municipal pouvait et/ou devait prendre les décisions que la Commission avait [TRADUCTION] « infirmées ». Le procès-verbal indique également que la Commission s'attendait à ce que les cotisations restent telles qu'elles étaient depuis le 1^{er} avril 2013. Le procès-verbal relève que :

[TRADUCTION]

John [MacDermid, président] déclare que les décisions du 17 mars 2017 ont été infirmées et que la surintendante avait fixé comme date limite le 30 juin 2017. Dan Keenan déclare qu'à défaut d'une décision du comité, le conseil doit prendre la décision. John déclare également qu'un actuaire devra être présent au conseil.

Blair ne croit pas que la surintendante ait compétence pour prendre ces décisions. Ils aimeraient laisser les cotisations telles qu'elles sont, demander une prolongation à la surintendante et retenir les services d'un actuaire indépendant pour mener une enquête.

Dan Keenan déclare que tous les actuaire sont indépendants.

Blair déclare qu'aucune décision ne devrait être prise sur le fondement d'une présentation. Mercer n'est pas une partie indépendante. Il ajoute qu'il avait le sentiment que le personnel municipal avait influencé la présentation de Mercer.

Yves déclare que chacun a un rôle différent, puisqu'il est élu par les membres de son syndicat. Il s'inquiète du fait qu'ils traitent de l'avenir des gens et il estime qu'ils n'ont pas eu assez de temps pour voir la présentation avant la réunion et qu'ils devaient prendre une décision. Ils n'ont pas eu assez de temps pour poser des questions au sujet des points sur lesquels ils étaient appelés à voter.

John déclare qu'il est d'accord avec Yves. Il n'était pas nécessaire de procéder à un vote lors de la dernière réunion. Il espère qu'à l'avenir ils recevront l'évaluation un mois avant la réunion et qu'ils pourront voter un mois plus tard. À la réunion du 17 mars, n'importe qui aurait pu voter contre ces motions, mais personne ne l'a fait.

On laissera les cotisations au régime de pension à leurs taux actuels (pour les policiers : 9,59 % <5 000 \$, 11,19 % >5 000 \$; pour les pompiers : 9,54 % <5 000 \$, 11,14 % >5 000 \$). Proposé par Blair Sullivan, appuyé par Rodney Wadden. La motion est adoptée.

[Caractères gras et soulignement dans l'original.]

[80] Malgré le fait que la Commission avait [TRADUCTION] « infirmé » les décisions approuvant les propositions de Mercer, cette dernière a fait une présentation au conseil municipal le 8 mai 2017 concernant le rapport d'évaluation actuarielle initial pour l'année 2016. Le Tribunal a résumé ainsi la réunion intervenue entre Mercer et le conseil municipal et les mesures qui ont suivi :

[...] Le conseil municipal a **approuvé le taux d'actualisation de 6,2 %** assorti d'une marge pour écarts défavorables de 0 % qui avait été utilisé dans le rapport d'évaluation actuarielle pour 2016, et **il a chargé M. Hughes de déposer ce rapport auprès de la surintendante.** Dans la lettre du 10 mai 2017 qu'elle a

adressée aux syndicats représentant les policiers et les pompiers, Tina Tapley confirme que le conseil municipal a adopté les résolutions suivantes :

- l'hypothèse d'un taux d'actualisation de 6,2 % par an est confirmée pour l'évaluation actuarielle pour 2016;
- la Ville confirme qu'à ce stade, il n'est pas prévu d'apporter de modifications aux prestations offertes par le régime;
- un taux de cotisation de 9 % sera appliqué à partir du 1^{er} avril 2016;
- **l'actuaire du régime est chargé de préparer et de déposer** d'ici le 30 juin 2017 le rapport actuariel au 1^{er} avril 2016 pour le régime des policiers et des pompiers représentés par l'unité de négociation.

La Ville n'avait pas le pouvoir d'approuver le taux d'actualisation retenu pour le rapport d'évaluation actuarielle pour 2016. Elle n'était pas non plus habilitée à charger Mercer (ou David Hughes), **en sa qualité d'actuaire du régime**, de préparer et de déposer le rapport actuariel. Ce pouvoir appartenait à la Commission des pensions à titre d'administratrice du régime. **La Ville l'a reconnu lors de l'audience. La participation de M. Hughes à la réunion du 8 mai montre clairement qu'il recevait ses instructions de la Ville plutôt que de la Commission des pensions.**

M. Hughes savait que le taux d'actualisation devait être approuvé par la Commission des pensions en sa qualité d'administratrice du régime. Il savait également que la Commission des pensions avait révoqué son approbation du rapport d'évaluation actuarielle pour l'année 2016. Nous concluons que David Hughes **savait qu'il n'avait pas l'approbation de la Commission des pensions pour présenter les rapports d'évaluation actuarielle révisés pour les années 2013 à 2015 ainsi que le rapport d'évaluation actuarielle initial pour 2016. Malgré cela, M. Hughes a déposé le rapport d'évaluation actuarielle pour l'année 2016 auprès de la surintendante le 11 juillet 2017.**

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 117 à 119]

[Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[81] Le 10 juillet 2017, le conseil municipal a adopté une résolution visant à modifier l'arrêté sur le régime de pension afin de prévoir une baisse des taux de cotisation à compter du 31 mars 2013. La demande d'approbation de cette modification a été déposée auprès de la surintendante par la Ville plutôt que par l'administratrice du régime. Dans la Demande d'enregistrement d'une modification au régime de pension (Formule 2) (remplie le 10 août 2017), le nom « City of Fredericton » est incorrectement inscrit comme nom de l'administratrice.

[82] Le 11 juillet 2017, Mercer a déposé, sans l'approbation de la Commission des pensions, les différents rapports d'évaluation actuarielle auprès de la surintendante, soi-disant au nom de la Commission en sa qualité d'administratrice du régime, et a demandé leur approbation. Dans son courriel à la surintendante, David Hughes déclare :

[TRADUCTION]

Le présent courriel a pour but de vous confirmer que, lors de la réunion du conseil municipal qui a eu lieu hier, le conseil municipal de Fredericton a officiellement approuvé les modifications nécessaires aux arrêtés municipaux visant à modifier les taux des cotisations des salariés et de l'employeur au régime de retraite visant certains salariés de The City of Fredericton (« le régime de pension des pompiers et des policiers »). Veuillez noter que les modifications apportées aux taux de cotisation correspondent à celles qui vous ont été communiquées précédemment dans notre lettre en date du 20 décembre 2016, dont vous avez accusé réception dans votre lettre à la Ville datée du 13 janvier 2017.

Je suis ravi de dire que cela signifie que nous sommes maintenant en mesure de soumettre et de déposer les rapports actuariels manquants suivants :

1. Rapport révisé sur l'évaluation actuarielle aux fins du transfert des éléments d'actif et des éléments de passif établi au 31 mars 2013
2. Rapport révisé sur l'évaluation actuarielle aux fins du financement établi au 1^{er} avril 2013

(ainsi que les rapports pour les années 2014, 2015 et 2016).

[...]

Remarque : Nous allons bientôt commencer à travailler sur l'évaluation actuarielle de la capitalisation au 1^{er} avril 2017.

[83] Pour bien comprendre ce que les rapports révisés pour les années 2013 à 2016 faisaient savoir à la surintendante au sujet de la participation et de l'approbation de la Commission des pensions, voici une reproduction d'extraits du rapport révisé établi au 1^{er} avril 2013 :

[TRADUCTION]

1 - Résumé des résultats

01.04.2013

Situation financière établie sur une base de permanence

Actifs évalués sur une base de permanence	42 977 000 \$
Passifs actuariels évalués sur une base de permanence	48 760 000 \$
Surplus (déficit) de capitalisation	<u>(5 783 000 \$)</u>

Situation financière en cas de liquidation hypothétique

Actifs à la liquidation	42 877 000 \$
Passifs à la liquidation	<u>77 942 000 \$</u>
Surplus (déficit) à la liquidation	(35 065 000 \$)

2 - Introduction

À l'intention de la Commission d'administration

À la demande de la Commission d'administration (la « Commission ») [...], nous avons effectué l'évaluation actuarielle initiale du régime de pension dont The City of Fredericton (la Ville) est promotrice à la date d'évaluation, soit le 1^{er} avril 2013. [...]

Les résultats de l'évaluation actuarielle du régime des policiers et des pompiers représentés par l'unité de négociation à la date d'évaluation, soit le 1^{er} avril 2013, ont déjà été fournis dans notre précédent rapport d'évaluation actuarielle initial, daté de décembre 2013. Les résultats sont reproduits dans le présent rapport par suite d'une décision

rendue par le Tribunal des services financiers et des services aux consommateurs du Nouveau-Brunswick [...] (le régime de la ville de Fredericton).

[...]

Objet

Le but de cette évaluation est de déterminer :

- le niveau de provisionnement du régime de pension [...] évalué sur une base de permanence, en fonction de la liquidation hypothétique et sur une base de solvabilité.
- les cotisations minimales requises pour les fins de la capitalisation [...]
- les cotisations maximales autorisées pour les fins de la capitalisation [...]

L'information contenue dans ce rapport a été préparée pour l'usage interne de la Commission d'administration et pour dépôt auprès de la surintendante des pensions du Nouveau-Brunswick et de l'Agence du revenu du Canada.

[...]

Mandat

Conformément à notre mandat auprès de la Commission, notre évaluation actuarielle du régime repose sur les clauses substantielles suivantes :

- Elle a été préparée en conformité avec la législation en matière de pensions et aux normes de pratique actuarielle applicables au Canada;
- Conformément aux instructions de la Commission, nous avons tenu compte d'une marge pour écarts défavorables dans notre évaluation fondée sur une base de permanence en réduisant le taux d'actualisation établi sur une base de permanence de 0,40 % par an; et
- Nous avons tenu compte des décisions de la Commission pour déterminer les exigences en matière de capitalisation du déficit de solvabilité, résumées ainsi :

[...]

Hypothèses

La base actuarielle et la politique de capitalisation, que la Commission a acceptées, soupèsent l'objectif de limiter les augmentations requises des cotisations tout en se conformant aux exigences minimales de la législation applicable et des normes actuarielles reconnues. [C'est moi qui souligne.]

[84] En outre, dans les rapports révisés, les avis au lecteur prévoient que :

Avis au lecteur concernant les évaluations actuarielles :

[...] Un rapport d'évaluation est un instantané de la situation financière estimative d'un régime à un moment donné; il ne prédit pas la situation financière future d'un régime de pension ni sa capacité à verser des prestations à l'avenir [...]

Les résultats de l'évaluation présentés dans le présent rapport illustrent également la sensibilité à l'une des principales hypothèses actuarielles, le taux d'actualisation. [...] [C'est moi qui souligne.]

[85] Le 19 juillet 2017, Mercer a écrit à l'ARC pour solliciter une renonciation à l'application du plafond de cotisation pour les années 2013 à 2017. L'ARC a donné son approbation par lettre en date du 25 août 2017 :

[TRADUCTION]

[...] La renonciation prévue au paragraphe 8503(5) du Règlement est par les présentes accordée pour la période de quatre ans allant du 1^{er} avril 2013 au 31 mars 2017. Pour prolonger la période d'approbation au-delà du 31 mars 2017, une nouvelle demande de renonciation devra être déposée en conformité avec le par. 8503(5) du Règlement, accompagnée d'un rapport d'évaluation actuarielle actualisé à l'appui du taux de cotisation des participants requis.[C'est moi qui souligne.]

E. *Les plaintes déposées auprès de la surintendante*

[86] Le 31 juillet 2017, les syndicats ont déposé des plaintes auprès de la surintendante lui demandant de rejeter les rapports déposés par Mercer. Ils soutenaient

que les mesures prises dans le but de réduire les cotisations (et de rembourser les cotisations passées), ainsi que les rapports préparés et déposés par Mercer, le tout sur les seules instructions de la Ville, violaient la *Loi sur les prestations de pension*. Dans sa décision (datée du 12 juillet 2018) sur ces plaintes, la surintendante les a résumées de la façon suivante en indiquant qu'elles lui demandaient de :

[TRADUCTION]

- i. « Refuser d'accepter les changements au régime des policiers et des pompiers qui sont énoncés dans les évaluations récemment déposées visant les années 2013 et 2016 et ordonner à The City of Fredericton de continuer à cotiser [...] au même taux que celui qui était en vigueur avant la répartition des éléments d'actif » (en application de l'ancien régime et qui a été maintenu jusqu'à présent);
- ii. Ordonner à la Ville [jusqu'à ce que les plaintes aient été tranchées] : a) de ne pas procéder à la répartition des éléments d'actif de l'ancien régime jusqu'à ce que la présente plainte ait été tranchée, b) de ne pas rembourser aux participants leurs cotisations passées, c) « de ne pas rembourser à la Ville ses cotisations passées ou de ne pas transférer ce remboursement au [régime à risques partagés], ou les deux », et d) « de continuer à déduire les cotisations des participants au régime des policiers et des pompiers aux taux antérieurement établis et de détenir ces sommes en fiducie jusqu'à ce que les questions en cause aient été définitivement tranchées »;
- iii. « Mener une enquête sur les actes de The City of Fredericton, soit des représentants de l'employeur qui siègent à la Commission des pensions qui administre le régime [des policiers et des pompiers], afin de déterminer s'ils ont manqué aux obligations que leur imposent l'article 17 de la *Loi sur les prestations de pension* et toute autre disposition pertinente »;
- iv. « Enquêter sur les allégations de conflit d'intérêts soulevées contre Jane Blakely et Tina Tapley »;

- v. « Interdire à Jane Blakely et à Tina Tapley de jouer un rôle quelconque auprès de la [Commission des pensions] ou de donner à celle-ci quelque conseil ou directive que ce soit »;
- vi. « Ordonner qu'un cabinet d'actuaire indépendant choisi par la Commission des pensions effectue une nouvelle évaluation et fasse rapport à la Commission des pensions et non à The City of Fredericton » [c'est moi qui souligne].

[87] Le 2 août 2017, la surintendante s'est enquis au sujet du statut de Mercer, de Jane Blakely et de Tina Tapley. En réponse, l'avocat externe de la Ville a indiqué que les responsabilités de M^{me} Blakely en ce qui concerne les questions de pension étaient énoncées dans une résolution du conseil municipal adoptée en mai 2014, qui lui prescrivait de donner [TRADUCTION] « des conseils et des avis juridiques » à la Ville sur des questions relatives au travail, à l'emploi et aux pensions. En réponse à la question concernant le rôle de Mercer en qualité d'actuaire du régime des policiers et des pompiers, la lettre de l'avocat précisait que :

[TRADUCTION]

Notre cliente ne trouve aucune trace de la nomination de Mercer par la Commission des pensions depuis la création du nouveau régime en 2013. Mercer a continué à exercer les fonctions d'actuaire et de conseiller qu'elle exerçait à l'égard du régime de pension initial (antérieur à la scission) avec le consentement de la Ville et l'accord apparent de la Commission des pensions. La Commission des pensions n'a adopté aucune motion pour démettre Mercer de ses fonctions d'actuaire du régime.

Il vaut la peine de rappeler les observations du Tribunal au sujet de l'enquête menée par la surintendante concernant cette partie des plaintes des syndicats :

À notre avis, l'enquête menée par la surintendante ne satisfaisait pas au critère de la rigueur. La plainte des syndicats soulevait de graves allégations de conflit d'intérêts et de manquement aux devoirs fiduciaires de la

part de Jane Blakely – une administratrice du régime. David Hughes – l’actuaire du régime – faisait également l’objet d’allégations sérieuses d’inconduite. [...] la nature des allégations obligeait la surintendante à obtenir des éléments de preuve de l’administratrice du régime – la Commission des pensions – pendant son enquête. Or, elle ne l’a pas fait. Elle n’a communiqué avec aucun des membres de la Commission des pensions pour obtenir des renseignements sur les rôles qu’avaient joués Jane Blakely ou David Hughes. De même, elle n’a pas obtenu les procès-verbaux des réunions de la Commission des pensions. [...]

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 82]

F. *Mesures ayant mené à l'étoffement des plaintes déposées auprès de la surintendante*

[88] Ce qui s’est passé dans les mois qui ont suivi viendrait ajouter aux plaintes formulées par les syndicats le 31 juillet 2017.

[89] En août 2017, avant de se pencher sur le fond des plaintes des syndicats, la surintendante a exprimé ses inquiétudes au sujet du rapport actuariel initial pour l’année 2016 déposé par Mercer. Elle ne l’a pas fait par suite des prétentions générales formulées dans les plaintes des syndicats; elle a décidé que le « taux d’actualisation » présumé (le taux de rendement attendu) utilisé pour l’année 2016 était trop élevé. Elle a déclaré qu’un taux de rendement de 6,2 % assorti d’une marge pour écarts défavorables de 0 % était supérieur d’environ 1 % aux taux utilisés dans d’autres régimes déposés auprès de son bureau. La surintendante a également estimé que, à 0 %, le facteur présumé pour écarts défavorables (pour tenir compte du risque de ne pas atteindre le taux de rendement présumé) était trop faible. En d’autres termes, l’évaluation faite dans le rapport pour l’année 2016 des cotisations requises au régime des pompiers et des policiers était fondée sur un taux de rendement présumé qui était, de l’avis de la surintendante, déraisonnablement agressif et/ou optimiste. Pour dire les choses clairement, plus le taux d’actualisation est élevé, plus le besoin de capitalisation actuelle au moyen des cotisations des salariés et de l’employeur est faible. En ce qui a trait à l’importance du « taux d’actualisation », le Tribunal a fait observer ce qui suit :

L'importance de choisir un taux d'actualisation approprié pour un régime de pension ne devrait pas être minimisée. Brendan George, que le Tribunal a reconnu comme témoin expert dans le domaine des services actuariels, a expliqué que le taux d'actualisation consiste à estimer au mieux le rendement futur prévu des placements et à décider ensuite d'une marge de prudence (la marge pour écarts défavorables). Il a déclaré dans son témoignage que le taux d'actualisation est l'hypothèse la plus importante de l'évaluation actuarielle de la capitalisation étant donné que le rendement obtenu sur les placements a une incidence déterminante sur le coût à long terme et la viabilité du régime de pension.

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 105]

[90] En réponse à la question de la surintendante adressée à Mercer concernant la raison pour laquelle le taux d'actualisation a été porté à 6,2 % en 2016 (de 5,3 % en 2015), Mercer a expliqué qu'elle avait reçu instruction de réduire la marge pour écarts défavorables de 0,9 % en 2015 à 0 % en 2016. Cette instruction émanait de la Ville plutôt que de la Commission des pensions. La réponse de Mercer à la surintendante indiquait ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le changement d'hypothèse relativement au taux d'actualisation qui était passé de 5,3 % par an pour l'année 2015 à 6,2 % par an pour l'année 2016 était uniquement attribuable à la réduction de la marge facultative pour écarts défavorables. S'agissant de l'évaluation pour l'année 2015, nous avons reçu l'instruction d'utiliser une marge de 0,9 % par an alors que l'on nous avait demandé d'utiliser zéro pour l'année 2016.

[91] Par suite des préoccupations de la surintendante concernant le rapport pour l'année 2016, Mercer s'est entretenue avec les représentants de la Ville au sujet de la production d'un rapport actuariel *révisé* pour l'année 2016. Mercer a préparé des options à envisager proposant quatre taux d'actualisation moindres, assortis de divers facteurs pour écarts défavorables. Comme l'a constaté le Tribunal, Mercer a reçu des instructions de la Ville quant au contenu de la présentation qu'elle ferait plus tard à la Commission concernant ces options :

Le 22 septembre 2017, David Hughes a communiqué le texte de sa présentation du rapport d'évaluation actuarielle révisé pour l'année 2016 à Jane Blakely et Tina Tapley pour examen et observations. M. Hughes indiquait ce qui suit dans son courriel : [TRADUCTION] « *Si vous êtes satisfaites des différents documents, ils peuvent être distribués aux membres de la Commission des pensions. Si vous avez des questions ou souhaitez suggérer des modifications, veuillez m'en informer.* » Tina Tapley a fait la suggestion suivante au sujet de la présentation de M. Hughes : [TRADUCTION] « *Je voudrais ajouter l'observation que chaque fois que vous mentionnez que le taux de cotisation de l'employeur peut augmenter, vous devriez également indiquer la possibilité d'une réduction des prestations. Veuillez aussi supprimer la condition [TRADUCTION] "sous réserve de la convention collective passée avec les syndicats [...]"* ». Après réception de ces observations, M. Hughes a révisé sa présentation en conséquence.

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 128]
[Italique dans l'original.]

[92] Si cela n'était pas évident avant le dépôt des plaintes en juillet 2017, il était désormais évident que les instructions concernant le taux d'actualisation (et la marge pour écarts défavorables) à utiliser dans le rapport pour l'année 2016 devaient provenir de la Commission des pensions. Toutefois, comme il semblait y avoir un risque que la Commission approuve un taux au bas de l'échelle des options fournies par Mercer – un taux qui pourrait entraîner un déficit avec un taux de cotisation de 9 % – les représentants de la Ville ont recommandé que le conseil municipal insiste auprès de la Commission des pensions que les cotisations de la Ville ne dépasseraient pas 9 %. Le conseil a donné cette directive par voie de résolution adoptée le 2 octobre. Par la suite, M^{me} Tapley, faisant rapport pour le compte du conseil, a envoyé un [TRADUCTION] « rapport administratif » aux membres de la Commission des pensions avant sa réunion du 13 octobre 2017. Dans le rapport, sous la rubrique [TRADUCTION] « Directives de l'avocate de la Ville à la Commission des pensions », M^{me} Tapley a indiqué que : 1) par suite d'une réunion du conseil municipal qui a eu lieu le 23 mai 2017, le conseil a résolu que les cotisations soient versées au taux de 9 % (ce qui a donné lieu à une modification à l'arrêté sur les régimes de pension qui a été adoptée le 10 juillet 2017); et 2) le conseil a

adopté une autre résolution (le 2 octobre 2017) ordonnant à la trésorière de la Ville d'informer la Commission des pensions que :

[TRADUCTION]

1. Les cotisations de l'employeur au régime de pension à prestations déterminées des policiers et des pompiers ne dépasseront pas 9 % de la masse salariale.
2. Pour l'évaluation du régime pour 2016, la Commission des pensions devrait veiller à ce que toute modification du taux d'actualisation susceptible d'entraîner une hausse des cotisations soit compensée par des modifications aux prestations.
3. *La politique de financement élaborée par la Commission des pensions devrait se fonder sur un taux de cotisation de 9 % de la part de l'employeur (un changement par rapport à la directive donnée dans la résolution du conseil municipal de septembre 2016). [Volume 9, à la p. 2862]*

[93] Lors de la réunion de la Commission des pensions qui a eu lieu le 13 octobre 2017, M^{me} Tapley a traité de son rapport administratif. Par ailleurs, Mercer a présenté un document sur support PowerPoint intitulé : [TRADUCTION] « *Hypothèse relative au taux d'actualisation pour l'évaluation actuarielle au 1^{er} avril 2016* ». Mercer a fait valoir que la Commission devrait déterminer l'hypothèse relative au taux d'actualisation et donner des directives sur la marge pour écarts défavorables à appliquer dans cette hypothèse. Elle a indiqué que la surintendante avait remis en question le taux de 6,2 % proposé antérieurement, puisqu'il était plus élevé que celui de la plupart des autres régimes au Nouveau-Brunswick, et qu'elle demandait la preuve/la confirmation que la Commission avait convenu de la marge pour écarts défavorables. Après que M. Hughes ait quitté la réunion, la Commission a résolu de destituer Mercer de ses fonctions d'actuaire du régime. Avant l'adoption de cette motion, M^{me} Blakely a demandé si la Commission pouvait d'abord consulter la surintendante avant de prendre une telle mesure et elle a fait une mise en garde : si la Commission n'allait pas se conformer à la *Loi* (approuver un rapport révisé pour l'année 2016), le conseil municipal pourrait modifier l'arrêté sur les régimes de pension, puisque rien n'exigeait qu'il y ait une Commission des pensions.

[94] Par lettre adressée à la surintendante en date du 26 octobre 2017, les syndicats ont ajouté aux plaintes qu'ils avaient formulées en juillet 2017. Dans sa réponse aux syndicats en date du 10 novembre 2017, la surintendante a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'avocate de The City of Fredericton est entrée en contact avec moi et a indiqué que la Ville déposera des observations à ce sujet. Par conséquent, je ne peux, à ce stade-ci, me pencher sur le fond de vos plaintes concernant les mesures prises par la Ville sans lui laisser le temps de présenter également des observations.

Toutefois, dans l'intervalle, j'estime nécessaire de préciser certains points et de rappeler à toutes les parties leurs obligations en qualité d'administratrices du régime de pension. J'ai examiné la présentation de Mercer jointe à votre lettre et je ne vois aucune indication que l'actuaire du régime tentait de faire approuver un rapport d'évaluation spécifique. Plutôt, afin d'obtenir des directives de la Commission des pensions, il semble avoir présenté diverses options concernant les taux d'actualisation et les marges à la Commission sollicitant sa décision et ses directives, afin que le rapport d'évaluation manquant du 1^{er} avril 2016 puisse être parachevé et déposé. Un graphique montrant l'incidence financière de taux d'actualisation effectifs allant de 6,2 % assorti d'une marge nulle à 5,3 % assorti d'une marge de 0,9 % est joint. Les avis figurant dans la présentation indiquent clairement que la présentation est destinée exclusivement à la Commission afin de faciliter son processus décisionnel concernant l'information qui y est présentée. Elle indique également que la prochaine étape consiste à s'entendre soit sur la proposition initiale, au sujet de laquelle j'ai déjà exprimé des réserves et au soutien de laquelle des preuves supplémentaires seraient nécessaires, soit sur une autre marge et un taux d'actualisation moindre. Il appartenait à la Commission de prendre cette décision en sa qualité d'administratrice du régime de pension. Toutefois, plutôt que de prendre une décision sur la marge à utiliser, votre lettre indique que la Commission a décidé de destituer de ses fonctions l'actuaire du régime de pension, laissant la décision sur le taux d'actualisation en suspens et le rapport d'évaluation du 1^{er} avril 2016 inachevé alors qu'il n'y a pas d'actuaire en fonction pour l'achever.

Bien que je comprenne qu'il existe une méfiance évidente entre la Ville et les syndicats en cause dans ce régime, je crois nécessaire de rappeler à tous les intéressés qu'une réunion de la Commission des pensions n'est pas une séance de négociation collective. Aucune des deux parties n'est là pour promouvoir ses propres intérêts. Tous les fiduciaires qui composent la Commission ont plutôt le devoir fiducial de prendre des décisions en ayant à l'esprit l'intérêt supérieur du régime. Ils ont également une obligation d'origine législative de veiller à ce que le régime se conforme à la Loi sur les prestations de pension, notamment en veillant à ce que le régime soit révisé par un actuaire et qu'un rapport d'évaluation actuarielle soit préparé chaque année par un actuaire. L'administrateur du régime doit alors déposer le rapport auprès de la surintendante dans les neuf mois suivant la date de l'examen.

[...]

Je tiens à rappeler à toutes les parties en l'espèce le pouvoir de la surintendante de rendre des ordonnances si l'administrateur d'un régime de pension enfreint une disposition de la Loi sur les prestations de pension. Ces pouvoirs s'étendent notamment aux ordonnances prescrivant la liquidation du régime de pension. Bien que je préfère ne pas exercer ce pouvoir, c'est une chose que je devrai envisager si le régime de pension demeure sans actuaire et que le rapport d'évaluation manquant n'est pas déposé au 1^{er} décembre 2017. [...]

[C'est moi qui souligne.]

[95] Peu de temps après, la Ville, avec l'aide de Mercer, a modifié son arrêté afin d'abolir la Commission des pensions et de se constituer administratrice du régime.

[96] Après être devenue administratrice du régime, la Ville a demandé à Mercer de déposer le rapport *révisé* pour l'année 2016 qu'elle avait approuvé, ainsi qu'un rapport *initial* sur l'évaluation actuarielle aux fins du financement au 31 mars 2017. Mercer a déposé ces deux documents auprès de la surintendante le 18 décembre 2017.

G. *La décision de la surintendante*

[97] Le 12 juillet 2018, la surintendante a rendu sa décision en réponse aux plaintes. Elle a accepté tous les rapports déposés par Mercer et a conclu, compte tenu de son enquête, que la Ville ou son personnel n'avaient commis aucune violation des règles en matière de conflit d'intérêts ou d'autres obligations d'origine législative. En concluant qu'il n'était pas nécessaire d'enquêter davantage, la surintendante a déclaré :

[TRADUCTION]

De plus, je ne dispose d'aucune preuve qui me porte à conclure qu'une enquête sur les actes de la Ville, et plus particulièrement sur les actes de Jane Blakely et de Tina Tapley, soit justifiée. Elles ont coopéré avec mon bureau pendant toute la durée du processus et n'ont opposé aucune résistance à mes demandes. Les parties semblent malheureusement entretenir des relations hostiles et il serait certainement à leur avantage d'avoir de meilleures communications, autres que de se signifier des actes de procédure, mais il ne m'appartient pas de servir de médiatrice à cet égard. À mon avis, les policiers et les pompiers tentent d'utiliser mon bureau comme une arme dans leur conflit persistant avec la Ville, chose que je refuse tout simplement de faire. Bien que la Loi me confère de très larges pouvoirs d'enquête dans le domaine des pensions pour veiller au respect de la Loi, elle serait mal utilisée si elle servait à poursuivre une fin ne relevant pas de ce mandat.

[Décision de la surintendante, 12 juillet 2018, par. 44]

[C'est moi qui souligne.]

IV. Norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal

[98] Toutes les parties reconnaissent que, en prévoyant que les décisions du Tribunal sont susceptibles d'appel (par. 48(1) de la *Loi sur les services financiers et les services aux consommateurs*, L.N.-B. 2013, ch. 30), le législateur entend que notre Cour vérifie attentivement ces décisions « lors d'un processus d'appel » (voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. n° 65 (QL), par. 36 et 37). Pour les questions de droit, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte et, s'agissant des questions de fait ou des questions mixtes de

fait et de droit, lorsque la question de droit n'en est pas isolable, la norme de contrôle applicable est celle de l'erreur manifeste et dominante.

[99] La Ville et la surintendante affirment que leurs moyens d'appel ne soulèvent que des questions de droit et appellent la norme de la décision correcte; elles ne contestent pas les conclusions de fait tirées par le Tribunal.

V. Analyse

A. *Le Tribunal a-t-il appliqué la mauvaise norme de contrôle à la décision de la surintendante?*

[100] Devant le Tribunal, la surintendante a soutenu que sa décision commandait la déférence et était assujettie à la norme de la décision raisonnable. La Ville n'a pas pris position à ce moment-là.

[101] Le Tribunal a décidé que l'appel devait être tenu par voie d'audience *de novo* et qu'il devait « réviser la décision de la surintendante au regard de la norme de la décision correcte sans faire preuve de déférence » (par. 43). Je relève en passant que, dans sa première décision, le Tribunal a également conclu que l'appel de la surintendante donnait lieu à une audience *de novo*.

[102] Dans l'appel interjeté devant notre Cour, la Ville a d'abord soutenu que, puisque la *Loi* prévoyait que la décision de la surintendante est susceptible d'« appel », le Tribunal aurait dû conclure que son rôle prépondérant était de réviser la décision de la surintendante et de faire preuve de déférence à son égard, et non d'entendre l'affaire *de novo*. La Ville a également soutenu que l'analyse interprétative du Tribunal aurait dû être guidée par les arrêts *Yee c. Chartered Professional Accountants of Alberta*, 2020 ABCA 98, [2020] A.J. No. 291 (QL), et *Newton c. Criminal Trial Lawyers' Association*, 2010 ABCA 399, [2010] A.J. No. 1463 (QL). Dans son mémoire, la surintendante se fonde également sur les arrêts *Yee* et *Newton* et soutient que le Tribunal a eu tort de conclure que la jurisprudence traitant de la détermination de la norme de contrôle

applicable à l'appel dirigé contre une décision d'un tribunal administratif devant une cour supérieure de justice n'est pas applicable.

[103] À l'audition de l'appel, la Ville et la surintendante ont toutes deux concédé que l'appel des syndicats donnait lieu à une audience *de novo* et ont reconnu que le dossier dont le Tribunal était saisi était nettement différent du dossier examiné par la surintendante. Néanmoins, la surintendante affirme dans son mémoire que [TRADUCTION] « le droit ou l'obligation de tenir une audience *de novo* ne commande pas nécessairement l'application de la norme de la décision correcte » (*Newton*, par. 44). Cela dit, comme le juge d'appel Slatter a aussi expliqué dans l'arrêt *Newton*, la nécessité de tenir une telle audience est une indication importante de l'intention de privilégier la norme de la décision correcte.

[104] Les syndicats soutiennent que le Tribunal a eu raison de conclure que leur appel donnait lieu à une audience *de novo* et que les décisions de la surintendante ne commandaient pas la déférence. Ils invoquent un arrêt de notre Cour dans lequel il a été décidé que, lorsqu'elle procède à la révision d'une décision de la surintendante, la Commission du travail et de l'emploi fait office d'« instance juridictionnelle dotée d'une compétence *de novo* qui n'est pas tenue de faire preuve de retenue à l'égard des décisions ou ordonnances du surintendant » (*Syndicat uni du transport, section locale 1182 c. La Ville de Saint John et autres*, 2006 NBCA 70, 301 R.N.-B. (2^e) 1, par. 97). À l'époque, le régime législatif prévoyait que les décisions du surintendant des pensions étaient assujetties au contrôle de la Commission. Sous le régime législatif actuel, appel est interjeté devant le Tribunal, et la détermination de la norme doit être nécessairement axée sur la législation actuelle.

[105] Pour aborder la question de la norme de contrôle, il est nécessaire d'examiner la *Loi sur la Commission des services financiers et des services aux consommateurs*, L.N.-B. 2013, ch. 30, comme l'a fait le Tribunal. Cette loi crée la Commission ainsi que le Tribunal. Plus de vingt lois confèrent des responsabilités multidisciplinaires à la Commission et au Tribunal dans un certain nombre de domaines différents et au regard d'un certain nombre d'organismes de réglementation différents, y

compris, dans le cas du Tribunal, l'instruction des appels dirigés contre les décisions du surintendant des pensions. Selon la définition qu'en donne la *Loi sur la Commission des services financiers et des services aux consommateurs*, sont assimilées à l'« audience », « les révisions et les appels ». Selon les *Règles* et politiques du Tribunal, ces appels sont des appels hybrides. Lorsqu'il tient une audience, « le Tribunal est investi des mêmes pouvoirs que ceux qui sont conférés à la Cour du Banc de la Reine en matière d'actions civiles » (par. 38(1)), et il est habilité à « trancher toute question de fait ou de droit soulevée dans le cadre d'une audience » (par. 38(5)). Il peut recevoir en preuve « toute déclaration, tout document, tout dossier, tout renseignement ou tout objet qui, à son avis, sont utiles à la résolution de l'affaire dont il est saisi » (art. 38(6)), qu'ils soient ou non recueillis ou produits sous serment ou admissibles en preuve devant une cour de justice. Le Tribunal a reconnu que de tels pouvoirs sont typiques des arbitres siégeant en première instance et qu'ils montrent que l'intention est que le Tribunal mène une audience *de novo*, sans aucune déférence envers la décision de l'instance chargée de la réglementation. Ces observations s'apparentent à celles figurant dans l'arrêt *Syndicat uni du transport*.

[106] La *Loi* prévoit qu'« appel » peut-être interjeté d'une décision ou d'une ordonnance du surintendant des pensions (par. 73(1)); toutefois, elle ne précise pas expressément la norme de contrôle à appliquer. En attendant la décision du Tribunal, il est sursis à l'exécution de la décision ou de l'ordonnance du surintendant portée en appel. Dans le cadre d'un appel, le surintendant des pensions est responsable de la présentation de la preuve à l'appui de toute décision qu'il a rendue (par. 75(1)). Le Tribunal a conclu que cette disposition ne permettait pas de mieux comprendre la norme de contrôle applicable. L'article 76 prévoit que « le Tribunal peut, après avoir entendu et examiné l'affaire, rendre une ordonnance [...] annulant la décision ou l'ordonnance du surintendant et la remplaçant par une décision ou une ordonnance qu'à son avis, le surintendant aurait dû rendre ». Par ailleurs, le Tribunal peut rendre une ordonnance « renvoy[ant] l'affaire au surintendant pour une enquête plus poussée, avec des directives que le Tribunal juge indiquées ». Le Tribunal a fait remarquer qu'il ne ressort de ses larges pouvoirs, dont la capacité de remplacer la décision du surintendant des pensions par celle « qu'à son avis » le surintendant aurait dû rendre, aucune intention de la part du

législateur que les décisions du surintendant soient assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable. Le Tribunal a conclu que le législateur a voulu que « les appels [...] soient menés de façon *de novo*, sans aucune déférence envers la décision des instances chargées de la réglementation » (décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 61 et 67).

[107] À mon avis, le Tribunal avait raison. Cela dit, contrairement au Tribunal, j'estime que l'obligation d'origine législative de présenter la preuve à l'appui de la décision de la surintendante permet de déterminer si la décision de la surintendante doit, dans le cadre d'une audience *de novo*, être révisée au regard de la norme de contrôle de la décision correcte. Cela est particulièrement vrai lorsque, dans des situations comme en l'espèce, l'audience aboutit à des éléments de preuve et à un dossier nettement différents de ceux relevés par l'enquête de la surintendante et sur lesquels sa décision était fondée. Je rejetterais ce moyen d'appel.

B. *Le Tribunal a-t-il commis une erreur en interprétant l'art. 75 comme ne conférant pas à la surintendante des droits de participation illimités dans un appel porté contre sa décision?*

[108] Avant l'audition de l'appel des syndicats, le Tribunal a invité les parties à se prononcer sur l'étendue des droits de participation de la surintendante (*Association des policiers de Fredericton c. Nouveau-Brunswick (Surintendante des pensions)*, 2019 NBFCST 12). Cette demande a été motivée par le fait que la surintendante avait indiqué, dans le cadre de la fixation des dates de l'appel, qu'elle pourrait témoigner à l'audition de l'appel. Le Tribunal a émis un avis d'audience demandant aux parties d'examiner une décision qu'il avait rendue plus tôt dans l'année concernant les droits de participation en appel : *Sellers c. Nouveau-Brunswick (Surintendante des assurances)*, 2019 NBFCST 2 (il a aussi renvoyé les parties à d'autres décisions : *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd. et al.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2^e) 93; et *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, [1989] A.C.S. n^o 107 (QL)). Dans l'affaire *Sellers*, le Tribunal avait accordé qualité pour agir au surintendant des assurances dans le

cadre d'un appel porté contre sa décision et défini l'étendue de ses droits de participation, compte tenu des principes énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Ontario (Commission de l'énergie)*.

[109] Le Tribunal avait également porté à l'attention des parties la position adoptée par la surintendante concernant ses droits de participation à l'audience du premier appel des syndicats devant le Tribunal (*Association des policiers de Fredericton c. Surintendante des pensions*, 2016 NBF CST 2). Comme le Tribunal l'a expliqué dans sa décision, dans cette instance antérieure, la surintendante avait adopté une position diamétralement opposée; elle avait adopté la position suivante :

[...] dans l'exercice de l'obligation que lui impose l'article 75 de présenter une preuve à l'appui de sa décision, elle devrait défendre sa décision en attirant l'attention du Tribunal sur les considérations, qui procèdent de la compétence et des connaissances spécialisées inhérentes à la charge de surintendant, qui peuvent conférer un caractère raisonnable à ce qui autrement paraîtrait déraisonnable pour quelqu'un qui n'est pas versé dans les complexités du droit des pensions. La surintendante considérait qu'il s'agissait là d'un rôle limité étant donné qu'elle devait respecter l'interdiction de l'autojustification et l'exigence de rester impartiale, notamment dans le contexte d'un différend opposant deux parties comme c'est le cas en l'espèce.

[Décision du Tribunal, 3 décembre 2019, par. 10]

[Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[110] En l'espèce, la surintendante a soutenu devant le Tribunal que l'art. 75 lui conférait les droits illimités d'une partie « à part entière », ce qui comprenait la capacité de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins et de faire des observations comme bon lui semblait. Elle a expliqué que le droit avait changé depuis qu'elle avait avancé la position adoptée dans le premier appel des syndicats devant le Tribunal et que, par suite de la décision rendue dans l'affaire *Ontario (Commission de l'énergie)*, il était maintenant évident qu'un décideur administratif pouvait participer de façon illimitée à un appel porté contre sa propre décision. La Ville a appuyé l'interprétation de l'art. 75 avancée par la surintendante.

[111] Les syndicats ont soutenu que la *Loi* avait conféré la qualité de partie à la surintendante dans le but de lui permettre de présenter la preuve à l'appui de sa décision et qu'elle n'était pas habilitée, de plein droit, à présenter des éléments de preuve supplémentaires ou nouveaux ou à jouer un rôle d'adversaire lorsqu'elle présente de la preuve à l'appui de sa décision. Sa capacité de participer davantage dépendrait des circonstances et serait assujettie au pouvoir discrétionnaire du Tribunal.

[112] L'article 75 est libellé ainsi :

Proceedings before the Tribunal

75(1) The Superintendent is a party to a matter appealed to the Tribunal and is responsible to present a case in support of a decision or order made by the Superintendent.

75(2) In a matter appealed to the Tribunal under section 73, the appellant, the Superintendent and any other person who, in the opinion of the Tribunal, is interested in or affected by the proceedings have the right to be heard.

Parties aux procédures devant le Tribunal

75(1) Le surintendant est partie à toute affaire portée en appel devant le Tribunal et est responsable de la présentation de la preuve à l'appui de toute décision ou ordonnance qu'il a rendue.

75(2) Dans toute affaire portée en appel devant le Tribunal en vertu de l'article 73, le surintendant et toute autre personne qui, de l'avis du Tribunal, est touchée par les procédures ou y a intérêt, ont le droit d'être entendus.

[113] La surintendante a qualité pour agir en qualité de « partie » dans un appel porté contre sa décision devant le Tribunal. Moins évidente est la question de savoir si l'art. 75 exclut l'application des principes de common law de l'impartialité et du caractère définitif et prescrit que les droits de participation de la surintendante ne soient pas limités par ces principes.

[114] Le Tribunal a rejeté l'argument selon lequel l'art. 75 vise à conférer à la surintendante, dans tous les cas, les mêmes droits de participation illimités qu'un appelant lésé. Il a déterminé que rien ne disait clairement que le législateur entendait exclure l'application des principes de common law de l'impartialité décisionnelle et du caractère définitif des décisions, tels que ces principes sont décrits dans *Ontario (Commission de l'énergie)*, et que la responsabilité d'origine législative de présenter la preuve à l'appui de

sa décision reflète une intention de lui permettre de participer d'une manière qui concorde avec sa position.

[115] De plus, le Tribunal a défini l'étendue de la capacité de la surintendante de participer à l'appel. Il l'a fait en examinant séparément les éléments de preuve qu'elle pouvait présenter et les observations qu'elle pouvait faire. En reconnaissance de la responsabilité d'origine législative de la surintendante d'étayer sa décision, le Tribunal a reconnu qu'elle devait présenter tous les éléments de preuve qu'elle avait pris en considération pour arrêter la décision frappée d'appel. En outre, et compte tenu de la nécessité d'arriver à une décision bien éclairée, le Tribunal a reconnu que la surintendante était habilitée à introduire des éléments de preuve nouveaux ou supplémentaires dans deux circonstances générales. Il a expliqué :

[...] Dans l'affaire *Sellars* [...], le Tribunal a déterminé qu'en règle générale, en cas d'appel d'une décision que la surintendante des assurances a rendue en vertu de la *Loi sur les assurances*, cette dernière ne peut pas produire une preuve supplémentaire pour compléter le *Dossier*. Le Tribunal a reconnu deux exceptions : (1) lorsque l'appelant ou le Tribunal soulève un moyen d'appel qui n'est pas couvert par le contenu du *Dossier du processus décisionnel* et (2) lorsque le Tribunal a besoin d'une preuve supplémentaire pour clarifier la question et la trancher comme il se doit. [...] [par. 61]

[C'est moi qui souligne.]

[116] S'agissant des observations ou des arguments que la surintendante pouvait présenter, le Tribunal a décidé que, bien que l'art. 75 ne lui donne pas « carte blanche [...] pour invoquer tout argument qu'elle souhaite faire valoir lors de l'appel », elle avait le droit de présenter des arguments qui étaient explicites ou implicites dans sa décision et de présenter des observations concernant toute autre question où l'expertise de la surintendante serait importante pour trancher l'appel comme il se doit (par. 71 à 73). Définissant dans leurs grandes lignes les types de domaines où une telle participation conviendrait, et ses motifs pour le faire, le Tribunal a déclaré :

La jurisprudence reconnaît qu'un décideur administratif qui a qualité pour agir dans le cadre d'un appel ou d'un

contrôle judiciaire peut présenter des arguments sur les questions suivantes :

- expliquer quelles sont ses politiques et pratiques établies, même lorsque les motifs contestés n'en font pas mention [*Ontario (Commission de l'énergie)*, par. 68];
- répondre aux arguments de la partie adverse [*Ontario (Commission de l'énergie)*, par. 68];
- offrir différentes interprétations de ses motifs qui sont compatibles avec la décision initiale ou implicites dans cette dernière [*Ontario (Commission de l'énergie)*, par. 65];
- aider l'organe d'appel en lui faisant des observations de nature à éclaircir les questions en se fondant sur ses connaissances spécialisées, au lieu d'être empreintes d'un parti pris agressif contre la partie adverse [*Ontario (Commission de l'énergie)*, par. 61];
- attirer l'attention de la cour de révision ou du tribunal administratif sur des aspects du dossier dans le but de broser un portrait complet des éléments dont le décideur a tenu compte pour parvenir à sa décision [*The Hospital c. X.P.*, 2018 BCSC 2079, par. 51];
- expliquer en quoi une certaine interprétation de la disposition législative en cause pourrait avoir une incidence sur d'autres dispositions du régime de réglementation ou sur les réalités factuelles et juridiques de son domaine de spécialisation [*Ontario (Commission de l'énergie)*, par. 53].

Cela permettra au Tribunal de bénéficier de l'expertise et de la connaissance du secteur des pensions de la surintendante. La surintendante est ainsi en mesure de présenter, relativement à certains aspects, des arguments que d'autres parties auraient peut-être plus de difficulté à invoquer. À notre avis, c'est précisément pour cette raison que le législateur a accordé à la surintendante le droit d'intervenir lorsque ses décisions sont portées en appel devant le Tribunal.

Finale^{ment}, la surintendante doit aussi faire preuve de prudence et s'abstenir de plonger « trop loin, trop intensément ou trop énergiquement dans le bien-fondé de l'affaire » car cela pourrait l'empêcher de procéder par la suite à un réexamen impartial du bien-fondé de l'affaire [*Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, au par. 16, cité dans *Ontario (Commission de l'énergie)* au par. 51]. [par. 72 à 74]

[C'est moi qui souligne.]

[117] Enfin, s'agissant de la capacité de la surintendante de présenter de nouveaux éléments de preuve et de faire des observations concernant un nouveau moyen d'appel ou lorsque le Tribunal avait besoin d'aide, le Tribunal a conclu que de telles circonstances n'existaient pas en l'espèce. Le Tribunal a rejeté l'affirmation simple selon laquelle l'appel des syndicats soulevait de nouvelles questions qui devaient être abordées, relevant que la surintendante n'avait pas cerné de nouvelles questions spécifiques au sens de l'arrêt *Sellars*. Il a avancé que, si la surintendante prenait connaissance de telles questions, elle devrait les porter à l'attention du Tribunal avant la tenue de l'audition de l'appel. Le dossier n'indique pas qu'une demande ultérieure ait été faite pour présenter des éléments de preuve supplémentaires ou pour formuler de nouvelles observations ayant trait à une nouvelle question.

[118] À mon avis, le Tribunal n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a décidé que l'art. 75 n'exclut pas l'application du principe de common law de l'impartialité et l'équité et ne prescrit pas non plus que la surintendante jouisse des droits de participation illimités dont jouit une partie lésée dans le cadre de l'appel de ses décisions.

[119] Bien qu'elle soit une « partie » du fait de la loi, la surintendante n'est pas une partie ordinaire; elle est une partie dont la décision a été contestée. Cette qualité est un facteur important en ce qui concerne la détermination des droits de participation conférés par l'art. 75. Premièrement, à moins que la disposition puisse être interprétée comme excluant les principes de common law de l'impartialité décisionnelle et du caractère définitif des décisions, il y a lieu de l'interpréter et de l'appliquer au regard de ces principes. Deuxièmement, eu égard à sa qualité d'auteur de la décision frappée d'appel, la disposition prescrit à la surintendante de s'acquitter de la responsabilité de

« présent[er] la preuve à l'appui » de sa décision. Soit il s'agit de termes de délimitation, comme le Tribunal en a décidé, soit ces termes imposent une responsabilité indépendante qui est censée s'ajouter au droit de participer en qualité de partie sans aucune contrainte découlant du fait qu'elle est l'auteure de la décision frappée d'appel, ce qui, selon la surintendante et la Ville, est l'interprétation correcte de l'art. 75.

[120] S'agissant de son analyse interprétative et des principes de l'impartialité décisionnelle et du caractère définitif des décisions, le Tribunal a relevé que la common law peut constituer une partie importante du contexte dans lequel les lois ont été adoptées et dans lequel elles doivent être interprétées. Il a également correctement expliqué que, selon un principe d'interprétation ordinaire, le droit en vigueur, c'est-à-dire la common law, est pris en compte dans le cadre du travail de rédaction et que, « pour que les principes de common law soient exclus d'une loi, il faut que le législateur l'exprime clairement » (*R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402). Pour déterminer lesquels des principes de common law de l'impartialité et du caractère définitif des décisions qui s'appliqueraient, à moins d'être exclus ou modifiés par l'art. 75, le Tribunal s'est appuyé sur l'arrêt *Ontario (Commission de l'énergie)*.

[121] La surintendante soutient que le Tribunal a commis une erreur en s'appuyant sur l'arrêt *Ontario (Commission de l'énergie)*, car cette affaire a été tranchée sous le régime d'une loi qui ne comportait pas de disposition accordant à la Commission la qualité pour agir, celle-ci ayant simplement le droit d'être entendue. De plus, dans cette affaire, il n'y avait aucune obligation de tenir compte de facteurs tels que le mandat de la surintendante. Lors de l'audition de l'appel, la Ville a soutenu que le Tribunal avait mal appliqué l'arrêt *Ontario (Commission de l'énergie)*. Elle a fait remarquer que, contrairement à la situation dans l'affaire *Ontario (Commission de l'énergie)*, qui concernait la révision d'une décision juridictionnelle de la Commission de l'énergie, en l'espèce, la surintendante est une décideuse administrative enquêtrice, et c'est le Tribunal qui tient l'audience juridictionnelle à la première instance en réponse aux plaintes des syndicats. La Ville soutient en outre que, lorsque le décideur a le double rôle de faire enquête et de rendre une décision, en cas d'appel de cette décision, les principes de common law de l'impartialité et du caractère définitif ne s'appliquent pas pleinement.

Elle soutient que le Tribunal n'a pas posé la question suivante : quels sont les droits de participation d'un décideur enquêteur à la première instance en cas d'appel de sa décision?

[122] Il est évident que le Tribunal était conscient de la distinction entre le rôle de la surintendante et celui d'un décideur comme la Commission dans l'affaire *Ontario (Commission de l'énergie)*. Les principes de common law de l'impartialité et du caractère définitif ne se limitent pas aux situations où la décision frappée d'appel (ou soumise à révision) est le produit d'une audience de vive voix ou est un véritable appel, où le dossier se limite au dossier dont était saisi le décideur à la première instance.

[123] La décision rendue dans l'affaire *Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [2005] O.J. No. 1426 (QL) (C.A. Ont.) (« *Goodis* ») est un exemple où une cour d'appel a appliqué ces principes à un arbitre administratif, qui ressemble à la surintendante. Dans l'affaire *Goodis*, l'avocate des enfants a contesté la participation de la commissaire à une révision judiciaire de la décision de la commissaire. Après que l'avocate des enfants eut refusé une demande d'information présentée sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31 (la *LAIPVP*), l'auteure de la demande a interjeté appel de la décision de l'avocate des enfants auprès de la Commission, comme le permet la *LAIPVP*. La Commissaire a tenu une audience par voie d'observations écrites et, dans une décision de 24 pages, elle a accueilli l'appel et ordonné la divulgation de certains documents *Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [2003] O.J. No. 3522 (QL)). L'avocate des enfants a sollicité la révision judiciaire de l'ordonnance de la commissaire et la commissaire a contesté sa demande. L'avocate des enfants a présenté une requête sollicitant une ordonnance refusant à la commissaire la qualité pour agir ou lui accordant une qualité pour agir limitée. Cette requête et la requête en révision judiciaire ont été rejetées et l'avocate des enfants a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. Tout comme l'art. 75 de la *Loi* en l'espèce, le par. 9(2) de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* de l'Ontario accorde à la personne autorisée à exercer une compétence légale la qualité de partie dans le cadre d'une révision judiciaire se rapportant à l'exercice de cette compétence. Et

comme c'est le cas pour la *Loi*, l'étendue de la qualité pour agir du décideur n'est pas expressément définie dans la loi ontarienne visée. Le juge d'appel Goudge, au nom de la cour, a statué :

[TRADUCTION]

Le silence de la loi [sur l'étendue des droits de participation] laisse nécessairement cette question à l'appréciation de la cour, dans le cadre de sa tâche consistant à s'assurer que ses procédures servent l'intérêt de la justice. Lorsque la question se pose, la cour doit exercer ce pouvoir discrétionnaire pour déterminer l'étendue de la qualité pour agir à accorder à un tribunal qui est partie à une procédure de révision judiciaire. [par. 27]

[124] Dans l'affaire *Goodis*, la cour a jugé que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire doit être guidé par les principes énoncés dans les arrêts *Paccar* et *Northwestern Utilities Ltd. c. Edmonton (City)*, [1929] S.C.R. 186. Le principe tiré de l'arrêt *Paccar* est [TRADUCTION] « la nécessité de faire en sorte que la cour rende une décision parfaitement éclairée sur les questions en litige », reconnaissant l'expertise spécialisée des décideurs administratifs (par. 37). Le deuxième principe, tiré de l'arrêt *Northwestern Utilities*, est [TRADUCTION] « la nécessité d'assurer l'impartialité du tribunal administratif » (par. 38); ce principe est particulièrement important lorsque l'affaire pourrait être renvoyée au même décideur administratif. La cour a également soulevé la question de l'importance d'éviter l'« autojustification », qui peut compromettre le processus décisionnel du tribunal administratif. Après avoir examiné ces principes, la cour a déterminé qu'il convenait que la commissaire jouisse de la pleine qualité pour agir dans cette affaire pour [TRADUCTION] « assurer que soit rendue une décision parfaitement éclairée sur les questions en litige sans compromettre de façon importante son impartialité ou compromettre l'intégrité de son processus décisionnel » (par. 59).

[125] Dans l'arrêt *Ontario (Commission de l'énergie)*, la Cour suprême a analysé l'arrêt *Goodis*, parmi d'autres décisions rendues en appel qui ont traité de cette question, et a déterminé que « [l]a démarche discrétionnaire préconisée dans *Goodis*, *Leon's Furniture* et *Quadrini* offre le meilleur moyen d'assurer le caractère définitif de la

décision et l'impartialité du décideur sans que la cour de révision ne soit alors privée de données et d'analyses à la fois utiles et importantes » (par. 52). La Commission de l'énergie de l'Ontario jouissait du droit d'origine législative d'être entendue en cas d'appel de sa décision (par. 33(3) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.O. 1998, ch. 15, ann. B). Malgré ce droit d'origine législative, la Cour suprême a appliqué la démarche discrétionnaire pour déterminer l'étendue des droits de participation de la décideuse administrative.

[126] Dans ses observations orales, la Ville a mentionné pour la première fois d'autres décideurs administratifs relevant de la législation provinciale qui, semble-t-il en pratique, sont autorisés à participer à plein titre en qualité de partie aux renvois ou aux appels entrepris contre leurs décisions, notamment : le directeur des normes d'emploi sous le régime de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2; la Commission sous le régime de la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 2011, ch. 171; et l'agent principal de contrôle sous le régime de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail et le Tribunal d'appel des accidents au travail*, L.N.-B. 1994, ch. W-14. Cet argument n'est pas utile à l'analyse interprétative en l'espèce. Premièrement, les régimes et les contextes législatifs dans lesquels les décisions administratives sont prises sont différents. Même l'exemple du directeur des normes d'emploi qui, comme la surintendante, a la responsabilité de présenter la preuve à l'appui de la décision renvoyée à la Commission, n'est d'aucune utilité en l'absence de toute décision judiciaire selon laquelle un tel libellé vise à exclure l'application des principes de common law de l'impartialité et du caractère définitif.

[127] Bien que l'art. 75 accorde à la surintendante la qualité de « partie », jouissant du droit d'être entendue, droit qui est commun à tous les participants, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'intention du législateur est soit d'écarter complètement l'application des principes de common law qui s'appliqueraient autrement pour déterminer l'étendue de son rôle, soit d'obliger le Tribunal à considérer que la surintendante n'est pas différente de toute autre partie. Au contraire, la même phrase qui déclare que la surintendante est partie à un appel lui impose la responsabilité de présenter la preuve à l'appui de sa décision. C'est là une reconnaissance législative explicite du

statut unique qui est le sien en qualité de décideuse administrative dont la décision est contestée par le truchement de la procédure prescrite par la *Loi*. Elle la distingue des autres parties; l'art. 75 ne prescrit pas de la même façon le rôle d'un appelant ou de toute autre personne visée par la décision de la surintendante.

[128] Le refrain selon lequel la surintendante est une partie jouissant du droit d'être entendue qui doit donc jouir de droits de participation illimités ne tient pas compte des principes de common law de l'impartialité et du caractère définitif (voir, par exemple, l'arrêt *Goodis*), et rien d'autre dans le libellé de l'art. 75 ne laisse entendre qu'ils sont censés être exclus. Rien dans le libellé de l'art. 75 ne reflète une intention de conférer à la surintendante des droits de participation illimités, y compris le droit de présenter de nouveaux éléments de preuve, de témoigner ou de contre-interroger les témoins.

[129] Interprétés selon leur sens grammatical et ordinaire, les termes de l'art. 75 n'ont pas non plus pour effet d'empêcher l'application des principes de l'impartialité et du caractère définitif de servir de guide pour déterminer la participation de la surintendante à l'appel. L'interprétation de la disposition dans son contexte, d'une manière qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la *Loi*, ne change rien à cet égard. Le fait que la surintendante doive présenter la preuve à l'appui de sa décision ou de son ordonnance laisse entendre qu'elle ne peut présenter que le fondement de sa décision ou de son ordonnance. Les versions anglaise et française du par. 75(1) confirment cette interprétation. Bien que la version française de cette disposition, interprétée uniquement de façon littérale, assimile le membre de phrase « la présentation de la preuve [*a case*] à l'appui » de la décision frappée d'appel à « la présentation de la preuve [*evidence*] à l'appui » de la décision, cela n'a aucune importance. Dans ce contexte, le terme « preuve » doit s'entendre du dossier, y compris les éléments de preuve que la surintendante a pris en compte pour rendre la décision frappée d'appel. Comme l'explique le Tribunal :

La surintendante soutient que les mots « *présentation de la preuve à l'appui de toute décision* » dans la version française du paragraphe 75(1) habilite clairement la surintendante à présenter une preuve supplémentaire ou de

nouveaux éléments de preuve lors de l'audition de l'appel et à contre-interroger les témoins.

Nous rejetons cet argument. Il est reconnu en droit que les deux versions, anglaise et française, d'une loi néo-brunswickoise ont même valeur [*Loi sur les langues officielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. O-1]. Lorsque nous interprétons une loi, nous devons donner effet au sens qui est commun aux deux versions. Notre Cour d'appel a réitéré ce principe dans l'arrêt *Gestion Kenmont Inc. c. Administration portuaire de Saint-Jean*, 2002 NBCA 11. La Cour a précisé au paragraphe 37 que « *si l'une [des versions] est ambiguë et l'autre claire et non équivoque, on doit préférer la dernière à moins qu'une intention contraire ne soit par ailleurs manifeste* ». Par conséquent, ce n'est que dans les cas où l'une des deux versions est ambiguë que l'on doit préférer l'autre version.

[...]

Nous ne voyons aucune ambiguïté ou incohérence entre les versions anglaise et française. Il n'existe aucune différence contextuelle entre les expressions « to present a case in support of (her) decision [...] » et « présentation de la preuve à l'appui de (sa) décision [...] ». Pour intervenir à l'appui d'une décision, il faut nécessairement produire la preuve sur laquelle cette décision est fondée. Bien que la version anglaise du paragraphe 75(1) n'utilise pas le terme anglais « evidence », qui serait la traduction littérale ou directe du terme français « preuve » qui se trouve dans la version française, les mots employés dans les deux versions atteignent le même objectif : un renvoi au dossier des procédures qui se sont déroulées devant la surintendante des pensions, lequel dossier comprend la preuve qui a servi de fondement à sa décision.

[Décision du Tribunal, 3 décembre 2019, par. 53, 54 et 57]

[Souligné dans l'original.]

[130] À défaut d'une intention claire d'écarter les principes de common law, les dispositions doivent être interprétées à la lumière de ceux-ci.

[131] Interprété dans son contexte, l'art. 75 reflète l'intention d'inclure dans la qualité de la surintendante d'intervenir dans un appel un rôle important et actif, mais pas nécessairement illimité. Cela est particulièrement évident lorsque l'appel doit être mené

par voie d'audience *de novo* et que le dossier de la preuve peut être beaucoup plus volumineux que celui qui a servi de fondement à la décision de la surintendante.

[132] Bien que, dans de telles circonstances, les préoccupations concernant le caractère définitif soient moindres, interpréter l'art. 75 comme conférant à la surintendante des droits de participation illimités, équivalents à ceux dont jouit un appelant lésé dans le cadre d'une audience *de novo*, pourrait transformer le rôle que lui impartit la loi, qui est d'appuyer sa décision, en un rôle d'adversaire de l'appelant lésé. Il s'agit là d'un résultat contraire au libellé du par. 75(1) et certainement incompatible avec les principes de common law, notamment en ce qui concerne l'impartialité, qui est un signe éloquent de l'intention du législateur.

[133] L'impartialité entre indubitablement en jeu ici parce que les questions soulevées dans l'appel interjeté devant le Tribunal auraient pu être renvoyées à la surintendante pour réexamen systématique. Si elle n'était pas, à tout le moins, empêchée d'adopter le rôle d'adversaire en appel, elle serait exposée au risque très réel de saper son impartialité. Cette préoccupation est particulièrement impérieuse en l'espèce, où n'intervient aucun autre décideur, comme il pourrait en être le cas pour d'autres décideurs administratifs. Si le Tribunal avait ordonné le renvoi de l'affaire pour complément d'enquête ou réexamen de tout ou partie des questions sous-jacentes (ou si notre Cour devait le faire), la surintendante statuerait à nouveau sur des prétentions contradictoires liées au fond.

[134] Enfin, en raison de la responsabilité permanente de la surintendante, les préoccupations concernant son impartialité débordent le cadre de la question en litige en l'espèce. Pour illustrer le type d'intervention continue qui accentue la nécessité d'être attentive à l'obligation d'impartialité, il suffit de s'attarder à la décision antérieure de la surintendante concernant ces parties, laquelle a été infirmée par la première décision du Tribunal. De plus, en l'espèce, lorsque les syndicats ont étoffé les plaintes qu'elles ont déposées auprès de la surintendante en novembre 2017, celle-ci a noté, par écrit, la nature adversative du différend et a rappelé avec justesse aux représentants des parties leur rôle au sein de la Commission des pensions. Par la suite, en rendant la décision portée en

appel devant le Tribunal, la surintendante a de nouveau relevé le degré d'animosité, exprimant des opinions qui ont incité les syndicats à indiquer qu'elle avait conclu à tort que leurs plaintes étaient motivées par la relation hostile entre les parties. Elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Les parties semblent malheureusement entretenir des relations hostiles et il serait certainement à leur avantage d'avoir de meilleures communications, autre que de se signifier des actes de procédure, mais il ne m'appartient pas de servir de médiatrice à cet égard. À mon avis, les policiers et les pompiers tentent d'utiliser mon bureau comme une arme dans leur conflit persistant avec la Ville, chose que je refuse tout simplement de faire. Bien que la Loi me confère de très larges pouvoirs d'enquête dans le domaine des pensions pour veiller au respect de la Loi, elle serait mal utilisée si elle servait à poursuivre une fin ne relevant pas de ce mandat.

[Décision de la surintendante, 12 juillet 2018, par. 44]

[C'est moi qui souligne.]

[135] En résumé, je ne suis pas d'avis que le Tribunal a commis une erreur en interprétant l'art. 75 comme n'accordant pas la capacité illimitée de participer à l'appel en qualité de partie.

[136] Étant donné que la position adoptée par la surintendante et la Ville était que toute limitation de ses droits de participation était incompatible avec l'art. 75, point n'est besoin d'analyser l'étendue de ces droits telle que définie par le Tribunal. Qu'il suffise de dire que, pour que le Tribunal puisse bénéficier de l'expertise et des connaissances de la surintendante, ce qui est bien reconnu dans la décision rendue par le Tribunal, il n'était pas nécessaire qu'elle jouisse de droits de participation illimités. Dans une autre affaire, où il n'y a pas d'autre partie jouissant du plein droit de s'adresser aux tribunaux, assorti du droit de contre-interroger, d'introduire des éléments de preuve et de formuler des observations sur toutes les questions litigieuses, comme c'était le cas en l'espèce, ses droits de participation pourraient bien être différents et devront être déterminés en fonction des circonstances à ce moment-là (*Ontario (Commission de l'énergie*), par. 59).

[137] De plus, la surintendante n'a signalé aucun détriment ou préjudice que subirait le processus juridictionnel par suite de la décision du Tribunal concernant ses droits de participation. Rappelons que le Tribunal a conclu que l'appel interjeté par les syndicats contre la décision de la surintendante ne soulevait pas de nouvelles questions, malgré les prétentions contraires de cette dernière. Lors de l'audience devant notre Cour, la surintendante a indiqué que, si elle y avait été autorisée, elle aurait témoigné au sujet des ordonnances qu'elle avait rendues et elle aurait répondu au rapport de M. George, l'actuaire appelé par les syndicats. Rien n'indique comment son intervention au sujet de ses ordonnances aurait profité au processus juridictionnel devant le Tribunal, et il est difficile d'imaginer comment cela aurait pu être utile puisque le dossier de la preuve dont était saisi le Tribunal était beaucoup plus volumineux que les éléments de preuve découlant de l'enquête de la surintendante. Il n'y avait pas non plus d'indication de ce que la surintendante aurait dit au sujet du rapport de M. George. Bien qu'un représentant de Mercer figurât sur la liste des témoins de la Ville, celle-ci a choisi de ne pas l'appeler, et M. George a été le seul actuaire à témoigner. Malgré la décision du Tribunal concernant les droits de participation de la surintendante, il était loisible à celle-ci d'obtenir l'autorisation de présenter des éléments de preuve ou de formuler des arguments fondés sur le cadre décrit par la décision du Tribunal. Aucune demande de ce genre n'a été présentée ou rejetée.

[138] Pour terminer, dans ses moyens d'appel, la Ville affirme que le Tribunal a commis une erreur en soulevant, de sa propre initiative, la question des droits que confère l'art. 75 à la surintendante; toutefois, la Ville a retiré ce moyen à l'audience devant notre Cour. Bien que la surintendante n'ait pas contesté le fait que le Tribunal avait soulevé la question de ses droits de participation, elle a fait remarquer que notre Cour avait récemment décidé que le Tribunal n'aurait pas dû soulever une question de sa propre initiative (voir *Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières c. Crandall*, 2020 NBCA 76, [2020] A.N.-B. n° 287 (QL)). Les circonstances de cette affaire étaient tout à fait différentes et elle ne s'applique pas à la présente espèce. Le Tribunal avait simplement attiré l'attention des parties sur une décision qu'il avait récemment rendue concernant les droits de participation et avait invité les parties à

exprimer leurs points de vue sur cette question. Ce faisant, le Tribunal a relevé que la surintendante avait abandonné l'interprétation des droits de participation que lui confère l'art. 75, interprétation qu'elle avait adoptée à l'audience qui avait mené à la première décision du Tribunal. À mon avis, la Ville était fondée à retirer ce moyen d'appel.

C. *Le Tribunal a-t-il commis une erreur en rejetant l'objection opposée par la Ville à la prétention des syndicats concernant Mercer au motif qu'elle n'avait pas été soulevée dans le cadre de leur appel contre la décision de la surintendante?*

[139] Devant le Tribunal, la Ville a contesté le droit des syndicats d'affirmer que Mercer était en situation de conflit d'intérêts et avait manqué à son devoir fiduciaire. Selon la Ville, ces prétentions n'ont pas été soulevées dans les avis d'appel. Le Tribunal n'était pas du même avis et a rejeté l'objection de la Ville.

[140] Dans l'appel qu'elle a interjeté contre cette décision du Tribunal, la Ville soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit et elle s'appuie sur la jurisprudence qui étaye la thèse selon laquelle de nouvelles questions ne peuvent être soulevées en appel, sauf dans des circonstances limitées. L'état du droit ne fait pas l'objet d'un litige.

[141] La décision du Tribunal selon laquelle les prétentions des syndicats n'étaient pas nouvelles est fondée sur son évaluation du dossier et sa conclusion selon laquelle ces prétentions étaient au cœur des plaintes des syndicats auprès de la surintendante et de l'appel qu'ils ont interjeté contre sa décision devant le Tribunal. Le Tribunal a déclaré ce qui suit :

[...] À notre avis, la conduite de Mercer est au cœur des moyens d'appel (i) et (iii), qui visent le rapport d'évaluation actuarielle révisé pour 2016 et la nécessité de retenir les services d'un actuaire indépendant. Dans leur plainte à la surintendante et leurs *Avis d'appel* modifiés, les syndicats allèguent clairement que Mercer n'a pas agi convenablement en présentant des rapports sans avoir obtenu l'approbation de la Commission des pensions et en agissant à la demande de la Ville plutôt que conformément aux directives de la Commission des pensions.

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 11]

[142] Le dossier étaye ces conclusions. Les prétentions des syndicats concernant le fait que Mercer prenait des directives de la Ville, plutôt que de la Commission des pensions, ainsi que le fondement factuel sur lequel reposent ces prétentions ont été soulevés pour la première fois lors de la réunion de la Commission des pensions qui a eu lieu le 17 mars 2017, ou immédiatement après cette réunion. Elles ont ensuite été soulevées dans la lettre des syndicats en date du 31 mars 2017, dans leurs plaintes déposées en juillet 2017 (étouffées en octobre 2017) et dans leur avis d'appel modifié, qui affirmaient que David Hughes n'était pas [TRADUCTION] « indépendant » et [TRADUCTION] « agissait [...] dans l'unique intérêt de la Ville [...] sans tenir compte des droits des participants » au régime des policiers et des pompiers. La plainte initiale revendiquait la nécessité que l'actuaire soit indépendant. Tous ces documents allèguent que Mercer n'était pas indépendante de la Ville et qu'elle n'agissait que selon les instructions de la Ville, plutôt que selon celles de la Commission des pensions. Ces affirmations factuelles sont à l'origine de toutes les prétentions.

[143] Subsidiairement, la Ville soutient que le Tribunal a commis une erreur en examinant cette prétention parce que la surintendante n'a pas rendu de décision quant à savoir si Mercer était en situation de conflit d'intérêts ou avait manqué à son devoir fiduciaire. Elle soutient que la compétence que confère au Tribunal l'art. 73 de la *Loi* ne s'étend qu'aux ordonnances ou aux décisions rendues par la surintendante. Aucune source n'a été citée à l'appui de cette interprétation. Elle reflète une interprétation déraisonnablement restrictive de la disposition, qui limite de manière injustifiée la compétence du Tribunal de répondre à un appel de la manière envisagée par la *Loi*. De plus, le par. 38(5) prévoit expressément que le Tribunal peut trancher toutes les questions de fait ou de droit.

[144] Je rejetterais ce moyen d'appel.

D. *Le Tribunal a-t-il commis une erreur en décidant que les faits établis fournissaient des motifs raisonnables et probables de croire à l'existence d'au moins une des circonstances énumérées au par. 72(2), de manière à justifier qu'une ordonnance soit rendue en vertu du par. 72(1)?*

[145] Quatre moyens d'appel sont invoqués en contestation de la décision du Tribunal selon laquelle il était habilité à rendre une ordonnance en vertu du par. 72(1).

[146] Le paragraphe 72(1) prévoit que le surintendant des pensions peut, « dans les circonstances mentionnées au par. (2) », exiger par une ordonnance qu'une personne prenne ou s'abstienne de prendre une mesure quelconque relative à un régime de pension.

[147] Les circonstances énumérées au par. 72(2) sont établies lorsque le surintendant des pensions, « fondé sur des motifs raisonnables et probables, [...] est d'avis », qu'elles existent. L'éventail des circonstances qui fondent la capacité de rendre une ordonnance en vertu du par. 72(1) est large, et le seuil pour déterminer leur existence est peu élevé (la disposition est reproduite ci-dessus (par. 28)).

[148] Le Tribunal s'est formé l'opinion selon laquelle les faits établis relevaient d'un certain nombre des circonstances énumérées au par. 72(2).

[149] Il a conclu que la Ville avait « usurpé » le rôle de la Commission des pensions à plusieurs reprises, et que Mercer et Jane Blakely, en agissant selon les instructions de la Ville et dans la défense de ses priorités, avaient violé l'obligation en matière de conflits d'intérêts à laquelle ils étaient astreints par application du par. 17(3). Le Tribunal a expliqué :

La Ville a usurpé à plusieurs reprises les pouvoirs de la Commission des pensions en demandant à Mercer d'utiliser un certain taux d'actualisation et de réduire les taux de cotisation. Comme nous le verrons, David Hughes et Brendan George ont tous deux déclaré que le plafonnement des taux de cotisation n'était pas dans l'intérêt supérieur du régime étant donné son important déficit de solvabilité. Ils ont également indiqué que le maintien du plafond

entraînerait des réductions de prestations. La preuve exposée ci-dessus établit clairement que M^{me} Blakely a facilité l'usurpation par la Ville des pouvoirs de la Commission des pensions par ses interactions avec Mercer et par la nature de sa participation au sein de la Commission des pensions. Nous concluons que M^{me} Blakely s'est servie de sa fonction de membre de la Commission des pensions afin de promouvoir les intérêts de la Ville. Or, ces intérêts entraînent clairement en conflit avec les intérêts supérieurs des participants au régime des policiers et des pompiers.

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 183]

[C'est moi qui souligne.]

[150] Ces constatations et d'autres constatations semblables selon lesquelles la Ville avait usurpé le rôle de la Commission des pensions constituent une reconnaissance du fait que le régime de pension n'était « pas administré conformément [...] au régime de pension » (al. 72(2)a)). En effet, l'affirmation selon laquelle la Ville avait usurpé les pouvoirs de la Commission des pensions a été répétée relativement à un certain nombre de mesures, notamment concernant le fait que la Ville avait ordonné à l'actuaire de déposer les divers rapports actuariels après que la Commission des pensions eut révoqué son approbation de ces rapports. De même, ces constatations ont motivé la conclusion du Tribunal voulant que M^{me} Blakely et Mercer aient violé l'obligation en matière de conflits d'intérêts imposée par le par. 17(3) (al. 72(2)c)).

[151] Le Tribunal a également conclu que le dépôt par la Ville, plutôt que par la Commission des pensions, de la modification au régime des policiers et des pompiers en août 2017, violait l'art. 11 de la *Loi* (al. 72(2)c)). De plus, il a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables et probables de croire que, si la modification était acceptée par la surintendante, l'« insuffisance de fonds pour verser les pensions ou les prestations [...] [serait] vraisemblable » (al. 72(2)h)).

[152] En somme, le Tribunal a conclu que les faits établis relevaient d'un certain nombre des circonstances énumérées au par. 72(2) et que la surintendante avait le pouvoir de rendre une ordonnance en vertu du par. 72(1).

- (1) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que Mercer était une représentante de la Commission des pensions pour l'application du par. 18(3)?

[153] La raison pour laquelle le Tribunal était d'avis que, par sa conduite, Mercer avait violé son obligation en matière de conflit d'intérêts envers la Commission des pensions, en violation du par. 17(3) de la *Loi*, a été expliquée plus en détail de la façon suivante :

L'actuaire doit suivre les instructions de l'administrateur du régime et éviter les conflits d'intérêts. Brendan George a témoigné que le client de l'actuaire du régime est l'administrateur du régime. M. George a précisé que lorsqu'un régime de pension est administré par une Commission, l'actuaire devrait communiquer avec tous les membres de la Commission ou avec la personne que celle-ci désigne, par exemple son président.

Du 31 mars 2013 au 27 novembre 2017, l'administrateur du régime des policiers et des pompiers était la Commission des pensions. Nous concluons qu'au cours de cette période, David Hughes était tenu de prendre ses instructions de la Commission, ce qu'il aurait dû savoir. Blair Sullivan, représentant des pompiers au sein de la Commission des pensions, a témoigné que la Commission n'avait pas autorisé Mercer ou David Hughes à traiter avec une personne désignée par la Commission.

[...]

La Ville ne nie pas que David Hughes a soumis le rapport d'évaluation actuarielle pour 2016 sans l'approbation de la Commission des pensions. Elle affirme cependant que la question est théorique puisque la surintendante a rejeté l'évaluation initiale pour 2016 et que celle-ci a donc dû être révisée et soumise de nouveau. Nous ne sommes pas de cet avis. Comme nous le verrons plus loin, en soumettant des évaluations sans avoir obtenu l'approbation de la Commission, M. Hughes manquait à ses obligations fiduciaires.

[...]

Nous observons que David Hughes n'a pas témoigné lors de l'audience alors qu'il figurait sur la liste de témoins de la Ville. En outre, la Ville n'a produit aucune preuve pour contredire ou discréditer les allégations d'inconduite de la part de M. Hughes soulevées par les syndicats.

La preuve démontre de façon convaincante que Mercer et M. Hughes privilégiaient les intérêts de la Ville au détriment de ceux des participants au régime des policiers et des pompiers. À notre avis, une preuve irréfutable étaye la conclusion que David Hughes était en conflit d'intérêts et a manqué aux obligations fiduciaires qu'il avait envers les participants au régime des policiers et des pompiers en vertu de l'article 18 [du paragraphe 17(3)] de la *Loi sur les prestations de pension*. Cette preuve dépasse très largement le seuil des motifs raisonnables et probables qui sont requis pour rendre une ordonnance en vertu de l'alinéa 72(2)c) de la *Loi sur les prestations de pension*.

[par. 108 et 109, 126, 140 et 141]

[Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[154] La Ville et la surintendante soutiennent que Mercer n'a pas d'obligation d'origine législative d'éviter un conflit d'intérêts avec la Commission des pensions. Elles soutiennent qu'aucune des obligations prescrites par l'art. 17 ne s'applique aux actuaires puisque, disent-elles, l'actuaire nommé par un administrateur n'est pas un représentant de l'administrateur au sens du par. 18(3).

[155] Les obligations établies par l'art. 17 s'appliquent à l'administrateur d'un régime et aux membres d'une commission d'administration. Elles s'appliquent également aux employés et aux représentants d'un administrateur par application du par. 18(3). Les obligations que prescrit l'art. 17 sont communément appelées devoirs fiduciaires ou obligations fiduciaires, comme l'a fait le Tribunal à l'occasion; toutefois, bien qu'il y ait un certain chevauchement avec les devoirs fiduciaires de common law, les obligations que prescrit l'art. 17 doivent être appliquées selon leurs termes :

Duty of care, diligence and skill

17(1) The administrator of a pension plan shall exercise the care, diligence and skill in the administration and investment of

Devoir d'administrer avec soins, diligence et compétence

17(1) L'administrateur d'un régime de pension doit apporter à l'administration et aux placements du fonds de pension les

the pension fund that a person of ordinary prudence would exercise in dealing with the property of another person.

17(2) The administrator or, if the administrator is a committee or a board of trustees, a member of the committee or board that is the administrator of a pension plan shall use in the administration of the pension plan, and in the administration and investment of the pension fund, all relevant knowledge and skill that the administrator or member possesses or, by reason of that person's profession, business or calling, ought to possess.

17(3) An administrator or, if the administrator is a pension committee or a board of trustees, a member of the committee or board that is the administrator of a pension plan shall not knowingly permit that person's interest to conflict with the person's duties and powers in respect of the pension fund.

[Emphasis added.]

soins, la diligence et la compétence qu'une personne d'une prudence normale exercerait pour la gestion des biens d'autrui.

17(2) L'administrateur ou, si l'administrateur est un comité des pensions ou un conseil des fiduciaires, un membre du comité ou du conseil qui est l'administrateur d'un régime de pension doit apporter à l'administration du régime de pension et à l'administration et aux placements du fonds de pension, toutes les connaissances et compétences pertinentes que l'administrateur ou ce membre possède ou devrait posséder en raison de sa profession, de ses affaires ou de sa vocation.

17(3) L'administrateur ou, si l'administrateur est un comité des pensions ou un conseil des fiduciaires, un membre du comité ou du conseil qui est l'administrateur d'un régime de pension ne doit pas sciemment autoriser que l'intérêt de cette personne entre en conflit avec ses fonctions et pouvoirs relatifs au fonds de pension.

[C'est moi qui souligne.]

[156] L'article 18 confère à l'administrateur le pouvoir d'employer un ou plusieurs représentants « pour exécuter tout acte nécessaire à l'administration du régime de pension ». Il prévoit également qu'un « employé ou un représentant d'un administrateur est aussi soumis aux normes applicables à l'administrateur en vertu des paragraphes 17(1), (2) et (3) ».

Employment of agents

18(1) Where it is reasonable and prudent in the circumstances so to do, the administrator of a pension plan may employ one or more agents to carry out any act required to be done in the administration of the pension plan and in the administration and investment of the

Emploi de représentants

18(1) L'administrateur d'un régime de pension peut employer un ou plusieurs représentants pour exécuter tout acte nécessaire à l'administration du régime de pension et à l'administration et aux placements du fonds de pension, lorsqu'il est raisonnable et prudent de le faire dans

pension fund.

18(2) An administrator of a pension plan who employs an agent shall personally select the agent and be satisfied of the agent's suitability to perform the act for which the agent is employed, and the administrator shall carry out such supervision of the agent as is prudent and reasonable.

18(3) An employee or agent of an administrator is also subject to the standards that apply to the administrator under subsections 17(1), (2) and (3).

[Emphasis added.]

les circonstances.

18(2) L'administrateur d'un régime de pension qui emploie un représentant doit le choisir personnellement et être convaincu de son aptitude pour exécuter l'acte pour lequel le représentant est employé et l'administrateur doit exercer sur son représentant une surveillance prudente et raisonnable.

18(3) Un employé ou un représentant d'un administrateur est aussi soumis aux normes applicables à l'administrateur en vertu des paragraphes 17(1), (2) et (3).

[C'est moi qui souligne.]

[157] Le Tribunal a conclu que le par. 18(3) assujettissait Mercer à la même obligation d'éviter les conflits d'intérêts, prévue au par. 17(3), que, par exemple, Jane Blakely, en sa qualité de membre de la Commission des pensions.

[158] La question est de savoir si un actuaire est un représentant pour l'application du par. 18(3), de sorte qu'il est soumis aux mêmes normes, prévues aux par. 17(2) et (3), que celles qui s'appliquent à l'administrateur du régime, aux membres d'une commission d'administration et à tous les autres employés ou représentants de l'administrateur.

[159] La surintendante et la Ville soutiennent que le Tribunal a commis une erreur en omettant de tenir compte des dispositions de la *Loi* et du *Règlement* qui indiquent qu'un actuaire a une obligation d'origine législative indépendante d'accomplir certaines tâches obligatoires qui ne peuvent être accomplies que par un actuaire. Elles soutiennent que ces devoirs et obligations contextualisent l'interprétation du par. 18(3) et militent contre la désignation d'un actuaire comme représentant de l'administrateur du régime, même pour les fins limitées du par. 18(3). Elles soutiennent que ce contexte laisse entendre qu'un actuaire n'accomplit pas de fonctions au nom de l'administrateur au même titre ou de la même manière qu'un employé ou un représentant qui exerce des fonctions que l'administrateur exercerait autrement lui-même. Cela laisse entendre que la nomination d'un actuaire par l'administrateur d'un régime ne découle pas de son pouvoir

d'employer des représentants qui est prévu au par. 18(1); elle découle de l'exigence d'origine législative distincte selon laquelle un régime doit avoir un actuaire pour honorer les obligations que lui impose la *Loi*.

[160] Le paragraphe 18(3) doit être interprété conformément au cadre d'interprétation moderne, qui exige d'interpréter le texte de la disposition à partir des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens grammatical et ordinaire qui s'harmonise avec l'esprit de la *Loi*, son objet et l'intention du législateur.

[161] Outre le fait que le par. 18(1) habilite l'administrateur à employer des représentants, l'arrêté sur le régime de pension lui confère également ce pouvoir :

The Administrator may employ one or more agents to carry out any act required to be done in the administration of the Plan, and in the administration and investment of the Pension Fund.

[Emphasis added.]

L'administrateur peut engager un ou plusieurs mandataires pour accomplir tout acte qui relève de l'administration du régime et de la caisse de retraite et du placement des fonds de celle-ci.

[C'est moi qui souligne.]

[162] Le terme « actuaire » est défini à la fois dans un règlement pris en vertu de la *Loi* et dans l'arrêté sur le régime de pension. Dans cet arrêté, cette définition est rédigée ainsi :

“***Actuary***” means a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries, or a firm of actuaries, at least one of whose members is a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries, **appointed by the Administrator to provide the actuarial services required under the Plan.**

[Emphasis added.]

« ***actuaire*** » Fellow de l'Institut canadien des actuaires, ou cabinet d'actuaires dont au moins un membre possède cette qualité, **désigné par l'administrateur pour fournir les services actuariels qu'exige le régime.**

[Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[163] De façon à peu près semblable, voici la définition que donne de ce terme le Règlement 91-195 :

“***actuary***” means, in respect of a pension plan, a fellow of the Canadian Institute of Actuaries who is appointed by the administrator, either directly or as an

« ***actuaire*** » désigne, relativement à un régime de pension, un Fellow de l'Institut Canadien des Actuaires **nommé par l'administrateur du régime,**

employee of a firm, **to perform valuations and other functions required to be performed under the plan, the Act or the regulations**[.] [Emphasis added.]

directement ou à titre de salarié d'une entreprise, **pour effectuer des évaluations et autres tâches devant être accomplies en vertu du régime, de la Loi ou des règlements**[.] [Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[164] À titre d'exemple du type d'obligation dont doit s'acquitter un actuaire, le par. 9(1) du *Règlement* prévoit que l'administrateur « doit s'assurer que le régime est vérifié par un actuaire et qu'un rapport d'évaluation actuarielle relatif au régime soit préparé par celui-ci ». Dans le *Règlement*, le terme « rapport d'évaluation actuarielle » est défini ainsi :

“**actuarial valuation report**” means, in respect of a pension plan, **a report prepared by an actuary in a manner that** is consistent with the Recommendations for Valuation of Pension Plans adopted by the Canadian Institute of Actuaries and **containing the actuary's statement of opinion and the information required under the plan, the Act and the regulations** respecting a going concern valuation and a solvency valuation[.] [Emphasis added.]

« **rapport d'évaluation actuarielle** » désigne, relativement à un régime de pension, **un rapport préparé par un actuaire d'une manière** conforme aux *Principes directeurs pour l'évaluation des régimes de retraite* de l'Institut Canadien des Actuaires et qui **comprend la déclaration de l'actuaire et les renseignements exigés en vertu du régime, de la Loi et des règlements** relatifs à l'évaluation sur une base de permanence et à l'évaluation de solvabilité[.] [Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[165] Il est évident que la *Loi* crée des obligations qui ne peuvent être exécutées que par un actuaire. À mon avis, la capacité de l'administrateur d'employer des représentants qui est prévue au par. 18(1) constitue le fondement du pouvoir administratif de nommer un actuaire. Il s'agit d'un pouvoir qui ne se limite pas seulement à employer des représentants pour accomplir des tâches qu'un administrateur pourrait accomplir directement. Il s'étend expressément à l'emploi d'un représentant « pour exécuter **tout acte nécessaire à l'administration du régime** ». Cela comprend les responsabilités prévues par la *Loi* et le *Règlement* qui ne peuvent être exercées que par un actuaire.

[166] L'interprétation téléologique du par. 18(3) n'exclut pas les actuaires de son champ d'application. S'il existe des raisons de principe pour exclure les actuaires du

champ d'application des normes prévues aux par. 17(2) ou (3), en particulier la norme relative aux conflits d'intérêts, elles n'ont pas été clairement expliquées devant le Tribunal ou devant notre Cour. De plus, rien n'indique que le législateur avait l'intention d'exclure l'actuaire d'un régime du champ d'application d'une norme applicable à tous les autres. Dans l'affaire *Ontario (Superintendent of Financial Services) c. Norton and Aon Consulting Inc.*, 2006 ONCJ 235, [2006] O.J. No. 2631 (QL), la Cour en est arrivée à une conclusion semblable :

[TRADUCTION]

Les requérants m'ont renvoyé à un document de 1991, intitulé *Panel Discussion, General Meeting of the Canadian Institute of Actuaries, Actuaries Panel Paper*, qui affirme que les actuaires ne sont pas des représentants au sens de l'article 22 de la *Loi*. M^{me} McPhail m'a fourni un article de 1994 rédigé par l'honorable Eileen Gillese (en sa qualité de présidente de la Commission des régimes de retraite de l'Ontario à l'époque) qui adopte le point de vue opposé. Je reconnais que ni l'un ni l'autre de ces documents ne me lie de quelque façon que ce soit, mais je tiens à me reporter au raisonnement développé par M^{me} Gillese dans ce document et à indiquer de quelle façon j'estime qu'il s'applique ici à l'égard de M. Norton. Je reproduis l'extrait qui s'applique :

Il semble, d'après le libellé général du paragraphe 22(5) de la *Loi*, que le législateur entendait faire en sorte que toute personne engagée par l'administrateur pour exécuter une fonction relevant de l'administrateur serait considérée comme un représentant. Dans cette optique, l'actuaire qui prépare un rapport d'évaluation exerce la fonction de l'administrateur et est un représentant. Ceux qui s'occupent de placer les fonds sont des représentants. Ainsi, même s'il existe d'autres descriptions juridiques qui peuvent s'appliquer aux rapports lorsqu'ils sont envisagés dans le contexte d'une poursuite civile, pour l'application de l'article 22, les personnes qui exercent des fonctions qui appartiennent à bon droit à l'administrateur seront considérées comme des représentants.

Je souscris à ce raisonnement sur cette question et je le fais mien. [par. 70 et 71]

[167] Je rejetterais ce moyen d'appel.

[168] Ayant rejeté l'argument selon lequel [TRADUCTION] « compte tenu du régime législatif du Nouveau-Brunswick, les actuaires ne sont pas des représentants pour l'application du » par. 18(3), je rejetterais également la simple affirmation selon laquelle le Tribunal a commis une erreur en concluant que, par sa conduite, Mercer violait la norme imposée par le par. 17(3). En termes simples, au vu du dossier, le Tribunal était fondé à conclure qu'il y avait des motifs raisonnables et probables de se former l'opinion selon laquelle la conduite de Mercer était incompatible avec l'obligation en matière de conflit d'intérêts que prescrit le par. 17(3); cette conclusion n'est pas le produit d'une erreur justifiant son infirmation.

[169] En dernier lieu, je ne puis accepter que la décision du Tribunal se trouve, de quelque façon que ce soit, sapée par le fait qu'il a également conclu que Mercer, n'ayant pas été nommée par la Commission, ne répondait pas à la définition d'« actuaire ». Mercer se présentait comme l'actuaire de la Commission des pensions, comme en témoignent clairement les rapports qu'elle a déposés auprès de la surintendante. Cela ressort également des diverses lettres et communications qu'elle a adressées à la surintendante, à partir de décembre 2016 au moins.

(2) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en appliquant la « doctrine des deux chapeaux »?

[170] La surintendante et la Ville affirment que le Tribunal a commis une erreur en concluant que la « doctrine des deux chapeaux » n'avait pas pour effet de libérer Jane Blakely de son obligation d'origine législative d'éviter les conflits d'intérêts que prévoit le par. 17(3).

[171] En rejetant les plaintes des syndicats selon lesquelles M^{me} Blakely avait agi en violation de l'obligation en matière de conflit d'intérêts que lui impose le par. 17(3), la surintendante s'est fondée sur cette doctrine, telle qu'elle a été formulée par

la Commission des régimes de retraite de l'Ontario dans la décision *Imperial Oil Ltd. c. Ontario (Superintendent of Pensions)* (1995), 18 C.C.P.B. 198.

[172] Le Tribunal a conclu que la décision *Imperial Oil* ne s'appliquait pas au rôle de M^{me} Blakely en tant que membre de la Commission des pensions. Cette décision appuie le principe selon lequel l'employeur qui agit à la fois comme promoteur et administrateur d'un régime n'est pas assujéti à l'obligation en matière de conflit d'intérêts que prescrit le par. 17(3) (par. 22(4) de la loi ontarienne en cause dans l'affaire *Imperial Oil*) lorsqu'il traite de questions touchant le régime de pension en sa qualité d'employeur/de promoteur.

[173] Le Tribunal a poursuivi en disant que, s'il avait tort, le résultat serait le même puisque la doctrine ne s'appliquerait pas pour écarter l'application du par. 17(3) aux questions relevant de la responsabilité de l'administrateur d'un régime, soit, en l'espèce, la Commission des pensions. Le Tribunal a conclu que la conduite de M^{me} Blakely, qui a donné lieu au conflit d'intérêts, se rapportait aux fonctions et aux actes qui relevaient de la Commission des pensions en sa qualité d'administratrice du régime.

[174] Le Tribunal a également examiné l'arrêt *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271. Aucune source qui examine le rôle d'un membre d'une commission d'administration nommé par l'employeur n'a été citée.

[175] À mon avis, ce moyen d'appel n'est pas fondé.

[176] Le Tribunal avait raison; la décision *Imperial Oil* ne s'applique pas directement à la présente espèce puisque, à l'époque pertinente, la Ville ne portait pas « deux chapeaux » en qualité tant de promotrice que d'administratrice du régime. Dans l'affaire *Sun Indalex*, l'employeur était l'administrateur du régime; par conséquent, les faits de cette affaire sont différents de ceux de la présente espèce.

[177] Cela dit, la Ville est actuellement l'administratrice; elle est assujettie au par. 17(3) et l'étendue de ses obligations serait déterminée par les principes énoncés dans l'arrêt *Sun Indalex*. Dans cette affaire, la juge Deschamps s'est exprimée de la façon qui suit au sujet du conflit d'intérêts qui naît lorsqu'un employeur est administrateur. Elle a fait des observations sur la métaphore des « deux chapeaux » :

Le paragraphe 22(4) de la *LRR* interdit expressément à l'administrateur d'un régime de permettre que son intérêt entre en conflit avec ses obligations à l'égard du régime de retraite. Par conséquent, l'employeur dont le propre intérêt ne coïncide pas avec celui des participants au régime doit se demander si cette divergence d'intérêts peut susciter un conflit et, le cas échéant, ce qu'il faut faire pour le résoudre. Lorsqu'il y a effectivement conflit, la métaphore des deux « chapeaux » n'est selon moi d'aucun secours. La solution ne consiste pas à déterminer si une décision peut être classifiée comme se rattachant à la gestion de la société ou à l'administration du régime de retraite. L'employeur peut très bien prendre une décision judicieuse concernant la gestion de la société et, néanmoins, porter préjudice aux intérêts des participants au régime. L'employeur qui administre un régime de retraite n'est pas autorisé à négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime et à favoriser les intérêts concurrents de la société sous prétexte qu'il porte le « chapeau » de dirigeant de la société. Ce sont les conséquences d'une décision, et non sa nature qui doivent être prises en compte.

Lorsque les intérêts de la société que l'employeur tente de servir se heurtent à ceux que l'employeur a le devoir de protéger en qualité d'administrateur du régime, il faut trouver une façon de veiller sur les intérêts des participants. Cela peut vouloir dire que la société les tiendra informés, qu'elle trouvera un administrateur substitut pour le régime, qu'elle nommera un avocat pour représenter les participants ou qu'elle résoudra le conflit par un autre moyen. La solution doit être adaptée au problème, et une solution donnée ne vaudra pas nécessairement pour tous les cas.

[par. 65 et 66]

[178] De même, dans l'arrêt *Sun Indalex*, le juge Cromwell a expliqué :

Il faut d'abord se demander en quoi consiste, dans le cas d'*Indalex*, un conflit d'intérêts ou d'obligations entre sa

fonction de décideur commercial et celle d'administrateur de régime, et quelles mesures elle doit alors prendre?

[...]

De même, les conflits d'intérêts relevés par la Cour d'appel — ceux inhérents à l'appréciation commerciale de l'employeur — ne peuvent emporter à eux seuls le manquement à l'obligation fiduciaire de l'administrateur. Là encore, c'est ce qui appert du régime législatif, qui permet expressément à l'employeur d'administrer un régime.

Comment devons-nous donc déterminer s'il y a conflit d'intérêts dans ce contexte?

Dans *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, le juge Binnie renvoie au *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), § 121, pour expliquer à quelles conditions il y a conflit d'intérêts dans le cadre de la relation entre l'avocat et son client (par. 31). À mon avis, le même principe général, adapté aux circonstances, vaut pour l'employeur-administrateur. Il y a donc conflit d'intérêts lorsqu'il existe un risque important que les obligations de l'employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d'un régime. Je rappelle cependant que l'obligation de l'employeur-administrateur de représenter les bénéficiaires d'un régime ne s'entend que des attributions et des fonctions énoncées précédemment.

J'estime dès lors que la Cour d'appel a tort de conclure qu'il y avait conflit d'intérêts aussitôt qu'Indalex prenait une décision [TRADUCTION] « susceptible d'avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132). Elle interprète de manière beaucoup trop extensive la notion de conflit éventuel d'intérêts ou d'obligations et celle d'obligation fiduciaire de l'administrateur d'un régime. [par. 196, 199 à 202]

[C'est moi qui souligne.]

[179] La Ville et la surintendante affirment dans ce moyen d'appel que les principes sur lesquels repose la doctrine des « deux chapeaux » auraient dû éclairer le Tribunal dans l'application du par. 17(3) à M^{me} Blakely.

[180] À mon avis, le Tribunal avait raison de conclure que le résultat serait le même si ces principes s'appliquaient à la conduite qui a servi de fondement à sa décision selon laquelle M^{me} Blakely avait violé le par. 17(3). Ni la décision *Imperial Oil* ni l'arrêt *Sun Indalex* ne libèrent un employeur de son obligation en matière de conflit d'intérêts lorsqu'il s'agit d'une question qui relève de la responsabilité d'un administrateur (*Imperial Oil*) ou « lorsqu'il existe un risque important que les obligations de l'employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d'un régime » (*Sun Indalex*, par. 201). La conduite qui a donné lieu au conflit d'intérêts de M^{me} Blakely avait trait à des questions qui relevaient de la responsabilité exclusive d'un administrateur et présentait un risque important de nuire de façon appréciable aux intérêts des bénéficiaires du régime.

[181] Je souscris volontiers à l'argument des appelantes selon lequel la *Loi* n'empêche pas l'employeur ou les candidats salariés de siéger à une commission d'administration d'un régime. Bien que le Tribunal ait formulé des observations sur ce qu'il estimait être des conflits inhérents, ces observations doivent être situées dans leur contexte, et elles ne reflètent qu'une évaluation des circonstances factuelles en l'espèce.

(3) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que l'al. 72(2)h s'appliquait?

[182] Ce moyen d'appel se rapporte à la décision du Tribunal selon laquelle la surintendante n'aurait pas dû accepter la demande présentée par la Ville sollicitant l'approbation de la modification du régime des policiers et des pompiers afin de réduire rétroactivement les cotisations à partir de 2013 (avec le remboursement connexe). Ils affirment que le Tribunal a commis une erreur en décidant qu'il y avait des motifs raisonnables et probables de se former l'opinion selon laquelle, si la modification était autorisée, les fonds seraient vraisemblablement insuffisants pour verser les pensions et les prestations en application du régime, comme le prévoit l'al. 72(2)h).

[183] À mon avis, ce moyen d'appel n'est pas fondé; toutefois, même s'il l'était, cela ne justifierait pas l'annulation de la décision du Tribunal. La décision du Tribunal

selon laquelle la demande déposée par la Ville n'aurait pas dû être enregistrée était, elle aussi, fondée sur le fait que la demande n'avait pas été présentée par la Commission des pensions. Cette décision n'a pas été contestée en appel. Comme l'a expliqué le Tribunal :

À notre avis, la surintendante n'aurait pas dû enregistrer la modification étant donné que celle-ci n'avait pas été présentée par l'administratrice du régime comme l'exige l'article 11 de la Loi sur les prestations de pension. Contrairement à ce qu'indiquait la Formule 2, l'administratrice du régime était la Commission des pensions et non la Ville. De plus, la Commission des pensions avait révoqué son acceptation de la diminution des taux de cotisation ainsi que des rapports d'évaluation actuarielle lors de sa réunion du 25 avril 2017. Par conséquent, la déclaration signée par M^{me} McDonald était inexacte. À notre avis, le dépôt de la modification n'était pas une erreur commise de bonne foi. Elle démontrait clairement que la Ville usurpait le pouvoir de la Commission parce que cette dernière avait refusé d'entériner le projet de la Ville.

Nous concluons que la surintendante aurait également dû refuser la modification sur le fondement des alinéas 72(2)c) et 72(2)h) de la Loi sur les prestations de pension. D'abord, le dépôt de la modification au régime par la Ville, qui n'était pas l'administratrice du régime, constituait une violation de l'article 11 de la Loi sur les prestations de pension. **De plus, des motifs raisonnables et probables permettaient de conclure que le dépôt de la modification créerait une situation telle qu'il y a insuffisance de fonds pour verser les pensions ou les prestations ou qu'une telle insuffisance est vraisemblable, justifiant ainsi une intervention en vertu de l'alinéa 72(2)h).**

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 239 à 240].

[Le caractère gras et le soulignement sont de moi.]

[184] En expliquant pourquoi il a conclu que la demande n'aurait pas dû être enregistrée parce qu'il y avait des motifs raisonnables et probables d'estimer que les fonds seraient vraisemblablement insuffisants (al. 72(2)h)), le Tribunal a déclaré :

Lorsqu'on se penche sur cette question, il est crucial de garder à l'esprit certains faits déterminants. Premièrement, l'âge normal de la retraite des policiers et des pompiers est de 60 ans, et il fallait que leurs taux de cotisation soient

plus élevés étant donné qu'ils cotisent moins longtemps à leur régime de pension. Deuxièmement, près de 20 % des participants au régime devaient atteindre l'âge de la retraite dans les cinq ans suivant l'année 2017. Troisièmement, le régime des policiers et des pompiers avait un important déficit de solvabilité de 56 millions de dollars en 2017. Quatrièmement, le régime bénéficiait d'une dispense relative au déficit de solvabilité, ce qui signifiait qu'il n'existe aucune obligation de renflouer le déficit de solvabilité à court terme. La surintendante a fait état de ses préoccupations au sujet de cette dispense dans le courriel du 9 août 2017 qu'elle a envoyé à David Hughes. Cinquièmement, Brendan George, le témoin expert, a indiqué que les taux d'intérêt ont été en baisse au cours des 20 dernières années, ce qui avait entraîné une baisse de rendement des placements. Enfin, aucune preuve n'a été produite relativement au rendement du régime depuis 2017. Les rapports d'évaluation actuarielle pour les années 2018 et 2019 n'ont pas été déposés en preuve. Ainsi, nous ne disposons d'aucun élément de preuve indiquant si le niveau de provisionnement du régime s'est amélioré ou s'est détérioré depuis l'évaluation de 2017.

Le remboursement du trop-perçu de cotisations a eu pour effet de retirer des éléments d'actif du régime des policiers et des pompiers et de les injecter dans le régime de la Ville. Le montant exact n'a pas été communiqué au Tribunal. Étant donné l'important déficit de solvabilité, le retrait du trop-perçu de cotisations et le plafonnement des taux de cotisation à 9 %, qui entraînait une baisse des cotisations d'environ 700 000 \$ par an, auraient dû justifier une enquête plus poussée de la part de la surintendante.

[...]

M. George était d'avis qu'une dispense de l'ARC serait nécessaire pour que le régime des policiers et des pompiers continue à offrir le même niveau de prestations. Il a indiqué qu'il était déjà arrivé que les taux de cotisation nécessaires pour maintenir le même niveau de prestations soient supérieurs à 18 % (9 % pour les salariés et 9 % pour l'employeur). Il a signalé qu'à l'avenir, il arriverait que les cotisations requises doivent être supérieures à 18 % pour maintenir le même niveau de prestations. M. George a expliqué qu'habituellement, dans un régime à prestations déterminées, le taux de cotisation est ajusté pour garantir le maintien des prestations. Il a ajouté que [TRADUCTION] « [s]ans la dispense, le régime fonctionnera comme un

régime à risques partagés, soit des taux de cotisation fixes de 9 % (ou moins si possible) pour les participants et l'employeur, avec une réduction des prestations si le taux de cotisation total de 18 % ne permet pas de financer les prestations offertes par le régime, ce qui signifie que lorsque les rendements du régime sont faibles, on verra les prestations diminuer plutôt que les cotisations augmenter ». M. George a également indiqué que les augmentations futures des besoins de financement pourraient se produire à un moment où elles seront inabordables, de sorte que ce fardeau serait supporté par les générations futures.

Nous acceptons le témoignage d'expert de M. George qui n'a pas été contesté. Nous concluons que si les taux de cotisation restent à 9 % (18 % au total), il existe des motifs raisonnables et probables de conclure qu'il n'y aura pas assez d'argent pour maintenir le même niveau de prestations. Nous ajoutons que la Ville semble utiliser un moyen détourné pour arriver au résultat qu'elle ne pouvait obtenir directement – instaurer un régime à risques partagés pour les policiers et les pompiers. Dans un régime à prestations déterminées, les taux de cotisation sont ajustés pour garantir une prestation déterminée. Plafonner les taux de cotisation à 9 % et imposer des réductions de prestations si les cotisations deviennent insuffisantes, c'est faire du régime un régime à risques partagés.

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 243, 244, 249 et 250]

[C'est moi qui souligne.]

[185] En faisant valoir que le Tribunal avait commis une erreur de droit, la surintendante affirme que le Tribunal n'a pas reconnu que le régime était dispensé de l'obligation de prévoir des paiements spéciaux de solvabilité par application de l'art. 42.1 du *Règlement général*. Cette affirmation est inexacte; le Tribunal a expressément abordé ce fait. En effet, le Tribunal a également relevé que la surintendante avait mentionné la dispense relative au déficit de solvabilité dont bénéficiait le régime lorsqu'elle a fait part à Mercer de ses préoccupations concernant l'utilisation d'un taux d'actualisation plus élevé dans le rapport pour l'année 2016 (par rapport à l'année 2015), ce qui, selon elle, avait pour effet de réduire de 8 000 000 \$ le passif du régime évalué sur une base de permanence (courriel de la surintendante daté du 9 août 2017 adressé à David Hughes) :

[TRADUCTION]

Nous observons que le régime a eu un rendement négatif (-3,75 %) d'avril 2015 à avril 2016. Toutefois, le taux de rendement présumé sur une base de permanence, qui était fixé à 5,3 % dans le REA pour 2015, a été porté à 6,2 % dans le REA en cause. Comment une telle augmentation se justifie-t-elle? Nous la trouvons beaucoup trop élevée, en particulier pour un régime qui bénéficie d'une dispense de l'obligation de cotiser relativement au déficit de solvabilité. L'utilisation de ce taux plus élevé a réduit les passifs évalués sur une base de permanence d'environ huit millions de dollars, ce qui [soulève] d'importantes préoccupations. Généralement, nous voyons une hausse des passifs évalués sur une base de permanence d'une année sur l'autre, notamment lorsqu'il y a eu peu de changement dans le nombre de participants au régime, comme c'est le cas ici (seulement quatre participants actifs de moins et quatre participants retraités de plus). Par conséquent, le coût normal pour le régime, qui était de 3,2 millions de dollars dans le REA précédent, est tombé à 2,67 millions de dollars dans ce REA. Veuillez expliquer ce changement et sa justification.

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 121]

[C'est moi qui souligne.]

[186] La surintendante affirme également que le Tribunal a commis une erreur en omettant de tenir compte [TRADUCTION] « des raisons pour lesquelles l'alinéa 72(2)h) avait été ajouté à la *LPP* en 2007, à la suite de la faillite de St. Anne-Nackawic »; elle soutient que la disposition n'a pas pour objet de lui permettre de limiter les modifications à un régime dans des circonstances comme celles qui existent en l'espèce. Outre cette simple affirmation, la surintendante n'avance aucun motif justifiant l'interprétation de l'al. 72(2)h) d'une manière qui limiterait le libellé clair de la disposition, et encore moins d'une manière qui reflète la position qu'elle avance. Cet argument n'est pas fondé.

[187] Ni la Ville ni la surintendante ne contestent les conclusions du Tribunal en ce qui concerne l'abondante preuve qui a servi de fondement à son avis selon lequel il était vraisemblable qu'il y aurait insuffisance de fonds pour maintenir les pensions et les prestations actuelles si les cotisations passées étaient remboursées et les cotisations futures réduites, suivant la proposition qui était faite. Le Tribunal s'est appuyé sur les

témoignages de Brendon George et, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, David Hughes a reconnu que le remboursement des cotisations et la réduction des cotisations futures entraînaient la « possibilité [...] très réelle et probable » de devoir réduire les prestations dans un « avenir relativement proche » :

[...] la « nouvelle formule de provisionnement » ne peut guère résister aux fluctuations des marchés et dépend d'un taux de rendement annuel constant (soit au minimum 6 % par an). Il s'agit d'une préoccupation tout à fait légitime et cela résulte directement du fait que le régime offre des prestations de retraite parmi les plus généreuses au Canada et tente d'y arriver au moyen d'un taux de cotisation combiné de seulement 18 % des gains ouvrant droit à pension. Si le régime est maintenu en sa forme actuelle, la possibilité que les cotisations de l'employeur doivent augmenter à un certain moment dans un avenir relativement proche est très réelle et probable (à moins que nous assistions à une période soutenue de bons rendements ou à de fortes hausses des taux d'intérêt canadiens, ou aux deux).

Pour éviter une hausse des cotisations de l'employeur, il faudrait réduire les prestations futures.

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 248]

[C'est moi qui souligne.]

[188] Certes le dossier n'indiquait pas le montant qui serait versé à titre de remboursement, mais il y avait certaines indications selon lesquelles il pourrait être de l'ordre de 2 000 000 \$ pour les trois années allant de 2013 à 2015. En outre, on s'attendait à ce que la réduction à partir de l'année 2016 réduise les cotisations au régime d'environ 700 000 \$ par année. Ceci s'inscrit dans le contexte où la Ville a soutenu en 2017 que le taux de cotisation était fixé à 9 % et que, si le taux d'actualisation était trop bas, tout déficit devrait être compensé par une réduction des prestations.

[189] Il n'y a eu aucune erreur de droit. En outre, à mon avis, bien que l'argument n'ait pas été soulevé comme tel, la décision du Tribunal selon laquelle il y avait des motifs raisonnables et probables d'estimer qu'il était vraisemblable qu'il y aurait insuffisance de fonds n'est pas le fruit d'une erreur discernable, encore moins d'une erreur manifeste et dominante.

- (4) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en statuant que la surintendante avait une obligation fiduciaire envers les participants au régime?

[190] Ce moyen d'appel est fondé sur une mauvaise interprétation de la décision du Tribunal. Bien que, selon la décision, interprétée dans son contexte, l'obligation qui incombe à la surintendante par application de la *Loi* exige qu'elle protège l'« intérêt supérieur » du régime et de ses participants, il est évident que le Tribunal n'a pas décidé que la surintendante avait des fonctions qui dépassent les obligations que lui impose la *Loi*. Je rejeterais ce moyen d'appel.

[191] Avant de passer à une autre question, je tiens à souligner qu'il ne s'agit pas de la seule préoccupation exprimée par la surintendante au sujet de la décision du Tribunal qui, à mon avis, exagère la décision du Tribunal ou ses conséquences jurisprudentielles, ou les deux. C'est en se fondant sur ces préoccupations que la surintendante a sollicité le sursis à l'exécution de la décision jusqu'à ce qu'il soit statué sur le présent appel. Au nombre de ces préoccupations figure l'argument selon lequel l'accent mis par le Tribunal sur le différend concernant les changements proposés aux cotisations au régime révèle que le Tribunal s'est laissé entraîner dans un différend au [TRADUCTION] « niveau du promoteur » – un différend entre la Ville et les syndicats – que la surintendante ne peut à bon droit trancher par voie de plaintes portant sur des allégations de non-respect de la *Loi*. Elle fait valoir que le différend porte sur les droits et obligations découlant de la convention collective entre la Ville et les syndicats et devrait être tranché ailleurs, possiblement devant la Commission du travail et de l'emploi. De même, tout en reconnaissant dans ses observations orales que les actes de la Ville et de Mercer étaient incompatibles avec le régime ou avec la *Loi*, elle soutient que, s'il y a un délit donnant droit à une action, il devrait être tranché par la Cour du Banc de la Reine plutôt que par la surintendante. À mon avis, ces arguments ne sont pas applicables dans les circonstances du présent appel. Premièrement, ils n'ont pas été soulevés devant le Tribunal. Deuxièmement, ils ne font pas partie des moyens d'appel de la surintendante ni de ceux de la Ville. Troisièmement, l'audience devant le Tribunal était axée à bon droit sur les questions soulevées par les plaintes, à savoir que la Ville et Mercer avaient violé

la *Loi*. La décision du Tribunal a abordé ces questions en se fondant sur sa détermination des faits ayant trait aux actes de la Ville et de Mercer, dont aucun n'a été contesté en appel. En fin de compte, le Tribunal a rendu les ordonnances que, à son avis, la surintendante aurait dû rendre. Bien que les questions de fond soient susceptibles d'être abordées devant une autre juridiction, les actes contestés en l'espèce avaient trait à la violation de la *Loi* et leur règlement relevait bien de la responsabilité et de la compétence de la surintendante. La résolution de la présente affaire dépendait très certainement de ses faits quelque peu uniques.

E. *L'article 72 confère-t-il au Tribunal le pouvoir de rendre les ordonnances contestées?*

[192] La Ville et la surintendante soulèvent essentiellement les mêmes arguments qu'elles ont invoqués devant le Tribunal concernant le pouvoir de rendre une ordonnance en vertu de l'art. 72. En exposant les motifs de sa décision de rejeter leurs arguments et en décidant qu'il avait le pouvoir de rendre l'ordonnance qu'il a rendue, le Tribunal a déclaré :

Nous rejetons l'argument de la Ville et de la surintendante selon lequel la *Loi sur les prestations de pension* ne confère pas à la surintendante le pouvoir d'ordonner au répondant ou à l'administrateur d'un régime de pension de demander une dispense à l'ARC. La surintendante a l'obligation d'approuver les taux de cotisation d'un régime de pension et de veiller à la santé financière du régime et aux intérêts supérieurs des participants au régime. Le paragraphe 72(1) l'investit d'un pouvoir très large d'ordonner à un administrateur ou à toute autre personne de prendre ou de s'abstenir de prendre une mesure quelconque relative à un régime de pension si elle a des motifs raisonnables et probables de croire à l'existence de l'une des circonstances mentionnées au paragraphe 72(2).

Nous rejetons en outre l'argument selon lequel il n'existe aucune obligation de capitaliser un régime de pension au moyen de taux de cotisation supérieurs à 9 %. Il n'y a aucune mention d'un taux de cotisation maximum dans la *Loi sur les prestations de pension*. La *Loi* prescrit que le

régime doit être suffisamment capitalisé. Dans certaines circonstances, cela pourrait consister à demander une dispense de l'ARC afin que les participants puissent cotiser plus de 9 %. À notre avis, la surintendante a le pouvoir, dans les circonstances appropriées, d'ordonner au répondant ou à l'administrateur d'un régime de pension de demander une dispense à l'ARC. Il va de soi que la surintendante ne peut pas ordonner à l'ARC d'accorder une telle dispense. Tout ce qu'elle peut faire, c'est ordonner à l'administrateur ou au répondant d'un régime de demander une dispense à l'ARC. Il appartient alors à l'ARC de décider si elle doit accorder la dispense.

[Décision du Tribunal, 27 août 2020, par. 251 et 252]

[193] Le paragraphe 72(1) habilite la surintendante à exiger que toute personne « prenne ou s'abstienne de prendre une mesure quelconque » nécessaire pour remédier aux circonstances énumérées au par. 72(2). À titre d'indication de l'étendue de la portée envisagée, le par. 72(4) prévoit que l'ordonnance de la surintendante peut « comprendre, mais n'est pas limitée à, l'exigence de préparer un nouveau rapport et l'indication des hypothèses ou méthodes ou des deux à être utilisées » [c'est moi qui souligne.] De plus, lorsqu'un pouvoir est accordé à « un fonctionnaire public de faire ou de faire exécuter un acte ou une chose, tous les pouvoirs nécessaires pour permettre à cette personne de faire ou de faire exécuter l'acte ou la chose sont aussi accordés » (*Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, al. 22b)). À mon avis, le pouvoir de la surintendante s'étend assurément aux ordonnances qui ont été rendues en l'espèce.

[194] Je rejetterais ce moyen d'appel.

VI. Conclusion

[195] En rendant jugement, nous n'avons pas abordé la question des dépens. Après avoir réfléchi à cette question, notamment en tenant compte du statut de la surintendante et de la question de savoir si le fait de ne pas adjuger de dépens contribuerait à l'amélioration de la situation entre la Ville et les syndicats, je ne vois aucune raison de faire autrement que d'appliquer les principes habituels applicables aux dépens, en particulier, que les dépens suivent l'issue de la cause (voir *Acadia Marble*,

Tile & Terrazzo Ltd. c. Oromocto Property Developments Ltd. (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 358, [1998] A.N.-B. n^o 412 (QL)). J'ordonnerais que chaque appelante verse à chaque intimée des dépens de 5 000 \$.