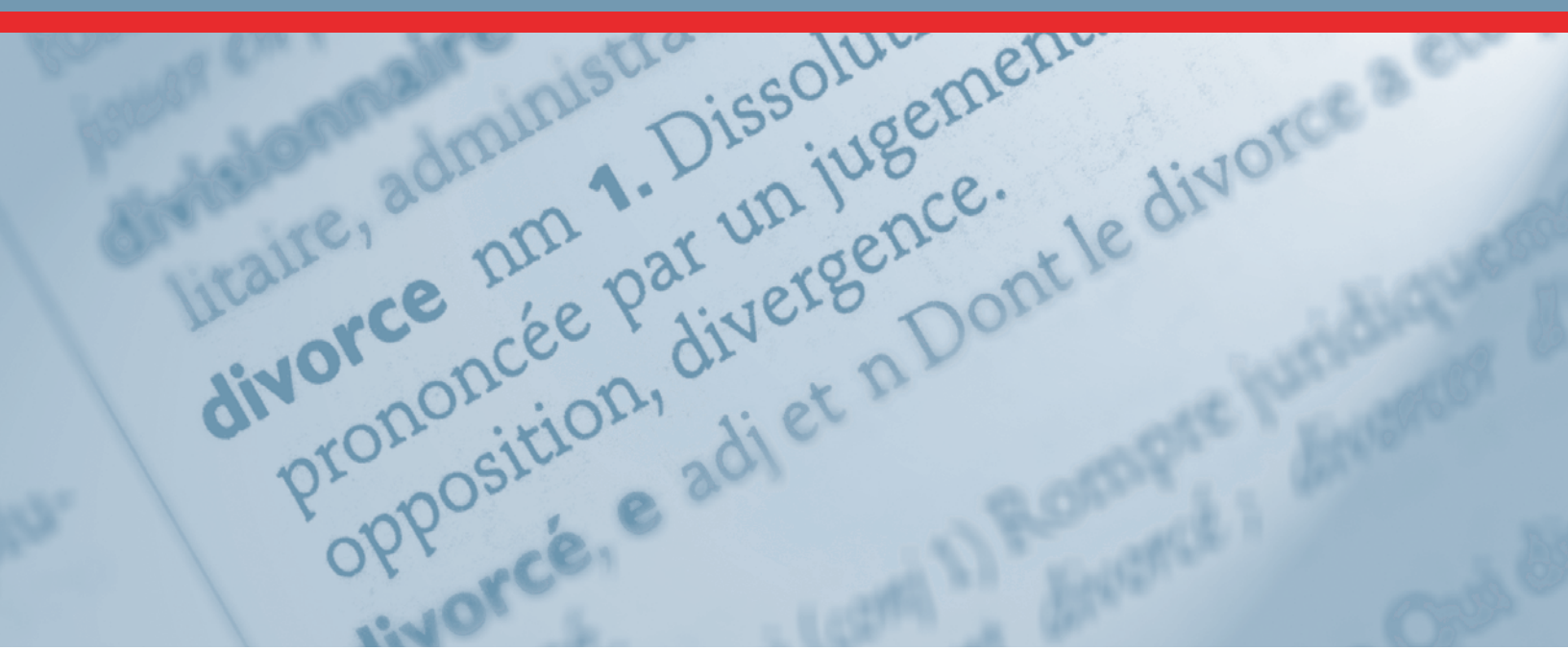


Partage des régimes de retraite en cas d'échec du mariage

RAPPORT FINAL

décembre 2008



LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO



LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

Partage des régimes de retraite en cas d'échec du mariage

RAPPORT FINAL

décembre 2008

Disponible en ligne à www.lco-cdo.org

Available in English

ISBN : 978-1-926661-02-5

COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

La CDO est issue d'un partenariat établi par le ministère du Procureur général, l'Osgoode Hall Law School, les doyens des facultés de droit de l'Ontario, la Fondation du droit de l'Ontario et le Barreau du Haut-Canada. Son Conseil des gouverneurs est composé de représentants des organismes fondateurs et de membres actifs. Le Conseil approuve les politiques, projets, documents de consultation et rapports de la CDO. Son approbation de ces documents reflète la responsabilité collective de ses membres quant à la gestion et à la conduite des affaires de la CDO, et elle ne devrait pas être considérée comme un endossement personnel de la part des membres du Conseil, ni pour le compte des organismes dont ils relèvent.

Le mandat de la CDO est de recommander des mesures de réforme du droit pour accroître la pertinence, l'efficacité et l'accessibilité du système de justice, améliorer l'administration de la justice grâce à la clarification et à la simplification de la loi, évaluer le recours aux moyens technologiques afin d'améliorer l'accès à la justice, stimuler les discussions juridiques essentielles et étudier des domaines qui ne sont pas suffisamment servis par d'autres recherches. Elle s'est engagée à effectuer des recherches et analyses multidisciplinaires et à faire des recommandations holistiques, ainsi qu'à collaborer avec d'autres organismes et à consulter les groupes touchés et le public en général.

Commission du droit de l'Ontario
Computer Methods Building
4850 Keele Street, Suite 201
Toronto, Ontario, Canada
M3J 1P3

Tél : (416) 650-8406
Télé. : (416) 650-8418
Courriel : LawCommission@lco-cdo.org
www.lco-cdo.org

PRÉFACE

Nous avons le plaisir de présenter notre *Rapport final sur le partage des régimes de retraite en cas d'échec du mariage*.

Il avait été porté à l'attention de la CDO que l'une des priorités les plus pressantes dans le cadre de la réforme du droit de la famille consistait à préciser la manière d'effectuer le partage des régimes de retraite lors de l'égalisation des biens à la rupture du mariage. Les avocats en droit de la famille, les administrateurs de régimes de retraite et les couples jugeaient qu'il s'agissait d'un des aspects les plus frustrants d'un processus qui s'avérait déjà souvent très éprouvant. Le Conseil des gouverneurs a, par conséquent, établi que le partage des régimes de retraite en cas d'échec du mariage constituerait l'un des premiers projets qu'il a approuvés au mois de novembre 2007. Les recommandations de la CDO sont destinées à préciser davantage cet aspect très technique et contentieux de la séparation et du divorce.

Les travaux dans le cadre de ce projet ont débuté au mois de mars 2008. Au mois de mai, nous avons publié un document de consultation dans lequel un certain nombre des difficultés qui se posent étaient traitées, y compris les controverses existant quant aux différents mécanismes d'évaluation des droits des régimes de retraite à prestations déterminées et le manque de mécanisme de règlement efficient et efficace pour les parties qui souhaiteraient se servir du régime de retraite de l'un des conjoints pour respecter les obligations d'égalisation de la *Loi sur le droit de la famille*¹ (LDF). Plus de vingt observations écrites ont été présentées en réponse au document de consultation. Elles ont été prises en compte dans le cadre de la préparation de nos recommandations, lesquelles ont été approuvées par le Conseil des gouverneurs à la fin septembre et ont été publiées le 6 octobre 2008.

Le 24 novembre 2008, le Procureur général, l'honorable Chris Bentley, a présenté le projet de loi 133 à l'Assemblée législative, qui l'a adopté en première lecture. Le projet de loi 133 suggère de nombreux changements à la *LDF*, y compris des changements qui visent les régimes de retraite et l'échec du mariage et qui sont fondés sur le travail effectué par la CDO dans le présent projet.

Le Conseil des gouverneurs de la CDO a approuvé ce rapport final le 22 décembre 2008.



Patrick J. Monahan
Président, Conseil des gouverneurs



Patricia Hughes
Directrice exécutive

Les personnes suivantes ont contribué à ce projet :

PERSONNEL DE LA CDO

John D. T. Hill (responsable du projet)

Julie Lassonde (chercheure)

CHERCHEURES ÉTUDIANTES

Revital Goldhar (candidate au doctorat en sciences juridiques, University of Toronto)

Layla Hassan (étudiante en droit, 1^{er} cycle, University of Western Ontario)

Laila Said (étudiante *Juris Doctor*, University of Maryland)

CONSULTANTS EN ACTUARIAT

J.M. Norton

Kelley McKeating

MEMBRES DU CONSEIL DES GOUVERNEURS

Patrick J. Monahan, président (Osgoode Hall Law School)

Christopher D. Bredt (Barreau du Haut-Canada, à compter du 1^{er} mars 2008)

Neil Finkelstein (Barreau du Haut-Canada, jusqu'au 29 février 2008)

Neena Gupta (membre active)

Marie Henein (membre active)

Frank Iacobucci (Fondation du droit de l'Ontario)

Russell Juriansz (magistrature, à compter du 1^{er} juillet 2008)

Yves Le Bouthillier (facultés de droit de l'Ontario)

James C. MacPherson (magistrature, jusqu'au 30 juin 2008)

Murray Segal (ministère du Procureur général)

Patricia Hughes (membre d'office et directrice exécutive de la CDO)

MEMBRES DU CONSEIL CONSULTATIF DE RECHERCHE

Patricia Hughes, présidente

Jeffrey B. Berryman (Faculté de droit, University of Windsor)

Jamie Cameron (Osgoode Hall Law School, York University)

Brenda Cossman (Faculté de droit, University of Toronto, jusqu'au 14 octobre 2008)

Anthony Duggan (Faculté de droit, University of Toronto, à compter du 15 octobre 2008)

Sébastien Grammond (Université d'Ottawa – Section de droit civil)

Kai Hildebrandt (Department of Communication Studies, University of Windsor)

Berend Hovius (Faculté de droit, University of Western Ontario, à compter du 16 juin 2008)

Lesley Jacobs (York Centre for Public Policy and Law, à compter du 1^{er} octobre 2008)

Erik S. Knutsen (Faculté de droit, Queen's University)

James F. Leal (Barreau du Haut-Canada)

Mark Perry (Faculté de droit, University of Western Ontario, jusqu'au 15 juin 2008)

Anne Marie Predko (ministère du Procureur général)

J. Anthony VanDuzer (Université d'Ottawa – Section de common law)

Janice H. Vauthier (représentante – avocats du secteur privé)

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	1
I. INTRODUCTION	7
II. APERÇU DES RÉGIMES DE RETRAITE EN ONTARIO	9
A. Types de régimes de retraite et employés visés.....	9
B. Cadre législatif et compétence	11
C. Moment de la retraite.....	13
D. Acquisition, immobilisation et transférabilité.....	14
E. Restrictions relatives aux contrats familiaux et aux ordonnances en vertu de la partie I de la LDF.....	15
F. Prestations de décès.....	16
G. Inflation et indexation	16
H. Financement	17
I. Liquidation des régimes de retraite.....	18
III. LÉGISLATION SUR LES BIENS FAMILIAUX DE L'ONTARIO	21
A. Le régime d'égalisation	21
B. L'égalisation et le décès	23
C. Les régimes de retraite en tant que biens familiaux.....	24
IV. ÉVALUATION DES DROITS AUX TERMES D'UN RÉGIME DE RETRAITE	25
A. Valeur actualisée	25
B. Méthodes d'évaluation.....	26
C. Méthode de la retraite c. méthode de la cessation d'emploi.....	26
D. Les tribunaux préfèrent-ils vraiment la méthode de la cessation d'emploi?.....	27
E. États de service régularisés antérieurs au mariage	30
F. Hypothèses en matière d'évaluation : l'âge de la retraite	30
G. Autres hypothèses en matière d'évaluation.....	32
H. Tant d'hypothèses privent-elles l'évaluation de sa légitimité?	34
V. RÈGLEMENT	35
A. Échange d'espèces ou d'autres éléments d'actif	35
B. Arrangements « conditionnels »	37
C. Transfert d'un montant forfaitaire au moment de la cessation d'emploi.....	39
D. Règlement : Propositions de réforme	40
E. Les arguments : MRI c. MRD	40

VI. AUTRES QUESTIONS	43
A. Les crédits du Régime de pensions du Canada	43
B. Conjoints de fait	43
VII. ÉVALUATION DES QUESTIONS PAR LA CDO	45
A. Les régimes de retraite et le régime d'égalisation de la LDF	45
1. Les régimes de retraite devraient-ils être retirés du régime d'égalisation?.....	45
2. Les droits non acquis devraient-ils être traités comme des biens?.....	46
B. Évaluation des droits selon un régime à prestations déterminées	46
C. Règlement d'un régime de retraite à prestations déterminées non encore versées	48
1. Évaluation des arguments	48
2. Autres méthodes de rechange selon le MRI	51
3. Destination du transfert.....	52
4. Disponibilités réduites de l'option de MRD.....	54
5. Cas où l'administrateur du régime convient d'un règlement par MRD non autrement offert.....	56
6. Champ d'application du régime à prestations déterminées	57
D. Options de règlement et régimes à cotisations déterminées	58
E. Une nouvelle caisse de retraite provinciale?	59
F. La règle des 50 pour cent	60
G. Les crédits du Régime de pensions du Canada	60
H. Unions de fait.....	61
VIII. RECOMMANDATIONS	63
NOTES DE FIN DE TEXTE	67
ANNEXE	78

RÉSUMÉ

I. INTRODUCTION

Presque tout le monde reconnaît la confusion entourant le partage des régimes de retraite après l'échec du mariage devrait être abordée sur le plan législatif, mais, malheureusement, aucune unanimité ne se dégage quant au choix des solutions.

Après avoir examiné le droit en profondeur et avoir soigneusement tenu compte des questions de politique et des observations qui lui ont été faites, la CDO a publié des recommandations en octobre 2008. Le présent rapport complète ces recommandations par des renseignements contextuels, un examen détaillé des problèmes entourant le partage des régimes de retraite et un exposé des questions à l'étude et des motifs de nos recommandations.

II. APERÇU DES RÉGIMES DE RETRAITE EN ONTARIO

Cette section du rapport couvre les types de régimes de retraite, les données démographiques, les exigences législatives, l'âge de la retraite, les prestations de décès, l'inflation, le financement et la liquidation des régimes de retraite.

III. LA LOI SUR LES BIENS FAMILIAUX DE L'ONTARIO

Lors de l'échec du mariage, les conjoints ont le droit, en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* (LDF) de l'Ontario, de partager également la valeur de tous les biens acquis par l'un ou l'autre pendant le mariage. Après l'établissement de la valeur totale des biens de chaque conjoint (y compris les droits en vertu de régimes de retraite) à la date d'évaluation, le conjoint dont la valeur des biens est la plus élevée doit verser à l'autre conjoint un paiement d'égalisation correspondant à la moitié de la différence de valeur.

IV. ÉVALUATION DES DROITS AUX TERMES D'UN RÉGIME DE RETRAITE

Dans le cas d'un régime à cotisations déterminées, la valeur des droits correspond au total des cotisations et du rendement des cotisations investies à la date d'évaluation. Dans le cas d'un régime à prestations déterminées, cependant, il faut établir la « valeur actualisée » – c'est-à-dire le montant qui aurait été investi à la date d'évaluation pour que le capital originellement investi et le rendement accumulé suffisent exactement à financer les prestations mensuelles lorsque le régime de retraite devient payable.

Il existe un certain degré d'incertitude quant à la façon de calculer la valeur actualisée. Selon la méthode de la retraite, on présume que l'employé conservera son emploi, tandis que selon la méthode de la cessation d'emploi, la valeur du régime de retraite est établie comme si le participant avait mis fin à son emploi à la date d'évaluation. Dans la plupart de leurs décisions, les tribunaux expriment une préférence pour la méthode de la cessation d'emploi par rapport à la méthode de la retraite, même s'il semble que la plupart des tribunaux aient en fait recours à une méthode mixte.

L'hypothèse qui est faite concernant l'âge probable de la retraite peut avoir une incidence très importante sur l'évaluation. (Parmi les autres hypothèses pertinentes pour la détermination de la valeur actualisée, il y a la date de décès du participant, les obligations fiscales futures et les taux d'intérêt futurs.) La Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'âge de la retraite était une question de fait qui devait être résolue selon la prépondérance des probabilités en fonction des éléments de preuve, une approche ayant reçu l'aval implicite de la Cour suprême du Canada. Bien qu'une présomption de retraite établie par la loi et fondée sur le point médian entre la première date à laquelle le participant

pourrait prendre sa retraite en touchant des prestations non réduites et la date normale de la retraite puisse présenter certains avantages, elle ne semble pas pratique compte tenu de la complexité et de la diversité des options offertes en matière de régimes de retraite ainsi que de la multitude des scénarios qui peuvent se présenter.

Pour que les régimes de retraite demeurent soumis au régime d'égalisation, ils doivent être évalués, ce qui comporte le risque (à vrai dire, l'inévitabilité presque assurée) de l'évolution de la valeur après l'égalisation, comme c'est le cas pour tout autre bien.

V. RÈGLEMENT

Si un des conjoints doit un paiement d'égalisation à l'autre et qu'il se retrouve dans une telle position en raison de la valeur de ses droits en vertu d'un régime de retraite, il existe, essentiellement, trois options.

- **Échange d'espèces ou d'autres éléments d'actif**

Le conjoint participant conserve ses droits exclusifs à des prestations et il s'acquitte de son obligation d'égalisation en argent comptant ou avec d'autres biens, si cela est possible.

Le conjoint participant qui procède à un échange d'éléments d'actif peut par la suite faire face à une « double ponction » : après avoir acquitté la créance pour maintenir son régime de retraite intact, le conjoint participant apprend que l'autre conjoint se tourne vers le revenu de retraite pour faire valoir une réclamation alimentaire. Cependant, ce problème n'est pas propre aux régimes de retraite; il peut survenir dans le cas de tout actif générateur de revenus. C'est pourquoi aucune recommandation n'est formulée à cet égard dans le présent rapport, la portée de ce dernier se limitant aux régimes de retraite.

- **Arrangements « conditionnels »**

Si un échange d'éléments d'actif n'est pas une solution pratique, les parties devront vraisemblablement conclure un arrangement « conditionnel » : l'égalisation sera alors reportée jusqu'à ce que les prestations de retraite soient payées, au moyen d'une fiducie imposée par ordonnance ou contrat familial. De tels arrangements présentent plusieurs problèmes. Le conjoint non participant perd l'avantage du règlement immédiat de son droit et n'a aucune emprise sur le moment où ce droit sera satisfait. Bon nombre d'ordonnances « conditionnelles » ne semblent pas compatibles avec les motifs ayant inspiré la LDF, et tant les ordonnances que les arrangements peuvent entrer en conflit avec la « règle des 50 p. 100 » de la *Loi sur les régimes de retraite* (LRR), qui prévoit qu'au plus la moitié des prestations de retraite accumulées au cours du mariage peut être cédée en satisfaction de réclamations à l'égard de biens familiaux. Les administrateurs de régimes de retraite sont également aux prises avec des problèmes découlant de la rédaction d'arrangements et d'ordonnances « conditionnels » qui peuvent ne pas être clairs ou adéquats. Parmi les autres difficultés éventuelles, il y a l'extinction du droit du conjoint non participant au partage des prestations de retraite lorsque le conjoint participant décède, la réduction des prestations de retraite par suite de la liquidation du régime et les questions fiscales.

- **Transfert d'un montant forfaitaire au moment de la cessation d'emploi**

En cas de cessation d'emploi du participant, ce dernier peut demander à l'administrateur du régime de transférer un montant égal à la valeur de rachat du régime dans un autre régime de retraite, dans un arrangement d'épargne-retraite immobilisé ou aux fins de l'acquisition d'une rente viagère différée; dans un tel cas, la LRR accorde au conjoint non participant des droits parallèles à une partie de la valeur de rachat.

- **Règlement : Propositions de réforme**

La majorité des provinces et territoires canadiens ayant légiféré dans le domaine ont adopté le « mécanisme de

règlement immédiat » (MRI) selon lequel il y a transfert immédiat d'une partie de la valeur du régime de retraite du participant vers un REER immobilisé ou un autre instrument qui procurera plus tard un revenu de retraite au conjoint non participant. Trois provinces ont adopté le mécanisme de règlement différé (MRD). Selon cette méthode, le partage du régime de retraite a lieu à un moment donné dans l'avenir et le conjoint non participant reçoit alors des prestations distinctes provenant du régime du participant. Les arguments en faveur de ces approches différentes sont exposés à la rubrique C de la partie VII.

VI. AUTRES QUESTIONS

Le Régime de pensions du Canada (RPC) prévoit un partage des crédits en cas d'échec du mariage, sauf si les conjoints en ont convenu autrement et que les lois provinciales autorisent de telles ententes. L'Ontario n'a pas adopté de loi de nature purement facultative de ce type.

Les dispositions sur les biens familiaux de la LDF ne s'appliquent pas aux conjoints de fait, mais ceux-ci peuvent être confrontés aux mêmes difficultés qu'un couple marié quant au manque d'options adéquates de règlement.

VII. ÉVALUATION DES QUESTIONS PAR LA CDO

A. Les régimes de retraite et le régime d'égalisation de la LDF

Le retrait des régimes de retraite du régime d'égalisation pourrait être source d'injustice entre les conjoints qui détiendraient un patrimoine net équivalent si les régimes de retraite n'étaient pas exclus. Cela diminuerait également la flexibilité par rapport à d'autres biens familiaux qui demeurent dans le régime. D'autres actifs parmi les instruments de retraite, comme les REER, ne sont pas exclus.

Malgré le libellé de la LDF, les tribunaux ont décidé que les droits non acquis étaient des biens aux fins du régime d'égalisation et qu'il n'y avait pas de motif valable pour renverser une telle décision.

B. Évaluation des droits selon un régime à prestations déterminées

La méthode mixte est le mode d'évaluation qui établit le meilleur équilibre entre les parties; toute incertitude qui continue de planer dans ce domaine devrait être éliminée.

C. Règlement d'un régime de retraite à prestations déterminées non encore versées

Bon nombre des arguments formulés au soutien du MRI ou du MRD ou contre eux surestiment les enjeux.

Le MRI permet une « rupture nette », mais, selon le MRD, les anciens conjoints traiteraient avec l'administrateur du régime et non pas l'un avec l'autre.

La prétention en faveur du MRD selon laquelle le régime de retraite est payé surtout à partir des cotisations faites en début de carrière n'est pas pertinente dans le cas des régimes à prestations déterminées. Mais les tenants du MRI font fausse route quand ils affirment qu'aucune partie de l'augmentation de la valeur après la séparation ne peut être attribuée aux années du mariage.

Bien que l'uniformité du droit soit souhaitable, la prétention selon laquelle l'adoption du MRI contribuerait à l'uniformité n'est pas convaincante; en effet, trois provinces ont recours au MRD.

L'argument selon lequel le choix du MRD permet d'éviter les problèmes d'écarts entre la valeur réelle finale et la valeur à la date d'évaluation ne tient pas compte du fait que la valeur de presque tous les biens, déterminée à la date d'évaluation, peut être plus ou moins élevée qu'à un moment ultérieur.

L'argument anti-MRI selon lequel le fait de donner un montant forfaitaire au conjoint non participant en vue de réaliser un placement pourrait être problématique pour les personnes non versées en matières financières est valable, mais la même préoccupation peut surgir dans le cas où le régime de retraite n'est pas partagé étant donné que le conjoint participant échange alors d'autres éléments d'actifs; la question pourrait de toute façon être traitée au moyen d'une nouvelle caisse de retraite provinciale.

Beaucoup d'aspects du régime de pensions et de retraite peuvent être injustes envers les femmes, mais ni le MRI ni le MRD ne devraient avoir d'incidence particulière sur celles-ci.

En règle générale, le MRI utilise la valeur de rachat, qui peut conférer une valeur artificiellement basse au régime de retraite et donc être injuste à l'égard du conjoint non participant (qu'il s'agisse d'un homme ou d'une femme). Cependant, le MRD est beaucoup plus compliqué que le MRI et impose un fardeau accru aux régimes de retraite et à leurs administrateurs. Cela nous a amenés à formuler une recommandation selon laquelle le MRI devrait être le mécanisme de règlement principal (sous réserve que la dette d'égalisation soit satisfaite uniquement dans la mesure de la valeur transférée hors du régime), mais que le MRD devrait également être offert si le participant est à dix ans ou moins de la date normale de la retraite ou si l'administrateur du régime y consent.

La CDO a examiné d'autres possibilités, mais elle a conclu que l'utilisation de la valeur de rachat par le MRI, avec règlement de la dette d'égalisation uniquement dans la mesure du montant transféré, était la meilleure solution dans la plupart des cas.

Les options de règlement recommandées devraient s'appliquer aux régimes de retraite à prestations déterminées enregistrés aux termes de la LRR ou aux régimes complémentaires offerts par l'employeur qui ne font que dupliquer de tels régimes, et elles devraient également être offertes dans le cas des régimes de retraite à prestations déterminées enregistrés dans d'autres territoires si le droit sur les biens familiaux de l'Ontario ou les dispositions de fond de la LRR s'appliquent. Pour des raisons de flexibilité, un pouvoir de réglementation devrait être conféré afin d'inclure d'autres régimes, d'exclure des régimes par ailleurs inclus et de traiter les régimes mixtes.

D. Régimes à cotisations déterminées

Le MRI devrait être offert dans le cas des régimes à cotisations déterminées.

E. Une nouvelle caisse de retraite provinciale?

La CDO suggère au gouvernement de considérer la création d'une caisse de retraite provinciale pour recevoir les transferts de MRI au nom des conjoints non participants pour qui d'autres options de transfert de MRI ne seraient pas accessibles ou intéressantes.

F. La règle des 50 pour cent

La règle pourrait dans certains cas empêcher l'exécution de l'une ou de l'autre des options de règlement recommandées. Ces options prévoient un règlement juste et devraient être considérées conformes.

G. Les crédits du *Régime de pensions du Canada*

En permettant aux parties de convenir d'une renonciation au partage des crédits du RPC, on éliminerait la possibilité d'agir sur deux fronts.

H. Unions de fait

La question de l'application aux unions de fait des dispositions de la LDF portant sur les biens familiaux s'étend bien au-delà des droits selon les régimes de retraite et elle n'est pas traitée ici. Par contre, il n'y a pas de raisons pour lesquelles les conjoints de fait qui se séparent ne devraient pas avoir accès aux mécanismes de règlement recommandés, si tel était leur souhait.

VIII. RECOMMANDATIONS

La CDO recommande ce qui suit (*on trouvera la liste complète des recommandations à la partie VIII du présent rapport*) :

1. Les droits en vertu d'un régime de retraite acquis devraient continuer à être considérés comme des « biens familiaux » aux fins de la LDF.
2. La LDF devrait être modifiée afin d'indiquer que les droits en vertu d'un régime de retraite non acquis sont aussi des « biens familiaux ».
3. La LDF devrait être modifiée afin de prévoir le recours à la méthode mixte pour évaluer les droits aux termes d'un régime de retraite à prestations déterminées.
4. En règle générale, si le participant à un régime de retraite à prestations déterminées souhaite régler une dette d'égalisation au moyen du partage du régime de retraite, le MRI devrait s'appliquer. Un montant ne dépassant pas une part proportionnelle de la valeur de rachat serait transféré au régime de l'autre conjoint ou à un autre arrangement d'épargne-retraite (ou à une caisse de retraite provinciale, si une telle caisse était établie) ou utilisé pour établir un crédit dans le régime du participant. La dette d'égalisation ne serait satisfaite que dans la mesure du transfert (ou du crédit).
5. La part proportionnelle correspondrait à la moitié de la valeur de rachat multipliée par le ratio des services validables accumulés durant le mariage sur le total des services validables à la date de la séparation.
6. Si le participant est à dix ans ou moins de la date normale de la retraite, les parties pourraient convenir d'un règlement par MRD, soit, de partager le régime de retraite de façon à ce que le conjoint non participant reçoive des prestations distinctes lorsque le participant prend sa retraite ou à la date normale de la retraite du participant. Une partie des états de service du participant correspondant à une demie multipliée par le ratio des services validables accumulés durant le mariage sur le total des services validables à la retraite ou à l'âge normal de la retraite serait transférée au crédit du conjoint non participant, dont le montant des prestations pourrait être assujéti à un rajustement actuariel. L'obligation d'égalisation du participant serait réputée avoir été satisfaite. Les administrateurs des régimes de retraite pourraient exiger des droits pour éponger leurs frais.
7. Lorsque le participant est à plus de dix ans de la date normale de la retraite, les parties pourraient choisir l'option de MRD, sous réserve de l'approbation de l'administrateur du régime.
8. Les recommandations 4 à 7 s'appliquent aux régimes à prestations déterminées (et, sous réserve des règlements gouvernementaux, aux régimes mixtes) si des prestations ne sont pas encore versées et si les régimes sont enregistrés en vertu de la LRR, aux régimes complémentaires qui dupliquent un régime enregistré en vertu de la LRR et aux régimes enregistrés en vertu des lois d'un autre territoire si le droit sur les biens familiaux de l'Ontario ou les dispositions de fond de la LRR s'appliquent. La réglementation pourrait inclure d'autres régimes ou exclure des régimes par ailleurs inclus si le gouvernement le jugeait approprié.
9. L'option de MRI devrait également être offerte lorsqu'un conjoint adhère à un régime à cotisations déterminées.
10. L'Ontario devrait considérer la création d'une caisse de retraite où les conjoints non participants ayant droit à un transfert à la suite du partage d'un régime de retraite pourraient placer le montant transféré.
11. Un règlement conforme aux options de MRI ou de MRD devrait être présumé conforme à la règle des 50 pour cent.
12. L'Ontario devrait édicter une loi permettant aux parties de renoncer au droit de partager les crédits du RPC.
13. Lorsqu'une union de fait prend fin, les parties pourraient convenir que les régimes de retraite soient partagés selon le mécanisme de règlement recommandé.

...[M]ême si presque toutes les personnes qui ont un avis à exprimer sur le sujet s'accordent pour dire qu'il est nécessaire d'apporter des changements, aucune unanimité ne se dégage quant à la solution législative à privilégier...

I. INTRODUCTION

Presque quatorze ans se sont écoulés depuis la publication par l'ancienne Commission de réforme du droit de l'Ontario (CRDO) de son rapport intitulé *Rapport sur les rentes de retraite en tant que biens familiaux : évaluation et partage*.² Dans son rapport, la CRDO a passé en revue l'état du droit à l'époque concernant le traitement des régimes de retraite sous le régime de l'égalisation des biens familiaux aux termes de la LDF. Elle a analysé les nombreux problèmes qui surviennent dans ce domaine et a formulé plusieurs propositions en vue de modifier la loi. Cependant, aucune suite n'a été donnée à ces propositions et les problèmes cernés par la CRDO subsistent aujourd'hui. En effet, la situation semble en être arrivée au point où il existe un consensus presque unanime qu'il faut aborder la question sur le plan législatif, tout comme cela a été le cas dans la plupart des autres territoires canadiens. Toutefois, même si presque toutes les personnes qui ont un avis à exprimer sur le sujet s'accordent pour dire qu'il est nécessaire d'apporter des changements, aucune unanimité ne se dégage quant à la solution législative à privilégier, soit en Ontario soit dans les assemblées législatives des provinces qui ont abordé la question. Les provinces et territoires qui ont adopté des mesures ont essentiellement choisi parmi l'une de deux méthodes de partage des droits aux prestations, lesquelles sont couramment appelées le mécanisme de règlement immédiat et le mécanisme de règlement différé.

Après avoir examiné en profondeur le droit dans ce secteur et avoir soigneusement tenu compte des questions de politique en jeu et des observations qui lui ont été faites, la CDO a formulé plusieurs recommandations qui ont été publiées, avec de brefs motifs à l'appui, en octobre 2008. Ce rapport final fournit les renseignements contextuels sur le droit régissant les régimes de retraite et les biens familiaux,³ ainsi qu'une analyse détaillée des problèmes qui existent en rapport avec les régimes de retraite et l'échec du mariage et une rubrique analytique faisant état de notre évaluation des questions et donnant une explication des recommandations que nous avons formulées. (Les recommandations, qui sont les mêmes que celles publiées en octobre, figurent dans la rubrique intitulée « Évaluation par la CDO des questions » et elles sont également regroupées à la fin du rapport.)

...[C]'est en relation avec les droits aux termes de régimes [à prestations déterminées] que les problèmes principaux que nous avons identifiés se posent.

II. APERÇU DES RÉGIMES DE RETRAITE EN ONTARIO

Au sens large, ce rapport vise le traitement des droits d'un conjoint dans un régime de retraite en cas d'échec du mariage. Notre principale préoccupation à cet égard porte sur les régimes de retraite professionnels qui fournissent des versements de prestations périodiques (habituellement mensuelles) viagères à d'anciens employés suivant leur retraite, l'accent étant surtout mis sur les régimes à prestations déterminées, puisque c'est en relation avec les droits aux termes de ces régimes que les problèmes principaux que nous avons identifiés se posent. En règle générale, le rapport n'aborde pas les autres genres d'ententes privées destinées à procurer des revenus à la retraite, comme les régimes enregistrés d'épargne-retraite (REER) personnels ou collectifs, ni les régimes d'aide sociale dont les prestations sont payées par le gouvernement, par exemple le programme fédéral de sécurité de la vieillesse, quoiqu'il porte sur certaines questions liées au *Régime de pensions du Canada* (RPC).⁴

A. Types de régimes de retraite et employés visés

Les régimes de retraite professionnels sont habituellement constitués par un employeur, même si, dans certains cas, un régime peut être établi conjointement par un ou plusieurs employeurs et un ou plusieurs syndicats. Dans le secteur de la construction, où les relations entre employeur et employés ont tendance à être transitoires, il se peut que le régime soit établi exclusivement par un syndicat.⁵ Les régimes qui visent les employés du secteur public sont habituellement établis par la loi.⁶

Pour ce qui est de la nature des prestations fournies, il existe deux types principaux de régimes de retraite professionnels, soit le régime à prestations déterminées et le régime à cotisations déterminées. Aux termes des deux types de régimes, l'employeur est tenu d'effectuer des cotisations, mais les deux peuvent également exiger que les employés fassent des cotisations (auquel cas le régime est qualifié de « contributif »).

Aux termes d'un régime à cotisations déterminées, les cotisations de l'employeur et de l'employé, s'il en est, sont établies selon un montant ou un taux fixe; ces cotisations sont investies et le total des cotisations accumulées et du rendement du placement sert à faire l'acquisition d'une rente au moment de la retraite de l'employé. (En raison de cette caractéristique, on appelle parfois ces régimes des « régimes à cotisations déterminées ».) En revanche, le montant d'une prestation de retraite aux termes d'un régime à prestations déterminées n'a aucun rapport immédiat avec les cotisations et le rendement du placement, mais est plutôt établi selon une formule fixe.

Les régimes à prestations déterminées sont généralement perçus comme étant préférables du point de vue de l'employé, en ce sens que le montant des revenus dont il disposera à la retraite est plus prévisible que dans le cas d'un régime à cotisations déterminées, le degré de sécurité pour l'employé étant jugé plus élevé et le risque associé à de mauvais rendements du placement étant moindre pour le régime⁷ (même s'il est manifestement erroné de penser que l'employeur supporte tous les risques à l'égard des régimes à prestations déterminées).⁸

La formule typique d'un régime à prestations déterminées peut prévoir que le montant

annuel des prestations correspond au produit obtenu en multipliant le nombre d'années de service de l'employé auprès de l'employeur par un pourcentage déterminé qui est ensuite appliqué à la rémunération moyenne gagnée par l'employé au cours d'un nombre précis d'années où son revenu d'emploi était le plus élevé ou au cours d'un nombre précis d'années précédant immédiatement la retraite.⁹ Par exemple, un régime pourrait prévoir que le revenu annuel de retraite correspondra aux années de service multipliées par deux pour cent, multiplié par la rémunération moyenne de l'employé au cours des cinq années où il a réalisé ses gains maximaux. Le participant à un tel régime ayant à son actif 25 années de service au moment de la retraite et qui touchait une rémunération moyenne de 80 000 \$ au cours de ses années les mieux rémunérées toucherait un revenu de retraite annuel de 40 000 \$.

Le type de régime à prestations déterminées décrit au paragraphe précédent est souvent appelé régime de retraite « meilleures années » ou « fin de carrière ». D'autres types de régimes courants comprennent le régime à prestations uniformes et le régime reconstitution de carrière. Dans le cadre d'un régime à prestations uniformes, la formule ne se rapporte pas aux gains ou à des pourcentages; plutôt, le multiplicateur est simplement les années de service et le multiplicande est un montant d'argent fixe. (Par exemple, si le montant d'argent fixe est 80 \$ par mois, un employé qui prend sa retraite après trente ans de service toucherait des prestations mensuelles de 2 400 \$, soit 28 800 \$ par an.) En vertu d'un régime reconstitution de carrière, le multiplicateur est un simple pourcentage (c'est-à-dire, qu'il n'est pas fonction du nombre d'années de service) et le multiplicande est le total des gains de l'employé au cours de la période intégrale de son adhésion au régime de retraite. (Par exemple, si le pourcentage de la formule de calcul de prestations est deux pour cent et si l'employé qui prend sa retraite avait gagné 1 250 000 \$ au cours de sa carrière auprès de l'employeur, son revenu de retraite s'élèverait à 25 000 \$ par an.)

Les prestations aux termes de régimes à prestations déterminées sont habituellement « intégrées » avec le RPC, ce qui signifie que le montant des prestations calculé en se servant de la formule de base relative aux prestations déterminées est réduit afin de tenir compte de la réception présumée de prestations aux termes du RPC.¹⁰ En réalité, dans ces cas, la formule de base indique ce que l'employé peut s'attendre à toucher au total en provenance des deux sources, soit le régime professionnel et la prestation aux termes du RPC.¹¹

Il existe certains régimes, appelés régimes hybrides, qui combinent les caractéristiques des régimes à prestations déterminées et à cotisations déterminées. Ce type de régime peut fournir à un employé qui prend sa retraite des prestations correspondant au plus élevé entre le montant établi selon une formule liée aux prestations déterminées et le montant des cotisations et du rendement du placement, sinon il peut fournir des prestations correspondant au total du montant de la prestation déterminée et de ce qui a été cumulé aux termes du volet cotisations déterminées du régime.¹² Dans certains cas, il se peut qu'un employeur transforme un régime à prestations déterminées en un régime à cotisations déterminées, les prestations de l'employé gagnées jusqu'au moment de la date de conversion étant établies aux termes de la formule liée aux prestations déterminées et les prestations par la suite étant le montant des cotisations subséquentes et le rendement du placement.¹³

Une étude préparée pour le Comité d'experts en régimes de retraite de l'Ontario (CERRO)

...[M]ême si le nombre actuel d'hommes qui adhèrent à des régimes de retraite (928 000) est légèrement plus élevé que celui des femmes (832 000), il semble qu'à longue échéance le nombre d'hommes n'ait pas augmenté tandis que celui des femmes ait connu une poussée relativement dramatique; en outre, le pourcentage des participants à des régimes de retraite qui adhèrent à un régime à prestations déterminées par rapport à un autre genre de régime se situe à environ 80 % à la fois pour les hommes et les femmes.

...[L]es régimes liés à l'emploi, tout comme les autres aspects du droit du travail et de l'emploi, sont une question de propriété et de droits civils et, en conséquence, leur réglementation relève généralement de la compétence de l'assemblée législative provinciale.

a cité un rapport préparé par Statistique Canada indiquant qu'environ 34 % des employés en Ontario adhéraient à un régime de retraite professionnel en 2005.¹⁴ Cependant, il est intéressant d'observer la répartition entre le secteur public et le secteur privé à cet égard; alors que 80 % des employés du secteur public adhéraient à un régime de retraite professionnel, seuls 25 % des employés du secteur privé étaient dotés d'une telle protection.¹⁵ Il est également intéressant de noter que, même si le nombre de régimes à cotisations déterminées est légèrement plus élevé que celui des régimes à prestations déterminées, ces derniers disposent, collectivement, de bien plus de participants,¹⁶ même si l'adhésion à des régimes à cotisations déterminées augmente à un rythme bien plus rapide que celle à des régimes à prestations déterminées.¹⁷

En ce qui a trait aux données démographiques liées à l'adhésion à des régimes de retraite, même si le nombre actuel d'hommes qui adhèrent à des régimes de retraite (928 000) est légèrement plus élevé que celui des femmes (832 000),¹⁸ il semble qu'à longue échéance le nombre d'hommes n'ait pas augmenté, tandis que celui des femmes ait connu une poussée relativement dramatique;¹⁹ en outre, le pourcentage des participants à des régimes de retraite qui adhèrent à un régime à prestations déterminées par rapport à un autre genre de régime se situe à environ 80 % à la fois pour les hommes et les femmes.²⁰

Cela ne signifie pas qu'une vision optimiste de la situation des femmes dans le cadre de notre système de régimes de retraite et de revenu de retraite soit justifiée. Les régimes professionnels, de par leur nature, sont liés au revenu d'emploi, et les femmes continuent d'afficher un taux de participation plus faible au marché du travail que les hommes et continuent à toucher une rémunération inférieure à celle des hommes.²¹ Contrairement aux hommes, elles sont surreprésentées dans le cadre d'ententes de travail soi-disant « non traditionnelles », par exemple l'emploi à temps partiel, l'emploi temporaire, l'emploi occasionnel et saisonnier et le travail d'agence,²² où la rémunération a tendance à être moindre et les régimes de pension sont moins susceptibles d'être offerts.²³ Les femmes ont également tendance à réaliser davantage de travail non rémunéré à domicile et de prestation de soins que les hommes, ce qui, bien entendu, constitue un facteur ayant une incidence à la fois sur leur taux de participation au marché du travail et sur leur plus grande tendance à se trouver dans des situations de travail non traditionnelles. Il en résulte qu'en moyenne le revenu de retraite pour les femmes est considérablement inférieur à celui des hommes.²⁴

B. Cadre législatif et compétence

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*,²⁵ les régimes professionnels de retraite, tout comme les autres aspects du droit du travail et de l'emploi, sont une question de propriété et de droits civils et, en conséquence, leur réglementation relève généralement de la compétence législative provinciale. Toutefois, dans le cas de certains secteurs, notamment l'énergie atomique, le secteur bancaire, le transport interprovincial et extraprovincial par voie terrestre ou maritime, l'aviation et les télécommunications, ainsi qu'à l'égard de la fonction publique fédérale et l'emploi dans les trois territoires, la compétence revient au Parlement canadien.²⁶ Pour ce qui est de la plupart des employés qui travaillent en Ontario et adhèrent à un régime de retraite de compétence réglementaire provinciale,²⁷ la *Loi sur les régimes de retraite*²⁸ (LRR) de l'Ontario exige que le régime soit enregistré et elle établit des normes minimales se rapportant, entre autres, aux droits aux termes du régime et à

l'administration et au financement du régime. (L'article 6 de la LRR fait en sorte qu'il est illégal d'administrer un régime qui n'a pas été enregistré.) Le pendant fédéral de la LRR est la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*²⁹ (LNPP), même si cette loi ne s'applique pas aux employés du gouvernement fédéral.³⁰

Dans certains cas, les employeurs qui exercent des activités dans plus d'une province ou d'un territoire disposent d'un régime de retraite unique qui vise l'ensemble de leurs employés plutôt que d'un régime distinct pour chaque territoire, ce qui rend éventuellement applicables les lois sur les normes de prestation de pension de plus d'un territoire. Aux termes de l'article 95 de la LRR, la Commission des services financiers de l'Ontario (CSFO), qui est responsable de l'administration et de la mise en application de la LRR, peut prendre des ententes avec les instances fédérales ou d'une autre province afin de prévoir l'application et le respect réciproques des lois sur les prestations de retraite. Des ententes concernant l'administration et la mise en application avaient effectivement été prises par la Commission des régimes de retraite de l'Ontario (organisme qui a été remplacé par la CSFO) avec les instances de réglementation des régimes de retraite d'autres provinces en 1968 et avec le gouvernement fédéral en 1970. Le paragraphe 23(1) du règlement d'application général³¹ pris en vertu de la LRR désigne comme territoires l'ensemble des autres provinces (à l'exception de l'Île-du-Prince-Édouard³²) et les trois territoires lorsque « sont en vigueur des dispositions législatives sensiblement analogues à la [LRR] », tandis que le paragraphe 23(2) prévoit que, lorsqu'un arrangement a été conclu entre les autorités de l'Ontario et celles d'une province ou d'un territoire désigné, le régime de retraite est dispensé des exigences en matière d'enregistrement et de vérification prévues par la LRR si la majorité des participants au régime sont employés dans cette province ou ce territoire désigné.³³ Il semblerait, par conséquent, que les dispositions de la LRR autres que celles qui traitent des exigences en matière d'enregistrement et de vérification continuent de s'appliquer à l'égard des participants ontariens d'un régime multiterritorial même si le régime est enregistré dans une autre province ou territoire et vice-versa.³⁴

Hormis les régimes de compétence fédérale (pour lesquels l'enregistrement, au besoin, se ferait en vertu de la LNPP) ainsi que les régimes multiterritoriaux enregistrés dans une autre province ou territoire, la plupart des régimes de retraite qui visent les employés de l'Ontario sont tenus d'être enregistrés en vertu de la LRR. Toutefois, certains de ces régimes ne sont pas tenus d'être enregistrés du tout puisqu'ils sont dispensés de l'application de la LRR, soit directement soit par leur exclusion de la définition de « régime de retraite » aux termes de la LRR. Il s'agirait de REER collectifs et de régimes qui visent les membres de l'Assemblée législative et de la magistrature de la province, ainsi que les régimes qui ne prévoient que des prestations qui dépassent les plafonds des prestations maximales applicables aux régimes enregistrés en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³⁵ (LIR) fédérale ou qui n'autorisent que des cotisations qui dépassent le plafond des cotisations pour les régimes enregistrés en vertu de la LIR.³⁶ L'on désigne parfois ce dernier type de régime comme « régime complémentaire de retraite offert par l'employeur » (RCRE) étant donné qu'il complète les prestations fournies aux termes d'un autre régime et que l'adhésion à celui-ci dépend du fait d'être participant de cet autre régime. Ces régimes sont parfois établis par les employeurs afin de prévoir des prestations de retraite à des employés touchant des revenus relativement élevés, lesquelles prestations s'apparentent au revenu dont ils bénéficiaient avant la retraite,

puisque les plafonds de la LIR font en sorte que le régime dont le RCRE est complémentaire versera des prestations de retraite qui sont plus faibles que celles qui découleraient par ailleurs de l'application de la formule de base relative aux prestations déterminées.

L'enregistrement d'un régime de retraite en vertu de la LIR n'est pas obligatoire,³⁷ mais donne lieu à certains avantages. Les cotisations faites par les employeurs et les employés sont déductibles du calcul du revenu qui est assujéti à l'imposition; en outre, les gains réalisés au sein du régime sont exonérés d'impôt et les employés ne sont imposés sur les prestations qu'au moment du versement des prestations de retraite.³⁸ Toutefois, comme nous le mentionnions dans le paragraphe précédent, il y a des restrictions quant au montant de prestations qui peut être accordé et quant au montant des cotisations qui peuvent être faites dans le cadre de régimes enregistrés en vertu de la LIR.

C. Moment de la retraite

La LRR exige généralement qu'un régime de retraite prévoie une « date normale de retraite » qui tombe au plus tard un an après que l'employé ait atteint l'âge de 65 ans.³⁹ Cela ne signifie pas que l'employé doit prendre sa retraite à cette date,⁴⁰ mais tout simplement que l'employé a le droit de prendre sa retraite et de commencer à toucher des prestations de retraite intégrales à cette date. Il pourrait plutôt décider de continuer à travailler, même s'il ne lui est pas possible à la fois de toucher des prestations de retraite et de continuer à comptabiliser des états de service en vertu du même régime.⁴¹

Autrement, un employé pourrait décider de prendre sa retraite avant d'atteindre la date normale de retraite. Aux termes de la LRR, un employé peut, dans les 10 ans qui précèdent cette date, au moment de la cessation de son emploi, choisir de commencer à toucher des prestations de retraite anticipée.⁴² La LRR autorise implicitement la réduction du montant mensuel payable en vertu d'un régime de retraite anticipée par rapport au montant qui aurait été payable si l'employé avait attendu jusqu'à l'âge normal de la retraite avant de toucher la prestation,⁴³ ce qui traduit la réalité qu'une retraite prise de façon anticipée donnera vraisemblablement lieu à des versements pendant une plus longue durée.⁴⁴ Cependant, certains régimes offrent aux employés qui respectent un seuil déterminé fondé sur l'âge ou les années de service ou une combinaison des deux une prestation de retraite anticipée non réduite. (Par exemple, un régime pourrait offrir une possibilité de retraite anticipée sans réduction des prestations à un employé qui respecte un critère de « facteur 90 », selon lequel le total de son âge et de ses années de service correspond au moins à 90.)

Étant donné que les prestations aux termes des régimes à prestations déterminées sont habituellement intégrées aux prestations provenant du RPC, lesquelles ne sont habituellement pas versées avant l'âge de 65 ans, il n'est pas rare que des régimes à prestations déterminées offrent de soi-disant « prestations de raccordement » à des employés qui décident de toucher des prestations de retraite anticipée. Ces prestations complètent celles qui sont versées en vertu du régime pendant une durée temporaire qui se termine lorsque l'employé commence à toucher des prestations aux termes du RPC, avec pour incidence que le total des montants mensuels que touche l'employé avant d'atteindre 65 ans et par la suite demeure sensiblement le même.⁴⁵

D. Acquisition, immobilisation et transférabilité

On dit d'une prestation de retraite qu'elle est « acquise » lorsque le participant au régime dispose d'un droit exécutoire de toucher une prestation au moment d'atteindre l'âge de la retraite; au moment où la prestation est acquise, elle ne peut plus être perdue, même s'il y a cessation de l'emploi de l'employé avant qu'il n'atteigne l'âge de la retraite (toutefois, lorsque la cessation d'emploi découle du décès, le droit à une prestation est remplacé par une prestation de décès, laquelle fait l'objet de la discussion ci-dessous). Les règles relatives à l'acquisition aux termes de la LRR ont été modifiées en date du 1^{er} janvier 1987, mais uniquement de façon prospective. En conséquence, l'acquisition de prestations comptabilisées avant 1987 avait lieu lorsque la personne avait atteint au moins 45 ans et avait participé au régime de retraite depuis au moins 10 ans, alors que l'acquisition de prestations comptabilisées après 1986 se produit lorsque la personne a participé au régime pendant deux ans.⁴⁶

Au même moment où la prestation de retraite est acquise, les prestations du participant sont « immobilisées ». Les règles relatives à l'immobilisation revêtent deux aspects. Le premier est que, même si le participant démissionne de son emploi ou qu'on y met fin, il ne peut obtenir le remboursement des cotisations effectuées au régime de retraite à cet égard,⁴⁷ les cotisations doivent demeurer investies dans la caisse de retraite, afin de sà procurer des revenus à la retraite. Le deuxième aspect est que, pendant la durée de vie du participant, les droits à des prestations ne peuvent être rachetés ou abandonnés en contrepartie du versement d'un montant forfaitaire payable immédiatement;⁴⁸ même s'il y a cessation de son emploi bien avant qu'il ne soit prêt à prendre sa retraite, il ne peut choisir de retirer du régime la valeur de ses droits accumulés plutôt que de la recevoir comme prestation différée payable lorsqu'il atteindra l'âge de la retraite.⁴⁹ Il existe, toutefois, certaines exceptions aux règles d'immobilisation, lesquelles portent sur la « transférabilité », et qui fournissent à l'ancien employé qui n'a pas droit à une prestation immédiate des solutions de rechange à une prestation différée payable à même le régime. Ces exceptions, à l'instar de l'obligation d'immobilisation en soi, traduisent la préoccupation de politique sociale qui veut que les caisses de retraite servent à procurer un revenu à l'employé à sa retraite; elles permettent le transfert d'un montant, qui correspond à la valeur de rachat de la prestation de retraite, à un autre régime de retraite (dans la mesure où cet autre régime consent au transfert) ou à un « arrangement d'épargne-retraite prescrit » (par exemple un fonds de revenu de retraite immobilisé), sinon elles permettent que le montant soit affecté à l'achat d'une rente viagère différée.⁵⁰

Au nombre des exceptions aux règles d'immobilisation, il y a celles qui permettent à un employé de retirer la valeur de rachat en espèces s'il est atteint d'une invalidité qui raccourcit son espérance de vie à moins de deux ans⁵¹ et qui autorisent le régime de retraite à verser à un employé un montant forfaitaire correspondant à la valeur de rachat de la prestation si le montant de la prestation qui aurait par ailleurs été payable à l'employé annuellement à la retraite ne dépasserait pas deux pour cent du « maximum des gains annuels ouvrant droit à pension » en vertu du RPC⁵² au cours de l'année de la cessation d'emploi.⁵³ Ces deux dernières exceptions ne sont pas nécessairement incompatibles avec la raison d'être qui sous-tend le revenu de retraite, en ce sens qu'elles s'appliquent lorsque la personne en question ne vivra vraisemblablement pas jusqu'à l'âge de la retraite ou lorsque le montant de la prestation serait trop faible pour procurer

...[L]es règles d'immobilisation et les exceptions en matière de transférabilité qui leur sont faites sont fondées sur la préoccupation de politique sociale qui veut que les caisses de retraite servent à procurer un revenu à l'employé à sa retraite. La même raison d'être sous-tend les règles voulant que les fonds payables aux termes d'un régime de retraite ne puissent être cédés ou saisis[...]Ces interdictions souffrent certaines exceptions dans le contexte du droit de la famille...

un soutien important à la retraite de toute façon (même si l'objectif principal de la disposition de rachat pour les soi-disant « petits régimes de retraite » semblerait être de réduire les frais pour les administrateurs de régime⁵⁴).

Ainsi qu'il a été observé dans les deux paragraphes précédents, les règles d'immobilisation et les exceptions en matière de transférabilité qui leur sont faites sont fondées sur la préoccupation de politique sociale qui veut que les caisses de retraite servent à procurer un revenu à l'employé à sa retraite. La même raison d'être sous-tend les règles voulant que les fonds payables aux termes d'un régime de retraite ne puissent être cédés ou saisis ainsi que le prévoient, respectivement, les articles 65 et 66 de la LRR. Ces interdictions souffrent certaines exceptions dans le contexte du droit de la famille; le paragraphe 66(4) crée une exception à l'interdiction de saisie dans le cas d'ordonnances alimentaires (à concurrence d'un maximum de 50 pour cent du montant payable aux termes du régime), tandis que le paragraphe 65(3) établit une exception plus généralisée visant toutes ordonnances du tribunal aux termes de la LDF ou tous « contrats familiaux » (expression qui comprendrait un accord de séparation suivant l'échec du mariage).⁵⁵ Cependant, même si le paragraphe 65(3) ne renferme aucune restriction quant au montant des fonds de retraite qui peuvent être cédés, il y a lieu de lire l'exception de concert avec l'article 51,⁵⁶ qui restreint la portée d'ordonnances rendues et de contrats ou accords conclus aux termes des dispositions visant les biens familiaux de la partie I de la LDF.

E. Restrictions relatives aux contrats familiaux et aux ordonnances en vertu de la partie I de la LDF

L'article 51 de la LRR, qui porte expressément sur l'échec du mariage, impose des restrictions à la fois temporelles et quantitatives sur l'incidence des contrats familiaux conclus et des ordonnances rendues en vertu de la partie I de la LDF en ce qui a trait aux régimes de retraite.

Le paragraphe 51(1) prévoit qu'un tel contrat ou une telle ordonnance ne peut exiger le paiement d'une prestation de retraite avant la première des deux dates suivantes à intervenir : la date à laquelle le conjoint qui était participant du régime de retraite en question commence réellement à toucher la prestation ou la date à laquelle il atteint la date normale de retraite aux termes du régime. Cependant, lorsqu'il y a cessation d'emploi du participant, le paragraphe 51(5) accorde au conjoint non participant les mêmes options à l'égard de ses droits établis par le contrat ou l'ordonnance que celles qui sont offertes au participant à l'égard de ses propres droits (par exemple, le transfert de sa quote-part de la valeur de rachat du régime de retraite à un « arrangement d'épargne-retraite prescrit »).

Aux termes du paragraphe 51(2), un contrat familial conclu ou une ordonnance rendue en vertu de la partie I ne peuvent accorder au conjoint non participant plus de 50 pour cent des prestations accumulées au cours de la période durant laquelle le participant était son conjoint. Des règlements pris en vertu de la LRR prévoient la manière dont doivent se calculer les prestations ainsi accumulées⁵⁷. Cette « règle des 50 pour cent », à l'instar des règles d'immobilisation et des interdictions de cession et de saisie, est fondée sur la notion qu'un régime de retraite existe afin de procurer un revenu de retraite à ses participants⁵⁸. Toutefois, elle a été perçue comme obstacle éventuel à la mise en œuvre

intégrale de certains genres d'ententes de règlement à l'égard des biens familiaux qui portent sur des régimes de retraite⁵⁹, argument qui est analysé plus en détail ci-dessous.

F. Prestations de décès

Aux termes de l'article 48 de la LRR, les régimes de retraite doivent fournir une prestation de décès avant la retraite lorsque le participant au régime dont le droit à une prestation est acquis décède avant d'atteindre l'âge de la retraite. Le droit, qui est payable au conjoint du participant pourvu que le participant et le conjoint ne vivent pas séparés de corps à la date du décès, correspond soit au paiement d'une somme globale égale à la valeur de rachat de la pension soit à une pension ayant une valeur de rachat équivalente. Un conjoint peut renoncer à son droit de toucher la prestation de décès. Dans un tel cas (ainsi que dans l'éventualité où le participant n'a pas de conjoint avec lequel il cohabitait à la date du décès), si le participant a désigné un bénéficiaire, le bénéficiaire aurait droit au paiement d'une somme globale; lorsque aucun bénéficiaire n'a été désigné, la somme globale serait versée à la succession du participant.

Il y a lieu d'observer qu'aux termes du paragraphe 48(13), le droit à une prestation de décès est assujéti aux droits d'un ancien conjoint établi par la conclusion d'un contrat familial ou par une ordonnance rendue en vertu de la partie I de la LDF.⁶⁰

Si un ancien participant qui touche une prestation a un conjoint avec lequel il cohabite à la date où les paiements de la prestation sont censés débiter, la LRR exige que la prestation soit une « prestation de pension réversible ». ⁶¹ Une telle prestation est payable pendant la vie commune des deux conjoints, plutôt que pendant la vie du participant. La LRR autorise implicitement que le montant initial payable en vertu d'une prestation de pension réversible soit déduit du montant qui aurait été payable si la prestation avait été établie uniquement pour l'employé sa vie durant, ⁶² il en est ainsi en raison de la possibilité que la prestation soit versée pendant une durée plus longue. ⁶³ Le montant payable au conjoint survivant de l'ancien participant doit correspondre à au moins 60 pour cent du montant qui était versé à l'ancien participant lorsque les deux étaient en vie. ⁶⁴

L'article 46 de la LRR permet au participant et au conjoint, agissant de concert, de renoncer au droit à une prestation de pension réversible avant le commencement du paiement de la prestation. Lorsqu'une telle renonciation est faite, la prestation est versée sous forme de prestation viagère (c'est-à-dire qu'elle continuera à être versée tant que le participant est en vie).

G. Inflation et indexation

Des niveaux d'inflation, même relativement faibles, peuvent avoir une incidence prononcée sur la valeur réelle d'une somme d'argent donnée. Un taux d'inflation annuel s'établissant à simplement deux pour cent réduirait le pouvoir d'achat d'un dollar à uniquement 75 cents en 15 ans; une telle réduction se produirait en juste 10 ans si le taux d'inflation était de trois pour cent⁶⁵. Bien entendu, il en résulterait une incidence très défavorable pour un retraité qui ne bénéficie pas d'une protection contre l'inflation; si le retraité vit pendant plusieurs années après la retraite (comme il l'espère sans doute), son niveau de vie pourrait subir une érosion importante au cours des dernières années de sa vie.

Des niveaux d'inflation, même relativement faibles, [pourraient] avoir[...]une incidence très défavorable pour un retraité qui ne bénéficie pas d'une protection contre l'inflation.

De prime abord, la LRR semble rendre la protection contre l'inflation obligatoire; le paragraphe 53(1) prévoit que les pensions :

....sont rajustées selon la ou les formules établies... afin d'offrir des augmentations qui tiennent compte de l'inflation...

Toutefois, le paragraphe 53(2) précise qu'une formule ne peut être établie qu'au moyen d'une modification apportée à la LRR, stipulation qui semblerait rendre le paragraphe 53(1) sans objet, compte tenu du fait qu'aucune modification semblable n'a jamais été promulguée.

Heureusement, malgré le fait que les régimes de retraite n'y sont pas astreints par la loi, plusieurs prévoient une protection contre l'inflation sous forme d'indexation, où le montant mensuel de la prestation est rajusté annuellement afin de compenser, à tout le moins dans une certaine mesure, l'incidence de l'inflation. Cette protection peut être prévue par contrat, c'est-à-dire que l'indexation devient un droit en vertu du régime de retraite, comme c'est habituellement le cas dans le secteur public.

Pour ce qui est des régimes du secteur privé, il est plus courant de voir une indexation ponctuelle; même si l'employeur ne prétend pas offrir une protection contre l'inflation à titre de droit, le montant des prestations versées est à l'occasion rajusté à la hausse afin de préserver (ou plus précisément, peut-être, de rétablir) leur véritable valeur (ou à tout le moins une partie de celle-ci)⁶⁶.

H. Financement

La LRR prévoit qu'un régime de retraite à prestations déterminées doit être capitalisé; en d'autres mots, les éléments d'actif du régime doivent suffire à acquitter ses éléments de passif, selon ce qui est établi dans le cadre d'une évaluation actuarielle triennale⁶⁷. L'évaluation doit s'effectuer selon la méthode de la solvabilité, en vertu de laquelle les éléments d'actif et de passif sont évalués comme si le régime était venu à échéance à la date de l'évaluation, ainsi que selon la méthode de la « continuité », selon laquelle l'évaluation procède de l'hypothèse que le régime se poursuivra⁶⁸. Lorsque les éléments de passif sont supérieurs aux éléments d'actif selon l'une ou l'autre évaluation, des « versements spéciaux » seront nécessaires; il s'agit de versements, qui se rajoutent aux cotisations habituelles de l'employeur et qui doivent être effectués en faveur du régime de retraite afin d'éliminer l'insuffisance de solvabilité ou la dette non capitalisée sur le plan de la continuité, selon le cas⁶⁹. Aux termes de la LRR, une insuffisance sur le plan de la solvabilité peut être amortie sur une période de cinq ans, tandis qu'une dette non capitalisée sur le plan de la continuité peut être amortie sur une période de 15 ans⁷⁰.

Parfois, l'évaluation fera état du fait que le régime dispose d'un excédent, situation qui peut faire en sorte qu'un employeur, qui n'est pas engagé contractuellement à indexer les prestations de retraite, effectue un rajustement ponctuel afin de compenser l'incidence de l'inflation⁷¹; subsidiairement, l'employeur peut estimer que l'excédent justifie qu'il prenne un « congé de cotisations ». (Un employeur, en règle générale, ne peut retirer l'excédent d'un régime de retraite existant sans obtenir le consentement de tous les participants actuels et anciens du régime même si le régime prévoit que l'employeur a le droit à l'excédent.)⁷²

La réponse à la question de savoir si l'employeur a le droit de s'abstenir d'effectuer des cotisations lorsque le régime dispose d'un excédent dépendra du fait que cela soit expressément ou implicitement autorisé par le libellé du régime de retraite en question⁷³. Il se peut éventuellement que les employés retirent un avantage également d'un excédent en se voyant octroyer un congé de cotisations; toutefois leur droit d'en tirer parti sera également une question d'interprétation du libellé du régime⁷⁴.

I. Liquidation des régimes de retraite

L'article 1 de la LRR définit la « liquidation » comme la cessation d'un régime de retraite et la répartition de l'actif de la caisse de retraite. Un régime peut être liquidé à la demande de l'employeur ou à la suite d'une ordonnance du surintendant des services financiers⁷⁵. Toutefois, même si l'employeur a le droit de liquider un régime pour quelque motif que ce soit⁷⁶, le surintendant ne peut ordonner la liquidation que lorsque certains motifs sont présents, notamment : cessation ou suspension par l'employeur des cotisations qu'il est tenu d'effectuer au régime, faillite de l'employeur, perte d'emploi d'un nombre important de participants au régime par suite de la restructuration ou de la cessation de la totalité ou d'une partie des affaires de l'employeur ou vente par l'employeur de son entreprise à un acheteur qui n'offre pas de régime de retraite pour les employés concernés⁷⁷. La liquidation peut être totale ou partielle; en cas de liquidation partielle, le régime de retraite est, dans les faits, scindé en deux, une partie se poursuivant comme auparavant et l'autre faisant l'objet d'une résiliation et d'une liquidation de ses éléments d'actif⁷⁸.

Dans le cadre d'une liquidation, les avantages de l'ensemble des employés dans le régime ou dans la partie du régime concernée deviennent immédiatement acquis (c'est-à-dire, peu importe s'ils respectent par ailleurs les exigences relatives à l'acquisition)⁷⁹ et il est possible pour un employé qui a droit à une prestation, y compris un employé qui a droit à une prestation immédiate, d'exercer les droits de transférabilité disponibles en cas de cessation d'emploi d'une personne qui n'a pas droit à une prestation immédiate⁸⁰.

Un droit très important à la liquidation dont disposent les employés ayant de longs états de service est le droit « d'acquisition réputée » connu également sous le vocable de « règle de 55 », selon lequel un employé dont les années de service et l'âge totalisent au moins 55 a le droit de recevoir une pension non réduite ou réduite à la date à laquelle il aurait eu droit à cette prestation en vertu du régime s'il n'avait pas été liquidé et si son emploi avait été maintenu jusqu'à cette date⁸¹. Par exemple, imaginons que l'on soit en présence d'un régime selon lequel l'âge normal de la retraite est de 65 ans et qui offre une prestation de retraite anticipée non réduite aux employés qui respectent le critère du « facteur 90 » (c'est-à-dire le total des années de service de l'employé et de son âge correspond à au moins 90) et que l'employé en question a 50 ans et 20 ans d'années de service à la date de la liquidation du régime. N'eût été du droit d'acquisition réputé, l'employé n'aurait pas eu le droit de toucher une prestation non réduite avant l'âge de 65 ans, étant donné que le régime de retraite a été liquidé avant qu'il soit en mesure de respecter les critères du facteur 90; toutefois, étant donné que l'employé respecte la règle de 55, il aura le droit de recevoir une prestation non réduite à compter de 60 ans étant donné qu'il s'agit de l'âge auquel il y aurait eu droit si le régime n'avait pas été liquidé et si son emploi avait été maintenu jusqu'à cette date. (Les employés qui respectent la règle de 55 et qui disposent

d'au moins 10 années de service à la date de liquidation ont, en outre, droit à des prestations de raccordement pour retraite anticipée auxquelles ils auraient eu droit si le régime n'avait pas été liquidé et si leur emploi avait été maintenu⁸².)

Une évaluation actuarielle est nécessaire lorsqu'un régime de retraite doit être liquidé. Si l'évaluation démontre que les éléments d'actif du régime suffisent largement à acquitter l'ensemble du passif du régime, y compris les droits des employés à la liquidation, l'excédent du régime est distribué. Si le régime ne précise pas le mode d'attribution de l'excédent à la liquidation, il doit être distribué de façon proportionnelle entre « les participants, les anciens participants et les autres personnes qui ont droit à des paiements aux termes du régime de retraite »⁸³. Aux termes des règles actuelles, l'excédent peut être versé à l'employeur en cas d'obtention de l'accord d'au moins deux tiers des participants au régime (ou de leur syndicat) et d'un nombre « approprié » d'anciens participants et d'autres personnes qui ont droit à des paiements.⁸⁴

Si l'évaluation démontre que le régime est en situation déficitaire, l'employeur est tenu de verser au régime le montant nécessaire afin de garantir le paiement des droits à des prestations. Il se peut, toutefois, que l'employeur soit insolvable et ne soit pas en mesure d'effectuer le paiement requis. Le cas échéant, « sous réserve de l'application du Fonds de garantie »⁸⁵, la LRR exige que les prestations aux termes du régime soient réduites en proportion de l'insuffisance au moment de la liquidation⁸⁶.

Le Fonds de garantie des prestations de retraite assure les prestations de retraite des employés de l'Ontario qui adhèrent à des régimes à prestations déterminées enregistrés en vertu de la LRR ou de la loi d'une province désignée, sous réserve de certaines exceptions et restrictions. La restriction qui s'avère peut-être la plus importante est celle qui exclut de la garantie les prestations qui dépassent 1 000 \$ par mois⁸⁷. Certains régimes sont exclus, notamment les RRI et les régimes dont la cotisation de l'employeur est fixée par convention collective (ce qui est habituellement le cas des RRC).⁸⁸

III. LÉGISLATION SUR LES BIENS FAMILIAUX DE L'ONTARIO

La LDF est certes la loi provinciale la plus importante en ce qui concerne les questions de droit de la famille en Ontario. Ainsi qu'il est déclaré dans son préambule, son adoption a été motivée par le besoin perçu :

...de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société...⁸⁹

La présente rubrique du rapport donne un aperçu des dispositions sur les biens familiaux de la partie I de la LDF et, en particulier, de la manière dont ces dispositions concrétisent la reconnaissance de l'égalité des conjoints dans le cadre d'un partenariat économique.

A. Le régime d'égalisation

Les dispositions sur les biens familiaux de la LDF abordent la question du mode de partage, au moment de l'échec du mariage, des éléments d'actif qui ont été accumulés par les conjoints pendant qu'ils faisaient vie commune. En employant un libellé qui table sur la thématique énoncée dans le préambule, ces dispositions ont un objectif déclaré de reconnaître :

...que les soins à donner aux enfants, la gestion du ménage et l'apport financier constituent des responsabilités communes aux conjoints, et d'affirmer que la contribution de chacun des conjoints, financière ou autre, en vue d'assumer ces responsabilités est implicite dans une relation matrimoniale...⁹⁰

La partie I respecte cet objectif en prévoyant, en principe, que lors de l'échec du mariage, les conjoints ont le droit de partager également, non seulement la valeur de tous les biens acquis par l'un ou par l'autre pendant le mariage, mais également, toute augmentation de la valeur des biens existant lors du mariage, survenue après le mariage. À cette fin, la partie I crée une série de règles d'égalisation en fonction des « biens familiaux nets » de chacun des conjoints.

Sous réserve de certaines précisions, la valeur des biens familiaux nets d'un conjoint est calculée de la façon suivante. On détermine d'abord la valeur totale de tous les biens dont il est propriétaire à la date d'évaluation (qui est habituellement la date de la séparation)⁹¹. On en déduit ensuite deux éléments : d'une part, la valeur totale de toutes les dettes et autres éléments de passif du conjoint, existant à la date d'évaluation et, d'autre part, la différence entre la valeur des biens dont le conjoint était propriétaire à la date du mariage et toutes ses dettes et autres éléments de passif existant à la date du mariage.⁹² (Lorsque le résultat de ce calcul est inférieur à zéro, les biens familiaux nets sont réputés être égaux à zéro).⁹³ Lors de l'échec du mariage, le conjoint qui détient les biens familiaux nets dont la valeur est la moins élevée reçoit une compensation financière égale à la moitié de la différence entre ses biens familiaux nets et ceux de l'autre conjoint. (Il faut noter, cependant, que la LDF, contrairement aux régimes de certaines autres provinces portant sur les biens familiaux,⁹⁴ n'octroie pas aux conjoints des intérêts communs dans les divers biens familiaux. Le droit de propriété demeure plutôt distinct, et une relation créancier-débiteur est créée entre les conjoints).⁹⁵

...[L]es soins à donner aux enfants, la gestion du ménage et l'apport financier constituent des responsabilités communes aux conjoints, et[...] la contribution de chacun des conjoints, financière ou autre, en vue d'assumer ces responsabilités est implicite dans une relation matrimoniale...

LDF

Le régime des biens familiaux instauré dans la LDF, dans un certain sens, peut être perçu comme étant d'envergure plutôt large, puisque, de façon générale, il n'établit pas de distinctions entre les éléments d'actif utilisés à des fins familiales et les autres éléments d'actif[...] Le terme « bien » en soi est défini de façon très large... Ce qui importe davantage, dans l'optique du sujet qui nous occupe dans le présent rapport, c'est qu'il comprend les droits en vertu d'un régime de retraite...

Le fait que seul un des conjoints a fourni les fonds en vue d'acheter un élément d'actif ne constitue pas un facteur permettant d'en écarter la valeur à des fins d'égalisation, étant donné qu'il est présumé que les conjoints font une « contribution égale, financière ou autre ». Les contributions peuvent revêtir plusieurs formes; certaines peuvent être indirectes, et quelques-unes même intangibles, mais l'optique qui sous-tend la partie I est que la combinaison des apports effectués par les deux conjoints fait en sorte qu'il soit possible pour l'unité familiale de faire l'acquisition de biens.⁹⁶

Le régime des biens familiaux instauré dans la LDF, dans un certain sens, peut être perçu comme étant d'envergure plutôt large, puisque, de façon générale, il n'établit pas de distinctions entre les éléments d'actif utilisés à des fins familiales et les autres éléments d'actif, comme le faisait⁹⁷ la prédécesseure de la LDF, soit la loi intitulée *Family Law Reform Act* (FLRA).⁹⁸ Le terme « bien » en soi est défini de façon très large; il comprend des droits futurs et éventuels et même, dans certains cas, des biens dont un conjoint n'est pas propriétaire.⁹⁹ Ce qui importe davantage, dans l'optique du sujet qui nous occupe dans le présent rapport, c'est qu'il comprend les droits en vertu d'un régime de retraite,¹⁰⁰ ainsi qu'il est analysé davantage en profondeur ci-dessous. Toutefois, il existe certaines restrictions importantes à l'application du régime d'égalisation et à son fonctionnement.

Tout d'abord, il ne s'applique qu'aux personnes qui sont mariées.¹⁰¹ Contrairement à la plupart des lois de l'Ontario qui utilisent le terme « conjoint », y compris la LRR¹⁰² et, même, certaines autres parties de la LDF,¹⁰³ la partie I ne s'applique pas aux personnes qui cohabitent maritalement mais qui ne sont pas mariées.¹⁰⁴ En outre, les conjoints sont, pour l'essentiel, libres de se soustraire par contrat à la portée de la partie I en concluant un contrat familial;¹⁰⁵ un accord de séparation qui porte sur les biens familiaux aura préséance sur le régime de la LDF en cas de conflit, tout comme un contrat de mariage (sauf dans la mesure où il prétend restreindre les droits de possession et droits connexes à l'égard du foyer conjugal).¹⁰⁶ Il existe également de nombreuses exceptions et règles spéciales portant sur la question de savoir ce qui est visé par la notion de biens familiaux nets et ce qui en est exclu. La LDF exclut expressément la valeur de certains types de biens du calcul des biens familiaux nets; en règle générale, les biens obtenus en conséquence d'un don ou d'un héritage d'un tiers après la date du mariage en sont exclus. Toutefois, la valeur d'un foyer conjugal qui est un don ou un héritage acquis d'un tiers après la date du mariage est incluse.¹⁰⁷ En outre, même si, dans le calcul des biens familiaux nets, un conjoint a généralement le droit de déduire la valeur de biens qui lui appartenaient avant le mariage, tel n'est pas le cas d'une maison acquise par un conjoint avant le mariage qui servait de foyer conjugal au moment de la séparation.¹⁰⁸

Même si la présomption veut que le droit à l'égalisation corresponde à la moitié de la différence entre les biens familiaux nets des deux conjoints, le paragraphe 5(6) de la LDF accorde au tribunal le pouvoir d'attribuer un montant supérieur ou moindre s'il est d'avis que l'égalisation serait « inadmissible ». La loi énumère un certain nombre de motifs dont peut tenir compte un tribunal pour parvenir à cet avis, notamment le défaut d'un conjoint de révéler à l'autre des dettes ou d'autres éléments de passif qui existaient à la date du mariage,¹⁰⁹ le fait que des dettes ou d'autres éléments de passif ont été contractés de façon inconséquente ou de mauvaise foi,¹¹⁰ le fait qu'un conjoint a contracté des dettes ou d'autres éléments de passif excessivement considérables par rapport à ceux de l'autre conjoint pour subvenir aux besoins de la famille,¹¹¹ le fait que le droit à un montant

d'égalisation correspondant à la moitié est excessivement considérable par rapport à une période de cohabitation des conjoints qui est inférieure à cinq ans¹¹² ou :

...n'importe quelle autre circonstance concernant l'acquisition, l'aliénation, la conservation, l'entretien ou l'amélioration des biens.¹¹³

Même si ce dernier motif, de prime abord, peut sembler très large, les mentions des termes « acquisition », « aliénation » et des mots assimilables semblent avoir été interprétées de façon à suggérer que l'intention de l'Assemblée législative n'était pas d'accorder un pouvoir discrétionnaire illimité.¹¹⁴

Si le conjoint qui est tenu d'effectuer un paiement au titre de l'égalisation omet de le faire, l'article 9 de la LDF accorde au tribunal plusieurs pouvoirs afin de s'assurer que l'obligation est respectée. Il peut tout simplement ordonner que le montant au titre de l'égalisation soit versé au conjoint créancier; sinon, lorsqu'un règlement intégral et immédiat causerait préjudice au conjoint débiteur, il peut ordonner que les paiements soient différés ou payés par versements échelonnés au cours d'une période qui ne dépasse pas dix ans. Il peut également ordonner qu'une sûreté, par exemple une charge sur un bien, soit donnée pour garantir l'exécution de l'obligation au titre de l'égalisation ou que le bien soit transféré à un conjoint ou assujéti à une fiducie, ou encore qu'il soit partagé et vendu.

B. L'égalisation et le décès

Le régime d'égalisation s'applique non seulement en cas d'échec du mariage mais aussi, éventuellement, en cas de dissolution d'un mariage en conséquence du décès de l'un des conjoints (même si l'égalisation, dans un tel cas, est une question « à sens unique », puisque le conjoint survivant n'aurait aucune responsabilité envers la succession du conjoint décédé s'il détenait les biens familiaux nets dotés de la valeur la plus élevée).¹¹⁵

Lorsqu'un conjoint décède, les paragraphes 6(1) et (2) imposent au survivant un choix : soit il décide d'accepter le droit dont il dispose en vertu de la partie I de la LDF, soit il choisit de recevoir ce qui est légué en vertu du testament du défunt ou, si la personne meurt sans testament, de recevoir ce à quoi il a droit en vertu de la partie II de la *Loi portant réforme du droit des successions* (LRDS).¹¹⁶ (Aux termes de la LRDS, lorsqu'un conjoint meurt sans testament, le survivant a droit à l'intégralité de la succession s'il n'y a aucun enfant ou à une « part préférentielle » de la succession s'il y a des enfants,¹¹⁷ le montant de la part préférentielle est prévu par règlement et s'élève présentement à 200 000 \$.¹¹⁸ Si la valeur nette de la succession dépasse ce montant, le conjoint survivant a droit à la part préférentielle majorée de la moitié du reliquat s'il y a un enfant ou majorée du tiers du reliquat s'il y a plus d'un enfant).¹¹⁹ Lorsqu'un conjoint survivant qui choisit l'égalisation a le droit de recevoir un versement forfaitaire en vertu du régime de retraite du défunt, le montant du versement forfaitaire est porté au crédit du droit au montant au titre de l'égalisation sauf si le défunt a donné des directives expresses contraires.¹²⁰

C. Les régimes de retraite en tant que biens familiaux

Ainsi qu'il a été observé plus haut, les droits à des prestations sont traités comme des biens familiaux à des fins d'égalisation. Le terme « bien » est défini au paragraphe 4(1) de la LDF de façon à comprendre :

... dans le cas du droit du conjoint, en vertu d'un régime de retraite, qui a été acquis, le droit du conjoint y compris les contributions des autres personnes.¹²¹

L'inclusion de la valeur des droits à des prestations dans les biens familiaux nets du conjoint participant avait pour objectif, très louable en soi, de parvenir à une plus grande égalité entre les conjoints après l'effondrement de leur mariage, mais elle s'est également avérée très épineuse en ce qui a trait aux droits aux termes de régimes de retraite à prestations déterminées.

La notion d'acquisition de droits a été au centre des premières décisions rendues, selon lesquelles des droits non encore acquis au moment de l'échec du mariage n'étaient pas compris dans les biens familiaux,¹²² mais la jurisprudence prépondérante actuelle indique que des droits non acquis constituent des biens,¹²³ même s'il ne s'agit peut-être pas de l'intention du législateur.¹²⁴ La mention de cotisations faites par des personnes autres que le conjoint participant semble avoir été destinée à garantir que les cotisations de l'employeur soient prises en compte dans l'établissement de la valeur de droits à des prestations lorsque ceux-ci sont acquis,¹²⁵ toutefois, même si cela convient assurément pour ce qui est d'un régime à cotisations déterminées, le montant des cotisations, qu'elles aient été effectuées par l'employeur ou l'employé, ne constitue généralement pas un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation des droits aux termes d'un régime à prestations déterminées,¹²⁶ pour les motifs qui sont expliqués ci-dessous.

L'inclusion de la valeur des droits à des prestations dans les biens familiaux nets du conjoint participant avait pour objectif, très louable en soi, de parvenir à une plus grande égalité entre les conjoints après l'effondrement de leur mariage, mais elle s'est également avérée très épineuse en ce qui a trait aux droits aux termes de régimes de retraite à prestations déterminées.

IV. ÉVALUATION DES DROITS AUX TERMES D'UN RÉGIME DE RETRAITE

L'évaluation de la valeur d'un régime à cotisations déterminées pose généralement peu de difficultés : celle calculée aux fins des biens familiaux nets sera simplement le total des cotisations effectuées durant le mariage et du rendement des cotisations investies à la date d'évaluation. Avec un régime à prestations déterminées, cependant, cette méthode fondée sur les cotisations ne permet pas d'en arriver à une valeur appropriée, puisque les prestations auxquelles le participant au régime a droit n'auront aucun lien direct avec les cotisations accumulées et le rendement du placement. Le droit de recevoir des prestations sera plutôt décidé selon une formule préétablie, habituellement basée sur les années de service multipliées par un pourcentage précis de la moyenne des revenus du participant lors de ses dernières années de travail. Assimiler la valeur de ces droits au total des cotisations effectuées et du rendement sur le capital investi peut faire en sorte que la valeur véritable soit considérablement sous-estimée.¹²⁷ Il y a lieu d'avoir recours à une méthodologie différente.

A. Valeur actualisée

Pour obtenir un chiffre qui peut correctement s'appliquer à un régime de retraite à prestations déterminées aux fins de l'égalisation, il faut que la « valeur actualisée » (parfois appelée « valeur capitalisée en date d'aujourd'hui ») soit déterminée[...] Bien entendu, ce chiffre est forcément une conjecture [...] Comme l'a noté la Cour suprême du Canada, déterminer une valeur actualisée est « une affaire d'estimation raisonnée ... »

Pour obtenir un chiffre qui peut correctement s'appliquer à un régime de retraite à prestations déterminées aux fins de l'égalisation, il faut que la « valeur actualisée » (parfois appelée « valeur capitalisée en date d'aujourd'hui »)¹²⁸ soit déterminée. La valeur actualisée d'une suite de versements devant débiter à un moment donné dans l'avenir peut être vue comme le montant qu'on aurait à investir aujourd'hui de façon à ce que, à la date du début du versement des prestations, le capital originellement investi et le rendement accumulé permettent de couvrir exactement tous les versements à effectuer à mesure de leur exigibilité. Dans le contexte précis de l'échec du mariage et d'un régime de retraite à prestations déterminées, la valeur actualisée à la date d'évaluation sera le montant qu'il aurait fallu investir ce jour-là de façon à ce que le capital originellement investi et le rendement accumulé suffisent exactement à financer les prestations mensuelles lorsque le régime de retraite devient payable.¹²⁹ Bien entendu, ce chiffre est forcément une conjecture. À la date d'évaluation, la personne responsable de l'évaluation¹³⁰ ne sait pas quand les prestations devront commencer à être versées (si la date de la retraite n'est pas connue ce jour-là), ni si elles seront versées un jour (puisque'il est possible que l'employé soit le premier conjoint à décéder), ni pendant combien de temps elles seront versées (puisque la date du décès n'est pas connue), et l'évaluateur ne sait pas non plus combien un placement donné rapportera à la longue (puisque'on ne connaît ni le taux d'intérêt, ni le taux d'inflation futurs). N'étant pas omniscient quant à l'avenir, l'évaluateur doit formuler des hypothèses spéculatives quant à toutes ces variables. Comme l'a noté la Cour suprême du Canada, déterminer une valeur actualisée est « une affaire d'estimation raisonnée dont se chargent des actuaires ». ¹³¹

B. Méthodes d'évaluation

Même si l'on remet peu en question aujourd'hui le fait que la méthode de la valeur actualisée est préférable à celle des cotisations lors de l'évaluation d'un régime de retraite à prestations déterminées,¹³² un certain degré d'incertitude continue à planer quant à la façon de calculer la valeur actualisée. Ni la LDF ni la LRR ne nous orientent sur la façon d'évaluer les droits en vertu du régime de retraite aux fins du calcul des biens familiaux nets,¹³³ et donc, la façon d'y parvenir est laissée à la discrétion des parties, de leurs avocats, des actuaires ou des autres évaluateurs de régimes de retraite et, ultimement, des tribunaux. Les discussions sur la question ont typiquement porté sur l'opportunité d'utiliser la « méthode de la retraite » ou la « méthode de la cessation d'emploi ». ¹³⁴ Ces termes comportent cependant beaucoup d'ambiguïté et il n'est pas toujours évident de comprendre ce qu'un tribunal veut dire lorsqu'il mentionne qu'une méthode ou une autre est utilisée. En effet, on a suggéré que dans plusieurs cas où l'on prétendait utiliser la méthode de la cessation d'emploi, on utilisait plutôt la « méthode du taux d'intérêt réel » (que l'on nomme également la « méthode mixte retraite/cessation d'emploi »).

C. Méthode de la retraite c. méthode de la cessation d'emploi

Selon la méthode de la retraite, on présume que l'employé conservera son emploi chez le promoteur du régime jusqu'à ce qu'il atteigne un âge de la retraite précis choisi par l'évaluateur. Ainsi donc, on calculera la valeur sur une base tenant compte des projections relatives aux augmentations futures de salaire, liées autant à l'inflation et aux promotions qu'aux hausses de productivité, ainsi que de la régularisation des états de service à venir et des améliorations possibles à l'avenir des droits des participants aux termes du régime. En revanche, selon la méthode de la cessation d'emploi, le montant des prestations de retraite à venir sera évalué comme si le participant au régime de retraite avait mis fin à son emploi à la date d'évaluation. Cela signifie que seuls les états de service régularisés à la date d'évaluation seront pris en compte, et cela semble signifier également que l'on n'accordera aucune considération à la possibilité que des augmentations de salaire ou des bonifications du régime surviennent après cette date.

Si l'on s'en tenait uniquement aux étiquettes employées par les tribunaux ontariens pour décrire leurs préférences quant aux méthodes d'évaluation, on conclurait que la méthode de la cessation d'emploi est beaucoup plus populaire que la méthode de la retraite, même si l'opinion selon laquelle elle constitue la meilleure méthode soit loin de faire consensus. (À vrai dire, la Cour suprême du Canada a soulevé la possibilité que la méthode de la retraite puisse parfois donner un bon résultat dans certaines circonstances.)¹³⁵

Deux arguments principaux ont été avancés au soutien de la méthode de la cessation d'emploi plutôt que de la méthode de la retraite. Le premier est qu'en extrapolant les niveaux de rémunération et les états de service qui pourraient être gagnés après la date d'évaluation, la méthode de la retraite accorde au conjoint non participant les « fruits » des efforts fournis par le conjoint participant après la séparation et que cela contredit donc l'exigence de la LDF voulant que la valeur soit établie à la date d'évaluation.¹³⁶ La valeur d'une telle objection peut être débattue. Bien que la méthode de la retraite tienne indéniablement compte des événements postérieurs à la séparation (ou plutôt d'hypothèses à ce sujet), le multiplicateur « années de service » utilisé dans la formule

d'un régime à prestations déterminées n'accorde pas plus d'importance aux dernières années de service d'un participant chez le promoteur qu'à ses premières¹³⁷ (même si le multiplicande en dollars employé dans la formule est manifestement basé sur des niveaux de rémunération postérieurs à la séparation).

La deuxième objection à la méthode de la retraite se rapporte à sa nature hautement spéculative, compte tenu du fait qu'il soit nécessaire de faire des hypothèses au sujet de la rémunération du conjoint participant, de ses états de service et des améliorations qui auront été apportées au régime à la date de sa retraite.¹³⁸ Ces hypothèses ne correspondent presque jamais parfaitement à la réalité future à mesure qu'elle se concrétise et elles peuvent même s'en éloigner sensiblement. Cela étant, la méthode de la cessation d'emploi implique également l'élaboration de plusieurs hypothèses qui ne se concrétiseront pas nécessairement à l'avenir. Afin d'établir une valeur actualisée, la méthode de la cessation d'emploi, comme la méthode de la retraite, doit recourir à des hypothèses pour savoir quand (et si)¹³⁹ le conjoint participant prendra sa retraite, et sur la durée du versement des prestations. Des hypothèses sont également faites au sujet des taux d'intérêt et d'imposition futurs. L'une quelconque de ces hypothèses peut s'avérer « inexacte », c'est-à-dire que les événements peuvent ne pas correspondre aux hypothèses et, de fait, ils varieront en ce sens presque certainement dans un cas donné, malgré leur validité d'un point de vue actuariel. Et, si, effectivement, la réalité future diverge considérablement des hypothèses posées, la valeur réelle des prestations de retraite et leur valeur estimée à des fins d'égalisation pourraient dramatiquement diverger, au grand désavantage de l'un ou de l'autre des conjoints. Par exemple, si le conjoint participant reçoit des prestations de retraite pour une durée supérieure à celle ayant servi aux fins de l'évaluation, la valeur réelle des droits en vertu du régime de retraite pourrait, en bout de course, excéder, peut-être même grandement, la valeur qu'on leur aurait attribuée à titre de biens familiaux nets.

D. Les tribunaux préfèrent-ils vraiment la méthode de la cessation d'emploi?

Dans *Bascello c. Bascello*,¹⁴⁰ on a étudié un certain nombre de décisions des tribunaux ontariens prétendant appliquer la méthode de la cessation d'emploi et on est parvenu à la conclusion que la plupart de ces décisions n'utilisaient pas une méthode de la cessation d'emploi à strictement parler, mais plutôt une « méthode du taux d'intérêt réel ». Selon cette méthode, l'évaluation est fondée sur le droit à des prestations constaté à la date d'évaluation, tout en tenant compte de l'inflation (du moins, dans le cas des régimes entièrement indexés, comme le sont la plupart des régimes du secteur public).¹⁴¹ Seules les hausses de salaire non liées à l'inflation, comme celles découlant d'une promotion ou d'une hausse de productivité, ne sont pas prises en compte. (La méthode du taux d'intérêt réel tire son nom du fait qu'elle tient compte de l'inflation en ayant recours à une actualisation fondée sur la différence entre les taux d'inflation et les taux d'intérêt nominaux, lesquels ont été relativement constants à long terme malgré les fluctuations qui se produisaient dans les taux nominaux).¹⁴²

Un autre aspect de la méthode habituellement employée par les tribunaux ontariens et qui a été cerné dans l'arrêt *Bascello* comme étant incompatible avec une véritable méthode de la cessation d'emploi vient du traitement du droit d'un employé à une préretraite selon le régime de retraite sans réduction des prestations déterminées. Alors que les tribunaux qui

prétendent appliquer la méthode de la cessation d'emploi ne tiennent pas compte d'un emploi réel ou potentiel postérieur à la date d'évaluation afin de calculer le montant des prestations de retraite, dans la plupart des cas relatifs aux régimes de retraite comprenant une option de retraite non pénalisante, les tribunaux ont présumé que l'emploi de l'employé continuerait, pour permettre de conserver le droit d'exercer cette option, et ce, afin d'établir la date à laquelle l'employé prendrait vraisemblablement sa retraite.

L'incidence de cette méthode peut être illustrée à l'aide de l'exemple d'une employée détenant vingt-et-une années de service, qui aurait 45 ans à la date d'évaluation et dont le régime de retraite établit l'âge normal de la retraite à 65 ans, tout en accordant un droit de préretraite, sans pénalité, si l'employée se qualifie grâce à un « facteur 90 ». Une évaluation fondée sur la véritable méthode de la cessation d'emploi ne tiendrait pas compte de la possibilité de préretraite sans pénalité, puisque la prémisse de la méthode de la cessation d'emploi est d'évaluer le droit à des prestations de retraite futures comme si le participant au régime avait mis fin à son emploi à la date d'évaluation, et que, en l'occurrence, l'employée dans notre exemple atteindrait l'âge normal de la retraite avant d'avoir atteint le facteur 90.¹⁴³ Cependant, même si le montant de ses prestations à des fins d'évaluation est fondé sur ses années de service à la date d'évaluation, la plupart des tribunaux postuleront l'emploi continu après la date d'évaluation et la qualification éventuelle à des prestations de préretraite non réduites (ce qui, dans le cas de l'employée de notre exemple, surviendrait à l'âge de 57 ans)¹⁴⁴ pour choisir la date la plus probable de la retraite.¹⁴⁵ (Un rabais est habituellement ajouté pour tenir compte de l'objection que l'emploi du conjoint participant puisse prendre fin avant la date de la retraite à cause d'une mise à pied ou pour d'autres motifs).¹⁴⁶ Cela peut avoir un impact important sur l'évaluation puisque, dans les cas où l'employée prend sa retraite avant l'âge normal de la retraite, les prestations seront probablement versées pendant une plus longue durée, ce qui en augmente la valeur.¹⁴⁷

La méthode utilisée dans l'arrêt *Bascello* et dans la majorité des autres décisions qui y sont analysées semble être devenue la méthode dominante d'évaluation des régimes de retraite en Ontario. Même si l'arrêt *Bascello* l'a désignée comme étant la « méthode du taux d'intérêt réel », certains commentateurs l'ont libellée la « méthode mixte retraite/cessation d'emploi », puisqu'elle combine des éléments à la fois de la méthode de la cessation d'emploi (en ce sens que la cessation d'emploi à la date d'évaluation est prise pour hypothèse afin de calculer le montant de la prestation de retraite accumulée) et de la méthode de la retraite (en ce sens que l'inflation est comptabilisée lorsque le régime est indexé et la continuité de l'emploi est prise pour hypothèse aux fins de l'admissibilité éventuelle à prendre une retraite anticipée en touchant une prestation non réduite).¹⁴⁸ La Cour dans l'arrêt *Bascello* s'est montrée très critique à l'endroit de cette terminologie, argumentant que les expressions « méthode de la cessation d'emploi », « méthode de la retraite » et « méthode mixte retraite/cessation d'emploi » ne traduisaient pas convenablement les hypothèses actuarielles utilisées; elle recommandait plutôt que la méthode d'évaluation soit décrite de manière à indiquer s'il y avait prise en compte d'une indexation intégrale, partielle ou inexistante avant la retraite.¹⁴⁹ Avec respect, toutefois, une description du genre de celle qui a été adoptée dans l'arrêt *Bascello* est également insuffisante en ce sens qu'elle omet de donner une indication du mode de traitement des droits non acquis à une prestation de retraite anticipée non réduite. Il se peut qu'il soit tout simplement impossible de concevoir des expressions qui soient à la fois

raisonnablement concises et exhaustives sur le plan de la signification. De toute façon, même si les étiquettes « méthode de la cessation d'emploi », « méthode de la retraite » et « méthode mixte retraite/cessation d'emploi » laissent quelque peu à désirer, elles transmettent, du moins en partie, une notion des principes sous-jacents, le qualificatif « mixte » suggérant un juste milieu entre deux méthodologies plus radicales qui s'opposent. En conséquence, ces expressions seront utilisées dans le présent rapport.

Dans sa *Norme de pratique pour le calcul de la valeur capitalisée des droits à pension à la rupture du mariage aux fins des paiements forfaitaires de péréquation*, publiée en 1993, l'Institut canadien des actuaires faisait mention à la fois de la « méthode de la cessation d'emploi » et de la « méthode de la retraite », indiquant que le choix de la méthode dépendrait du territoire dans lequel avait lieu le partage ou l'égalisation des biens familiaux.¹⁵⁰ Cette terminologie ne figure pas à la section 4300 des *Normes de pratique* de l'Institut, qui ont remplacé la norme initiale sur la rupture de mariage, mais il semblerait que le choix de la méthode continue de demeurer une question de droit du territoire concerné plutôt que de faire l'objet d'un impératif professionnel. Les normes actuelles indiquent qu'un actuaire pourrait parvenir à plus d'un chiffre dans le cadre de l'évaluation d'un régime de retraite en raison du traitement d'augmentations salariales futures possibles, à la fois celles qui sont fondées sur l'inflation et celles qui sont fondées sur la productivité;¹⁵¹ elles énoncent également, en ce qui a trait à l'âge de la retraite, qu'un actuaire indiquerait habituellement dans son rapport plusieurs valeurs différentes en fonction d'une fourchette d'âges de retraite, y compris la date normale de retraite, l'âge minimal auquel le participant pourrait opter pour une rente dont le montant n'est pas réduit, en supposant une cessation d'emploi à la date d'évaluation et l'âge minimal auquel le participant pourrait opter pour une telle rente en supposant qu'il demeure en poste au-delà de la date d'évaluation.¹⁵² Bien entendu, les normes actuelles sont suffisamment souples afin de permettre le recours à n'importe laquelle des méthodes, soit la méthode de la cessation d'emploi, la méthode de la retraite ou la méthode mixte.

...[C]e domaine du droit ne peut pas être considéré comme étant entièrement résolu[...] une part d'incertitude fondamentale subsiste quant à la façon d'évaluer un régime de retraite à prestations déterminées aux fins du droit de la famille.

Malgré l'arrêt *Bascello* et un certain nombre d'autres qui semblent rejeter la méthode de la cessation d'emploi en substance plutôt qu'en la nommant (du moins dans sa forme la plus pure), ce domaine du droit ne peut pas être considéré comme étant entièrement résolu. Dans *Salib c. Cross*,¹⁵³ arrêt décidé après *Bascello*, la Cour d'appel de l'Ontario a approuvé l'utilisation par le tribunal de première instance d'une méthode de cessation d'emploi assez exigeante selon laquelle le régime de retraite de la conjointe participante a été évalué en fonction d'une retraite avec des prestations réduites, même si la date de la retraite était présumée être le premier jour auquel elle se qualifierait pour des prestations non réduites.¹⁵⁴ Des méthodes qui auraient permis une évaluation plus élevée ont été rejetées parce qu'elles auraient été trop spéculatives, étant donné que, selon les faits mis en preuve, de longs états de service après la date d'évaluation devaient être présumés. D'autre part, ainsi qu'il a été observé auparavant, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Best c. Best*, a indiqué que la méthode de la retraite pouvait être valable dans certaines circonstances. Ainsi, il semble que, même si la méthode mixte retraite/cessation d'emploi est la plus fréquemment utilisée, un tribunal a toute la discrétion voulue d'appliquer la méthode de la cessation d'emploi ou la méthode de la retraite s'il considère qu'il s'agit de la méthode produisant les résultats les plus justes dans un cas donné.¹⁵⁵ Cela signifie cependant qu'une part d'incertitude fondamentale subsiste quant à la façon d'évaluer un régime de retraite à prestations déterminées aux fins du droit de la famille.

E. États de service régularisés antérieurs au mariage

Une question relative à l'évaluation à l'égard de laquelle la certitude est remise en question se rapporte à la situation où le conjoint participant a adhéré au régime de retraite avant le mariage. Il s'agit alors de fixer la valeur des droits aux prestations, non seulement à la date de la séparation, mais également à la date à laquelle les conjoints se sont mariés, étant donné que la LDF exige que la valeur des biens dont les conjoints étaient propriétaires à la date du mariage soit déduite dans le calcul des biens familiaux nets. Deux méthodes afin d'aborder cette situation ont été mises de l'avant, soit la « méthode au prorata » et la « méthode de la valeur ajoutée ». Aux termes de la première, la valeur à la date de séparation¹⁵⁶ est multipliée par le quotient obtenu lorsque le nombre d'années de service ouvrant droit à la pension pendant le mariage est divisé par le nombre total d'années de service ouvrant droit à la pension à la date de séparation. En revanche, la méthode de la valeur ajoutée fait intervenir des évaluations actuarielles distinctes pour la date du mariage et la date de la séparation. (En d'autres mots, la valeur à la date du mariage n'est pas simplement dérivée de la valeur à la date de la séparation.) La méthode au pro rata a tendance à produire une valeur plus élevée à la date du mariage que la méthode de la valeur ajoutée, ce qui se solde nécessairement par l'attribution d'une valeur moindre à la quote-part des prestations qui se sont accumulées au cours du mariage, et d'aucuns ont prétendu que l'omission de prévoir une évaluation distincte en date du mariage est incompatible avec les exigences de la LDF;¹⁵⁷ toutefois, la méthode au prorata a été approuvée comme étant, en général, la méthode la plus équitable par une majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Best c. Best*.¹⁵⁸

F. Hypothèses en matière d'évaluation : l'âge de la retraite

Ainsi qu'il a été observé, l'hypothèse qui est faite concernant l'âge auquel l'employé prendra vraisemblablement sa retraite peut avoir une incidence très importante sur l'évaluation des droits d'un conjoint participant aux termes d'un régime à cotisations déterminées; plus la date de la retraite intervient tôt, plus longue sera la durée pendant laquelle les versements de prestations se poursuivront et, en conséquence, plus la valeur attribuée à ces droits sera élevée. Il en résulte la possibilité que le conjoint participant et le conjoint non participant, par intérêt propre, proposent des positions opposées à l'égard de la date de retraite probable. Le conjoint participant, qui souhaite parvenir à une valeur plus faible, peut prétendre qu'il n'a pas l'intention de prendre sa retraite avant la date normale de retraite ou plus tard, tandis que le conjoint non participant, qui souhaite établir une valeur plus élevée, peut faire valoir que le participant avait toujours eu l'intention de prendre sa retraite à la première date à laquelle des prestations non réduites pouvaient être touchées.

Dans plusieurs affaires décidées peu de temps après l'entrée en vigueur de la LDF, il a été statué que, lorsque les éléments de preuve présentés en rapport avec la date de retraite probable se contredisent, l'on devrait présumer qu'un employé prendra sa retraite à la première date à laquelle il serait admissible à toucher des prestations non réduites.¹⁵⁹ Dans d'autres décisions rendues peu de temps après l'entrée en vigueur de la LDF, les tribunaux ont statué que, dans l'éventualité d'un tel conflit, l'évaluation devrait être réalisée en prenant pour hypothèse que l'employé prendrait sa retraite au point médian

entre la première date à laquelle il est admissible à toucher des prestations non réduites et la date normale de retraite.¹⁶⁰ Toutefois, dans deux décisions rendues en 1996,¹⁶¹ la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté ces méthodes, statuant qu'un tribunal de première instance doit parvenir à une conclusion concernant la date de retraite probable selon la prépondérance des probabilités en fonction des éléments de preuve qui lui ont été présentés. Cette position semble avoir reçu l'aval implicite de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Best*.¹⁶² Cette Cour a alors conclu que lorsqu'il y a recours à la méthode de la cessation d'emploi¹⁶³ dans le cadre de l'évaluation des droits à des prestations, il n'y a pas lieu de tenir compte d'éléments de preuve postérieurs à la date d'évaluation lors de l'établissement d'une date de retraite probable,¹⁶⁴ puisque l'acceptation de tels éléments de preuve pourrait inciter des « agissements stratégiques »¹⁶⁵ (par exemple, le fait que le membre participant revienne censément sur son intention déclarée antérieurement de prendre sa retraite qu'il est admissible à des prestations non réduites).

Bien entendu, il y a tout lieu qu'un tribunal se montre fort sceptique lorsqu'une partie à un différend présente des éléments de preuve favorables à sa position. Toutefois, le fait que l'échec du mariage entraîne généralement des conséquences financières défavorables signifie que les projets concernant la retraite doivent nécessairement être retardés – il y a lieu de se demander si la décision prise de retarder le moment de la prise de sa retraite dans de telles circonstances devrait en réalité être perçue en termes d'éléments de preuve postérieurs à la date d'évaluation, même si cette décision n'a pas pleinement pris forme ou été articulée jusqu'à un moment donné après la séparation lorsque ces conséquences sont devenues manifestes. (En abordant la question d'une autre façon, la séparation, dans les faits, dans plusieurs cas, aura pour incidence *immédiate* de faire en sorte qu'il soit difficile, voire impossible, pour le participant de prendre sa retraite dès qu'il l'avait initialement projeté, même s'il n'y avait pas réfléchi à la date de la séparation). Le fait de fonder une évaluation sur une date de retraite présumée choisie en fonction de déclarations d'intention vagues faites par le passé lorsqu'elle tomberait bien avant la date à laquelle l'employé pourrait vraisemblablement prendre sa retraite signifie que la valeur des droits aux prestations sera considérablement exagérée au détriment du conjoint participant. En revanche, il existe un danger évident de faire injustice au conjoint non participant si l'on accepte sans discuter les éléments de preuve postérieurs à la séparation et présentés par le cotisant à l'égard de ses projets de retraite.

De tels facteurs sembleraient favoriser l'établissement d'une présomption établie par la loi fondée sur le point médian entre la première date à laquelle le participant peut prendre sa retraite en touchant des prestations non réduites et la date normale de retraite énoncée dans le régime.¹⁶⁶ Toutefois, il existe de nombreuses situations où une telle présomption ne serait pas pratique ou produirait des résultats inéquitables. Certains régimes n'offrent pas de possibilité de retraite anticipée en touchant des prestations non réduites. Certains régimes prévoient de telles possibilités, mais y rattachent des conditions à l'atteinte d'un certain âge, mais pas à l'atteinte d'un autre. D'autres régimes imposent une restriction à la régularisation d'états de service, ce qui mène à la possibilité que le plafond soit atteint avant le point médian.¹⁶⁷ Certains régimes, dans une certaine mesure, peuvent subventionner la retraite anticipée à des âges antérieurs à celui où il est possible de toucher des prestations de retraite non réduites, et ce, en imposant une réduction qui est moindre qu'une pleine réduction actuarielle, de sorte que la valeur des prestations de retraite réduites puisse, en réalité, être supérieure aux prestations qui

Compte tenu de la complexité et de la diversité des options offertes en matière de régimes de retraite ainsi que de la multitude des diverses circonstances qui peuvent survenir dans les faits, la CDO n'est pas persuadée du bien-fondé d'une présomption concernant l'âge de la retraite[...] toute question relative au moment où un participant prendra sa retraite devrait continuer à être traitée comme question de fait et être résolue en fonction des éléments de preuve selon la prépondérance des probabilités.

seraient disponibles lorsque le membre atteint l'âge auquel il lui est possible, pour la première fois, de toucher des prestations non réduites. En outre, dans certains cas, il se peut que le participant ait adhéré au régime à un stade très avancé de sa carrière, ce qui fait en sorte qu'il soit presque inconcevable qu'il prenne sa retraite au moment du point médian. Compte tenu de la complexité et de la diversité des options offertes en matière de régimes de retraite ainsi que de la multitude des diverses circonstances qui peuvent survenir dans les faits, la CDO n'est pas persuadée du bien-fondé d'une présomption concernant l'âge de la retraite. De notre avis, toute question relative au moment où un participant prendra sa retraite devrait continuer à être traitée comme question de fait et être résolue en fonction des éléments de preuve selon la prépondérance des probabilités.

G. Autres hypothèses en matière d'évaluation

À l'instar des hypothèses concernant la date à laquelle le conjoint participant prendra vraisemblablement sa retraite qui toucheront la valeur attribuée aux droits aux prestations du participant (en ce sens que plus la date de retraite intervient tôt, plus les prestations seront vraisemblablement versées sur une période plus longue et, en conséquence, plus leur valeur sera élevée), les hypothèses concernant la date à laquelle le conjoint participant mourra auront également une incidence sur la valeur (en ce sens que plus la date du décès intervient tôt, plus courte sera la période au cours de laquelle les prestations seront versées et, en conséquence, plus leur valeur sera faible). Toutefois, les évaluateurs de régimes de retraite ne tentent généralement pas de faire des prédictions propres au décès d'une personne donnée,¹⁶⁸ plutôt, ils se fient à des tables de mortalité qui indiquent censément la probabilité de décès à un an près pour chaque âge au cours de la durée de vie humaine pour un important bassin de population (habituellement 1 000 personnes). En ayant recours à une telle table, l'évaluateur tient compte de la probabilité de survie du participant au-delà d'une année donnée.

La doctrine, en partie, formule des critiques à l'égard des diverses tables de mortalité utilisées.¹⁶⁹ Il est reproché à celles qui ont été élaborées à des fins d'assurance-vie et de rentes, respectivement, d'exagérer ou de sous-estimer le taux de décès afin de faire preuve de prudence et de permettre une marge de profit,¹⁷⁰ le recours à ces tables entraînerait, respectivement, une valeur moindre ou plus élevée à l'égard du régime de retraite, ce qui porterait préjudice à l'un ou l'autre des conjoints. Les tables de Statistique Canada sont fondées sur la population générale et, en raison du fait que cette population comprend des personnes qui ne travaillent pas en raison de problèmes liés à la santé, il se peut qu'elles exagèrent le taux de décès.¹⁷¹ Le paragraphe 4330.02 des *Normes de pratique* de l'Institut canadien des actuaires énonce que les actuaires devraient supposer des taux de décès conformes à une table de mortalité prescrite par la Direction des normes de pratique de l'Institut, modifiée, le cas échéant, pour tenir compte de l'état de santé détérioré du participant. Au moment de la rédaction du présent rapport, la table prescrite est une table de mortalité des rentes collectives,¹⁷² toutefois, la CDO croit comprendre que l'Institut réexamine cette question.

Une autre hypothèse que pourrait faire un évaluateur de régimes de retraite concerne l'impôt sur le revenu. Le fait que le régime de retraite sera assujéti à l'impôt lorsque des prestations seront versées signifie que sa valeur réelle pour le participant sera moindre

que sa valeur avant impôts,¹⁷³ et la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'évaluation d'un régime de retraite devrait opérer une déduction à l'égard des impôts qui seront vraisemblablement payés.¹⁷⁴ Les *Normes de pratique* de l'Institut canadien des actuaires précisent que, lorsque l'impôt doit être pris en compte, la déduction devrait être fondée sur le taux d'imposition moyen (plutôt que marginal) du participant, calculé en fonction de son revenu de retraite anticipé mais en supposant le maintien des règles fiscales existantes à l'égard des taux et fourchettes d'imposition et d'autres questions.¹⁷⁵

Ainsi qu'il a été observé plus haut, la valeur actualisée des droits d'un conjoint participant aux termes d'un régime à cotisations déterminées à la date d'évaluation est le montant qui aurait dû être investi à cette date afin que le placement initial et les gains accumulés suffisent tout juste à financer les prestations mensuelles lorsque elles deviennent payables. Le calcul de ce montant nécessite que des hypothèses soient posées concernant les taux d'intérêt afin de projeter un rendement de placement théorique. À cet égard, les *Normes de pratique* prévoient des méthodes différentes quant aux régimes de retraite indexés et non indexés.

Pour les régimes de retraite indexés, le taux d'intérêt présumé pour les quinze premières années suivant la date d'évaluation est fondé sur le taux d'intérêt offert sur les obligations à rendement réel à long terme du gouvernement du Canada au cours du deuxième mois avant celui au cours duquel tombe la date d'évaluation; pour les années subséquentes, l'évaluateur présume un taux de 3,25 %, correspondant à ce qui pourrait être perçu comme le « taux d'intérêt réel » ou le « taux d'intérêt net » (c'est-à-dire le taux correspondant à ce qui traditionnellement a été l'écart relativement constant entre les taux d'inflation et les taux d'intérêt nominaux). Pour les régimes de retraite non indexés, le taux d'intérêt présumé pour les quinze premières années est fondé sur le taux offert sur les obligations traditionnelles à long terme du gouvernement du Canada; après quinze ans, un taux d'intérêt de 6,25 % est présumé, ce qui correspond au rendement historique moyen sur les obligations à long terme du gouvernement du Canada qui ne sont pas des obligations à rendement réel.¹⁷⁶ Dans les deux cas, le recours à un taux offert au moment de l'évaluation pour les quinze premières années et, par la suite, à un taux fixe fondé sur des données historiques traduit la notion que l'incidence des fluctuations du marché à court terme devrait être constatée mais que ces fluctuations auront tendance à s'annuler à plus longue échéance. Tous les autres facteurs étant égaux, la différence de traitement à l'égard des régimes de retraite indexés et non indexés en ce qui concerne les hypothèses quant aux taux d'intérêt aura tendance à produire une valeur plus élevée à l'égard d'un régime indexé qu'un régime non indexé, ce qui est manifestement de mise.

Pour ce qui est de certains régimes de retraite, il se peut que les participants n'aient pas droit à l'indexation de leurs prestations de retraite, étant donné qu'ils ne disposent d'aucun droit contractuel à l'indexation, mais le promoteur du régime peut néanmoins avoir adopté une pratique ou une politique d'augmenter les montants des prestations à l'occasion afin de compenser, à tout le moins dans une certaine mesure, l'incidence de l'inflation sur la valeur réelle du revenu de retraite. Il semblerait que la décision de savoir si le régime de retraite est évalué à des fins d'égalisation comme régime indexé ou non indexé dans un tel cas dépende de la mesure dans laquelle la pratique ou la politique est bien établie ou ancrée.¹⁷⁷

H. Tant d'hypothèses privent-elles l'évaluation de sa légitimité?

Il est bien évident que l'évaluation d'un régime de retraite comporte plusieurs hypothèses. Ainsi qu'il a été observé ci-dessus, n'importe laquelle de celles-ci pourrait s'avérer « incorrecte », en ce sens que les événements pourraient se dérouler différemment de ce qui a été pris pour hypothèse; en réalité, dans ce sens, elles s'avèreront presque certainement incorrectes dans un cas particulier, en dépit de la validité des hypothèses d'un point de vue actuariel. Ceci rend-il, toutefois, l'évaluation non légitime?

Si les événements subséquents s'écartent considérablement de ce qui a été pris pour hypothèse, la véritable valeur, en bout de ligne, des prestations de retraite et la valeur qu'elles sont réputées avoir eue à des fins d'égalisation pourraient diverger de façon relativement considérable; l'on comprend que ceci puisse engendrer un sentiment de rancune de la part du conjoint « perdant ». Toutefois, si les droits aux termes de régimes de retraite à prestations déterminées doivent être considérés comme des biens aux fins du régime d'égalisation de la LDF, ils doivent nécessairement être évalués et, compte tenu du fait que la méthode des cotisations ne constitue manifestement pas une méthode d'évaluation convenable à l'égard de tels régimes, il est difficile de voir comment ces droits pourraient être évalués sans avoir recours à des hypothèses. (En effet, la seule façon d'obtenir une valeur non fondée sur des hypothèses et qui correspond exactement à ce que le participant touche du régime en bout de ligne consisterait à retarder l'évaluation jusqu'au moment du décès du participant, ce qui n'est manifestement pas une méthode utile à des fins d'égalisation.)¹⁷⁸

L'on devrait toujours garder à l'esprit également que de nombreux éléments d'actif, et non seulement des droits en vertu d'un régime de retraite, pourraient, en bout de ligne, s'avérer avoir une valeur plus importante ou moindre que celle qui leur a été attribuée au moment de l'égalisation. Le cours d'actions pourrait chuter dans le cadre d'un marché baissier postérieur à l'évaluation; un foyer conjugal pourrait se vendre moyennant un montant bien plus élevé que sa valeur à des fins d'égalisation si les prix de l'immobilier font l'objet d'offres à la hausse après le jour d'évaluation – même si ces possibilités (ou l'inverse de celles-ci) se produisent, les valeurs au jour d'évaluation ne sont pas en conséquence rendues illégitimes. Si les régimes de retraite doivent demeurer au sein du régime d'égalisation, ils doivent être évalués et l'évaluation comporte le risque (à vrai dire l'inévitabilité presque assurée) de l'évolution de la valeur après l'égalisation, comme c'est le cas de tout bien. Le véritable problème posé par l'égalisation à l'égard des régimes de retraite réside non pas dans leur évaluation mais bien dans leur règlement.

...[D]e nombreux éléments d'actif, et non seulement des droits en vertu d'un régime de retraite, pourraient, en bout de ligne, s'avérer avoir une valeur plus importante ou moindre que celle qui leur a été attribuée au moment de l'égalisation. Le cours d'actions pourrait chuter dans le cadre d'un marché baissier postérieur à l'évaluation; un foyer conjugal pourrait se vendre moyennant un montant bien plus élevé que sa valeur à des fins d'égalisation si les prix de l'immobilier font l'objet d'offres à la hausse après le jour d'évaluation...

V. RÈGLEMENT

Si la valeur des biens familiaux nets de l'un des conjoints excède la valeur des biens familiaux nets de l'autre conjoint, ce dernier ou cette dernière aura droit à un paiement d'égalisation équivalant à la moitié de la différence. Lorsque le conjoint détenant les biens familiaux nets dont la valeur est la plus élevée se retrouve dans une telle position compte tenu de la valeur de ses droits dans un régime de retraite, il existe, selon la loi ontarienne actuelle, essentiellement trois options pour satisfaire au droit à l'égalisation.

A. Échange d'espèces ou d'autres éléments d'actif

Selon la première option, parfois étiquetée « évaluation et reddition de comptes »,¹⁷⁹ le conjoint participant conserve des droits exclusifs à des prestations. Il s'acquittera alors de son obligation d'égalisation en argent comptant ou avec d'autres biens qui lui appartiennent. Cette option, s'il est possible de s'en prévaloir, comporte des avantages importants par rapport aux autres. Habituellement, elle ne comporte aucun ou peu de risque pour l'un ou l'autre des conjoints et elle leur fournit une « rupture nette », ce qui est généralement souhaitable, surtout dans les cas où l'échec du mariage s'accompagne d'animosité.¹⁸⁰ Elle évite également le fardeau administratif imposé aux administrateurs du régime de retraite selon certaines des autres options (pour savoir lesquelles, voir ci-après). Cependant, il ne s'agira pas d'une option viable si le conjoint participant détient insuffisamment d'argent ou d'autres liquidités pour régler la créance au titre de l'égalisation, ce qui signifie qu'il ne s'agira probablement pas d'une option si la valeur principale de ses biens familiaux nets correspond aux droits en vertu du régime de retraite. Une personne qui est « riche du point de vue du régime de retraite, mais pauvre en liquidités » ne disposera pas de suffisamment d'éléments d'actif non liés au régime de retraite afin d'effectuer un échange à des fins d'égalisation.

Tel que mentionné ci-dessus, la LDF confère au tribunal le pouvoir d'ordonner que le droit à l'égalisation soit payé en versements échelonnés pendant une période qui ne dépasse pas dix ans ou que ce paiement soit différé, en tout ou en partie, pour une période équivalente,¹⁸¹ mais cette façon de faire peut donner lieu à des problèmes. Il ne s'agira pas d'une solution viable si le conjoint participant ne bénéficie pas d'un revenu suffisant qui n'est pas visé par d'autres obligations (comme, par exemple, une pension alimentaire) pour faire les versements. De toute façon, l'autre conjoint peut éprouver des craintes au sujet de la protection de son propre droit aux versements échelonnés ou au paiement différé si longtemps. De plus, on peut difficilement prétendre que remettre à plus tard la finalisation de l'égalisation de cette façon constitue une rupture nette, ce qui élimine l'un des avantages principaux liés à l'option de l'échange d'éléments d'actif.

Un autre problème lié à l'évaluation et à la reddition de comptes découle de la possibilité de la « double ponction ». Il s'agit de la situation où le conjoint participant était le débiteur aux fins d'égalisation et a échangé des espèces ou d'autres éléments d'actif afin d'acquitter la créance, pour apprendre par la suite que le conjoint non participant se tourne vers les prestations payées pour faire valoir une réclamation alimentaire. (La double ponction existerait également lorsqu'il n'y a pas eu d'échange de cette sorte au moment de l'égalisation étant donné que la valeur nette du régime de retraite du participant et des autres biens familiaux ne dépasse pas la valeur des biens familiaux nets du conjoint non

[L'échange d'espèces ou d'autres éléments d'actifs n'est pas] une option viable si le conjoint participant détient insuffisamment d'argent ou d'autres liquidités pour régler la créance au titre de l'égalisation[...] Une personne qui est « riche du point de vue du régime de retraite, mais pauvre en liquidités » ne disposera pas de suffisamment d'éléments d'actif non liés au régime de retraite afin d'effectuer un échange à des fins d'égalisation.

participant et lorsque ce dernier dépose ultérieurement une requête au titre de l'obligation alimentaire à l'endroit du revenu de retraite). L'on comprend que le participant puisse trouver ceci injuste, et juger que le régime de retraite a déjà été pris en compte dans le règlement des biens et ne devrait pas l'être à titre de revenu pour des fins alimentaires.

Une majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Boston c. Boston*,¹⁸² a statué, qu'en règle générale, une double ponction est inacceptable et que seule la portion de la pension gagnée après la séparation doit être prise en compte pour déterminer quelle est l'obligation alimentaire du conjoint participant. Cependant, la Cour a également reconnu des exceptions à ce principe, comme lorsqu'une ordonnance de pension alimentaire se fonde sur le besoin alimentaire plutôt que sur la rémunération ou lorsque, malgré le fait que l'ordonnance soit de nature compensatoire, le conjoint non participant a fait des efforts raisonnables pour utiliser ses propres actifs pour générer des revenus, mais qu'il éprouve encore des difficultés économiques à cause de l'échec du mariage. Bien entendu, lors de l'échec d'un long mariage, de tels motifs pour accorder une pension alimentaire à un conjoint sont assez courants, et, même si la Cour pensait qu'elle avait énoncé une exception assez restrictive à la règle générale que la double ponction était inappropriée, un commentateur a remarqué que l'exception était « [TRADUCTION] pratiquement assez large pour avaler la règle elle-même ».¹⁸³ Il se peut que l'exception soit trop large et doive être restreinte. Toutefois, l'on devrait peut-être examiner la question de savoir si le fait de procéder à une double ponction à l'endroit d'un régime de retraite est véritablement malséant en principe.

Quant à la question de la double ponction, la CDO considère qu'il n'existe en principe pas de différence entre un conjoint participant qui donne de l'argent comptant pour respecter une dette d'égalisation dans l'espoir de conserver l'intégralité de ses prestations de retraite et un conjoint actionnaire qui donne de l'argent comptant pour respecter une dette d'égalisation dans l'espoir de conserver l'intégralité de son revenu de dividende.

Quoi qu'il en soit, l'assertion de la Cour à l'effet qu'il faille généralement éviter la double ponction relativement à un régime de retraite, par opposition aux autres biens générateurs de revenus, était basée sur le point de vue qu'un régime de retraite diffère des autres actifs comme les placements parce que le régime est « liquidé »¹⁸⁴ dès que les prestations commencent à être versées, alors qu'un placement peut générer un revenu sans épuiser l'actif lui-même. La CDO suggère respectueusement que ce raisonnement est vicié. Il est vrai que, dans une perspective actuarielle, le fait que des prestations soient versées fait perdre de la valeur au régime puisque le participant se rapproche de son décès à mesure que les prestations sont versées, ce qui fait diminuer la valeur actualisée du régime. Cependant, du point de vue du *participant*, le régime de retraite *n'est pas* en voie d'être épuisé, puisqu'il continuera à recevoir ses prestations jusqu'à ce qu'il meure – la dépréciation actuarielle n'a pas d'impact sur la valeur réelle selon lui.¹⁸⁵ Dire que le régime de retraite est liquidé implique qu'il existe un capital limité qui diminue à chaque versement et ce n'est tout simplement pas le cas.

Quant à la question de la double ponction, la CDO considère qu'il n'existe en principe pas de différence entre un conjoint participant qui donne de l'argent comptant pour respecter une dette d'égalisation dans l'espoir de conserver l'intégralité de ses prestations de retraite et un conjoint actionnaire qui donne de l'argent comptant pour respecter une dette d'égalisation dans l'espoir de conserver l'intégralité de son revenu de dividende. Il s'ensuit que la question de la double ponction n'est pas propre aux régimes de retraite : elle est pertinente dans le cas de tout actif générateur de revenus qui a été pris en compte lors du processus d'égalisation. En conséquence, la CDO ne formule pas de recommandation à savoir si la double ponction doit être interdite ou si les exceptions à la « règle » interdisant la double ponction doivent être restreintes, il s'agit de questions à être traitées dans le cadre d'un projet générique sur le droit des biens familiaux et non dans un projet restreint aux régimes de retraite.

B. Arrangements « conditionnels »

Dans la plupart des cas où un échange d'éléments d'actif ne constitue pas une solution pratique, les parties devront vraisemblablement conclure ce qu'on appelle communément un arrangement conditionnel. Un tel arrangement repousse la satisfaction de l'exigence d'égalisation jusqu'à ce que des prestations de retraite soient payées, par le biais d'une fiducie imposée par contrat familial ou ordonnance.¹⁸⁶ La fiducie peut être imposée au participant du régime, ce qui l'obligera à remettre une partie de chaque versement de prestations à son conjoint non participant. Alternativement, elle peut être imposée directement à l'administrateur du régime, qui sera obligé de partager les prestations de retraite à la source. Cette dernière mesure permet d'éviter certains des désavantages de la première, puisqu'aucun contact entre les ex-conjoints n'est requis et que les difficultés d'exécution éventuelles inhérentes à une fiducie de nature personnelle pour le conjoint participant sont évitées.¹⁸⁷ Malheureusement, cependant, il existe de nombreux autres problèmes liés à ces deux types d'arrangements conditionnels.

L'inconvénient évident qui se pose avec la méthode conditionnelle est que le conjoint non participant perd l'avantage du règlement immédiat de son droit à l'égalisation. L'idée que cela désavantage nécessairement le conjoint non participant n'est peut-être pas convaincante, puisque le « bien » même qui ouvre le droit à l'égalisation n'est pas immédiatement accessible, et étant donné également que la LDF prévoit de toute façon la possibilité que les paiements d'égalisation puissent être remis ou étalés sur une période pouvant aller jusqu'à dix ans. Cependant, le conjoint non participant est sans aucun doute désavantagé par le fait qu'il ne commande pas le moment auquel le droit est en définitive satisfait, puisque des prestations de retraite ne sont payables que lorsque le conjoint participant décide d'en recevoir. Le participant peut décider de prendre sa retraite à la « date normale de la retraite », mais peut aussi choisir de prendre sa retraite plus tôt ou plus tard. Cela peut avoir une incidence défavorable sur le revenu reçu par la suite, et, quelle que soit la situation, cela peut évidemment compliquer la planification financière du conjoint non participant, puisqu'il ne sait pas à quel moment débutera le versement des prestations de retraite (et, par conséquent, sa participation à celles-ci).¹⁸⁸

Une autre préoccupation provient du fait que les ordonnances conditionnelles dans leur forme courante ne semblent pas entièrement compatibles avec les motifs ayant inspiré les dispositions d'égalisation de la LDF.¹⁸⁹ (La même préoccupation ne survient pas à l'égard des contrats familiaux exigeant un partage conditionnel, étant donné que les parties disposent généralement de la faculté de se soustraire par voie contractuelle à l'application de la LDF.)¹⁹⁰ Le fait d'exiger que les biens familiaux nets, y compris les droits en vertu du régime de retraite, soient évalués laisse entendre que, lorsque l'on veut atteindre l'égalisation en recourant au régime de retraite du conjoint participant, les versements au conjoint non participant devraient cesser lorsque l'égalisation a été satisfaite. Mais beaucoup d'arrangements conditionnels ne semblent pas le faire, car ils semblent plutôt prévoir une participation illimitée en partageant le régime de retraite selon le ratio de la valeur actualisée des droits lors de la séparation¹⁹¹ plutôt que selon la valeur actualisée des droits lors de la retraite ou selon le ratio entre le temps validable pendant le mariage et le temps validable total. On pourrait inférer que ce dernier type de partage est souvent utilisé afin que les deux conjoints évitent les risques liés aux évaluations d'égalisation, qui, comme nous l'avons noté, utilisent de nombreuses

Le participant peut décider de prendre sa retraite à la « date normale de la retraite », mais peut aussi choisir de prendre sa retraite plus tôt ou plus tard. Cela peut avoir une incidence défavorable sur le revenu reçu par la suite, et, quelle que soit la situation, cela peut évidemment compliquer la planification financière du conjoint non participant...

hypothèses spéculatives au sujet du futur, qui assurent virtuellement que la valeur actualisée attribuée aux droits en vertu du régime de retraite sera significativement et même peut-être radicalement surévaluée ou sous-évaluée par rapport à leur valeur réelle ultime. Cependant, il vaut la peine de souligner que la différence dans les résultats dérive de l'application de ratios temporels ou de ratios fondés sur la valeur actualisée, qui peuvent différer grandement, car la méthode du ratio de la valeur actualisée a tendance à donner des droits beaucoup moins élevés.¹⁹² Alors que le plus petit droit qui en résulte est (on peut du moins le prétendre) inéquitable pour le conjoint non participant, il est à certains égards plus compatible avec l'intention présumée de la LDF, puisque, sinon, l'exigence d'inclure les droits du régime de retraite parmi les biens familiaux nets semblerait n'avoir aucun objet du tout.¹⁹³ Dans l'arrêt *Best c. Best*, la Cour suprême du Canada, dans son jugement majoritaire, a noté les nombreuses difficultés liées aux ententes conditionnelles, et a semblé faire allusion à la possibilité que ces dernières ne s'accordent pas vraiment avec la LDF, mais elle s'est finalement abstenue de se prononcer à ce sujet.¹⁹⁴

Une difficulté supplémentaire découle de l'article 51 de la LRR, qui prévoit qu'un pourcentage maximal de 50 pour cent des prestations de retraite accumulées au cours du mariage peut être cédé en vertu d'un contrat familial ou d'une ordonnance. Aux fins de cette restriction, le règlement d'application général de la LRR prévoit essentiellement une méthode d'évaluation stricte de la cessation d'emploi;¹⁹⁵ cela soulève la possibilité que le droit du conjoint non participant selon une entente ou une ordonnance conditionnelle excède ce qui peut lui être remis selon la LRR, du moins dans les cas basés sur un ratio temporel. En conséquence, les administrateurs du régime de retraite auxquels une fiducie est ainsi imposée par contrat ou ordonnance peuvent être incapables de respecter entièrement leurs obligations fiduciaires et laisser aux parties le soin de décider comment satisfaire à la partie du droit du conjoint non participant qui excède le pourcentage maximal de 50 pour cent.¹⁹⁶

Cela nous oriente vers un autre problème relatif aux arrangements conditionnels, qui n'occasionnent pas seulement des inconvénients aux parties, mais qui imposent également un fardeau aux personnes responsables de l'administration des régimes de retraite qui font l'objet de ces arrangements. Les administrateurs sont en effet tenus de calculer la valeur de la part du conjoint non participant conformément au Règlement d'application de la LRR pour décider si le contrat ou l'ordonnance créent un conflit avec la LRR et, dans l'affirmative, ils doivent aviser les parties qu'ils sont tenus de refuser de partager les prestations de retraite selon les modalités exactes du contrat ou de l'ordonnance.¹⁹⁷ Les administrateurs sont également aux prises avec d'autres problèmes, dont les ordonnances ou contrats qui ne sont pas clairs, qui omettent de traiter en profondeur certaines questions éventuelles, ou encore qui proposent de partager les prestations d'une façon qui s'avère incompatible avec les dispositions du régime de retraite. Pour éviter ou corriger ces problèmes, il faut probablement discuter avec les conjoints ou leurs avocats, ce qui force les administrateurs à y consacrer du temps et, souvent, à assumer des frais juridiques. De plus, certains des contrats et ordonnances conditionnels prévoient le droit du conjoint non participant de recevoir des versements continus jusqu'à concurrence d'un certain seuil global,¹⁹⁸ nécessitant la mise en place d'un mécanisme de suivi qui n'aurait pas autrement été nécessaire.¹⁹⁹

[Les arrangements conditionnels] n'occasionnent pas seulement des inconvénients aux parties, mais imposent également un fardeau aux personnes responsables de l'administration des régimes de retraite qui font l'objet de ces arrangements.

Plusieurs autres difficultés éventuelles ont été cernées au sujet des contrats et des ordonnances conditionnels. Le droit au partage des prestations de retraite du conjoint non participant prend évidemment fin lorsque le conjoint participant décède.²⁰⁰ Certains suggèrent que, si cela survient avant la retraite, le conjoint non participant pourrait se retrouver complètement démuné.²⁰¹ Le risque d'autres incidents éventuels demeure également, comme la liquidation du régime en cas de défaut du promoteur de respecter les exigences de financement, ce qui pourrait considérablement diminuer le montant des prestations de retraite sur lesquelles les deux parties comptent (bien que les paiements versés par le Fonds de garantie des prestations de retraite pourraient dans une certaine mesure mitiger les dommages). Enfin, des questions fiscales pourraient se poser : si les versements remis au conjoint non participant proviennent directement du conjoint participant, ils sont effectués avec des dollars après impôt. Même si des rajustements peuvent être effectués pour en tenir compte, si le taux marginal d'imposition du conjoint participant est supérieur à celui du conjoint non participant, l'impôt payé sera plus important que si les paiements faits au conjoint non participant proviennent directement du régime de retraite.

C. Transfert d'un montant forfaitaire au moment de la cessation d'emploi

En règle générale, il n'existe pas présentement en droit ontarien de possibilité d'effectuer un transfert immédiat d'une quote-part du droit d'un participant aux termes d'un régime de retraite à son conjoint afin d'effectuer un règlement des biens familiaux en cas d'échec du mariage; actuellement, lorsque l'échange d'éléments d'actif ne constitue pas une option possible, les parties seront habituellement tenues d'avoir recours à un arrangement conditionnel, avec tous les désavantages que cela comporte. Toutefois, il existe une situation dans laquelle un tel transfert d'une quote-part du droit du participant peut s'effectuer en faveur du conjoint non participant, soit en cas de cessation d'emploi du participant, puisque, dans un tel cas, le paragraphe 51(5) de la LRR accorde au conjoint non participant des droits parallèles à ceux d'un participant ayant droit à une rente différée.

Selon l'article 42 de la LRR, lorsqu'il y a cessation d'emploi du participant à un régime de retraite, celui-ci peut demander à l'administrateur du régime de transférer un montant égal à la valeur de rachat du régime dans la caisse de retraite d'un autre régime (si l'autre régime consent au transfert) ou dans un arrangement d'épargne-retraite immobilisé ou aux fins de l'acquisition d'une rente viagère différée.²⁰² En cas d'échec du mariage, si un contrat familial ou une ordonnance du tribunal exigeant le paiement à même le régime de retraite du participant est signifié à l'administrateur du régime, le paragraphe 51(5) accorde au conjoint d'un participant dont l'emploi cesse les mêmes possibilités que celles dont dispose le participant. Toutefois, même si ceci permet un règlement immédiat au moyen du transfert d'une quote-part du droit du participant, la possibilité d'avoir recours à cette option est, bien entendu, plutôt restreinte étant donné qu'elle n'est offerte que lorsqu'il y a eu cessation d'emploi du conjoint participant. En outre, ceci peut être cause de préoccupations pour les administrateurs de régime,²⁰³ et, en ce qui a trait à la possibilité d'acquisition d'une rente, certains estiment qu'il existe un potentiel de conflit avec l'article 147.4 de la LIR.²⁰⁴

Bien entendu, la situation actuelle est peu satisfaisante; pesonne ne peut contester qu'une réforme s'impose. Toutefois, quelle forme devrait-elle prendre?

D. Règlement : Propositions de réforme

Bien entendu, la situation actuelle est peu satisfaisante; personne ne peut contester qu'une réforme s'impose. Toutefois, quelle forme devrait-elle prendre? Idéalement, un régime de partage des régimes de retraite devrait traiter les parties à un mariage échoué de façon équitable, leur permettre d'effectuer une « rupture nette », reconnaître que les régimes de retraite constituent des biens familiaux, reconnaître également qu'il s'agit d'un type de bien très inhabituel, respecter l'objectif social de garantir que les personnes disposent d'un revenu raisonnable au moment de leur retraite, tenir compte de la notion que les régimes de retraite correspondent à une rémunération différée pour les salariés, offrir une souplesse selon les besoins et les circonstances divergentes, assurer une certitude aux parties et comprimer les coûts, éviter dans la mesure du possible la nécessité d'un litige et réduire au minimum le fardeau, notamment financier, qui peut être imposé aux administrateurs de régimes de retraite. Il s'agit d'un ensemble diversifié d'objectifs, ce qui laisse entrevoir la possibilité qu'une proposition de réforme qui en atteint certains pourrait ne pas en réaliser d'autres.

De toutes les provinces et tous les territoires canadiens ayant édicté des lois sur le partage des régimes de retraite en cas d'échec du mariage, la majorité a préféré une méthode habituellement appelée le « mécanisme de règlement immédiat » (MRI),²⁰⁵ selon lequel il y a (au sens large) une détermination immédiate de la part du conjoint non participant en fonction de la valeur du régime de retraite du participant et un transfert immédiat d'un montant à même la caisse de retraite du participant au profit d'un REER immobilisé ou d'un autre mécanisme qui procurera en bout de ligne un revenu de retraite (en d'autres mots, le genre de règlement qui est présentement possible en Ontario uniquement lorsqu'il y a cessation d'emploi du participant).

Trois provinces²⁰⁶ ont adopté une méthode de rechange, soit le mécanisme de règlement différé (MRD).²⁰⁷ Aux termes de cette méthode, le conjoint non participant devient un « participant assimilé »²⁰⁸ du régime de retraite du participant; toutefois, le partage réel du régime de retraite est retardé à un moment donné à l'avenir (en règle générale, lorsque les prestations deviennent payables), et le conjoint non participant reçoit alors sa quote-part sous forme de prestations distinctes provenant du régime.²⁰⁹

Il importe d'observer que l'ancienne CRDO avait recommandé dans son rapport de 1995 intitulé *Rapport sur les rentes de retraite en tant que biens familiaux : évaluation et partage*, l'adoption d'un mécanisme de « partage à la source » qui aurait accordé aux parties le choix parmi des possibilités de règlement qui correspondaient, pour l'essentiel, aux méthodes MRI et MRD;²¹⁰ toutefois, il n'a pas été donné suite à la recommandation.

E. Les arguments : MRI c. MRD

Voici certains des motifs au soutien de l'adoption du MRI :

- Le MRI permet une « rupture nette » entre les parties, leur permettant de mettre rapidement et en définitive fin aux liens qui les nouent, tandis que le MRD exige que les parties maintiennent leurs rapports;
- Le MRI est une méthode de nature simple et d'application facile comparativement au MRD;

[On prétend que] le MRI est une méthode de nature simple et d'application facile...

- Le MRI est beaucoup moins lourd et coûteux pour les régimes de retraite que le MRD;
- Étant donné que la majorité des provinces et territoires canadiens ont adopté la méthode MRI, son adoption par l'Ontario favoriserait l'uniformité du droit;
- Le MRD fait en sorte que le conjoint non participant partage les augmentations de valeur du régime de retraite du participant survenues après la séparation.

D'autre part, ceux qui préfèrent le MRD font valoir que :

- Il est approprié que le conjoint non participant partage les augmentations de valeur du régime de retraite du participant survenant après la séparation, puisque la valeur ultime d'un régime de retraite est surtout payée grâce aux cotisations effectuées en début de carrière;
- Avec le MRD, il n'est pas nécessaire de calculer la valeur actualisée du régime de retraite du participant, ce qui fait que le « jeu de devinettes » inhérent au choix de la valeur actualisée – et au risque de surévaluer ou de sous-évaluer le régime de façon importante à cause d'hypothèses postulées pour déterminer une valeur actualisée – est écarté;
- Le MRI, tel qu'appliqué dans presque toutes les autres provinces et dans les territoires canadiens, utilise la méthode de la valeur de rachat lors de l'évaluation du droit du participant à des prestations, ce qui donne donc une valeur relativement basse aux fins du transfert hors de la caisse de retraite au profit du conjoint non participant;
- En ce qui a trait au point précédent, l'adoption du MRI exacerberait les inégalités économiques entre les sexes;
- Le MRI fait habituellement en sorte que le conjoint non participant reçoive un montant forfaitaire qu'il peut investir dans un compte de retraite immobilisé; toutefois, très souvent, le conjoint non participant est un néophyte et inexpérimenté pour ce qui est des questions de placement, ce qui peut engendrer des tensions et mener à la prise de décisions malavisées qui pourraient ne pas lui procurer suffisamment de revenus afin de pourvoir à ses besoins lors de sa vieillesse.²¹¹

VI. AUTRES QUESTIONS

A. Les crédits du *Régime de pensions du Canada*

Les crédits du RPC sont compris dans la définition de la LDF portant sur les « biens familiaux », ce qui les soumet donc au régime d'égalisation de la Loi, même s'il semble que cette réalité soit largement ignorée en pratique, alors que l'on choisit simplement d'omettre les crédits du RPC du calcul des biens familiaux nets.²¹² Ceci constitue un piège pour les personnes qui ne se méfient pas ou qui font trop confiance aux autres.

Le RPC prévoit un partage des crédits en cas d'échec du mariage, les crédits gagnés au cours du mariage par un conjoint étant partagés également entre les deux conjoints; lorsqu'une demande de partage est faite, les instances fédérales sont tenues de partager les crédits sauf si les deux conjoints ont convenu qu'il ne devrait pas y avoir de partage et si la loi sur le droit de la famille de la province en question autorise la conclusion de telles ententes. Même si certaines des autres provinces ont adopté des lois l'autorisant,²¹³ l'Ontario n'a pas cru bon de le faire. Ceci a parfois mené à des instances où une partie a convenu en vertu d'un règlement aux fins d'égalisation de ne pas faire de demande visant le partage de crédits, pour ensuite déposer une telle demande à une date ultérieure.

Dans l'affaire *Albrecht c. Albrecht*,²¹⁴ la Cour de district de l'Ontario a fait face précisément à cette situation. S'efforçant de faire preuve de justice, elle a statué qu'il était préclus à une conjointe, qui avait demandé le partage de crédits du RPC en dépit du fait qu'elle avait reçu une contrepartie pour la renonciation à l'ensemble des réclamations à l'endroit des biens de l'autre conjoint, de conserver pour ses propres fins toute partie du régime de retraite qui lui avait été versé par les autorités fédérales et la Cour a ordonné qu'elle lui restitue cette partie. La décision a été cassée par la Cour divisionnaire de l'Ontario,²¹⁵ qui a statué qu'aucun pouvoir ne permettait de rendre une telle ordonnance compte tenu de l'absence de loi provinciale permettant de se soustraire par contrat aux dispositions relatives au partage des crédits du RPC.

Certaines affaires troublantes soulèvent la question de la pertinence, pour l'Ontario, d'édicter une loi excluant expressément ces crédits des biens familiaux nets²¹⁶ ou, du moins, qui permet aux parties de s'entendre pour éviter d'effectuer un partage selon le RPC.²¹⁷

B. Conjoints de fait

Ainsi qu'il a été observé ci-dessus, la partie I de la LDF ne s'applique pas aux conjoints de fait. La CDO n'a pas l'intention de traiter dans ce rapport de l'opportunité ou non de leur rendre applicable la partie I, puisqu'il s'agit d'une question qui dépasse celle des régimes de retraite.²¹⁸ Nous remarquons toutefois que les conjoints de fait qui font face à l'échec de leur relation de couple peuvent avoir à décider de questions de propriété (comme lorsqu'une fiducie constructive est imposée relativement à un bien appartenant à un conjoint, en faveur de l'autre) et que, quel que soit le cas, certains couples puissent désirer parvenir à (ou du moins tendre vers) l'égalisation, simplement selon leur propre optique d'équité. Dans la mesure où le partage du régime de retraite d'un des conjoints est

envisagé, cependant, le couple aurait à faire face aux mêmes difficultés qu'un couple marié, compte tenu du manque de bonnes options de règlement offertes, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune faculté d'effectuer un transfert immédiat d'une quote-part du droit du participant aux termes d'un régime de retraite à son ancien conjoint (sauf dans le cas de la cessation d'emploi du participant), ni une solution de type MRD n'est-elle disponible. (Le participant et l'ancien conjoint de fait, à l'instar d'anciennes parties à un mariage, pourraient convenir d'un arrangement conditionnel, même si de tels arrangements posent énormément de problèmes, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus).

VII. ÉVALUATION DES QUESTIONS PAR LA CDO

A. Les régimes de retraite et le régime d'égalisation de la LDF

Aux fins de ce rapport, la CDO a présumé que les caractéristiques principales des dispositions sur les biens familiaux de la LDF seront maintenues[...] L'opportunité de modifier ces aspects du droit sur les biens familiaux est une question dont les implications dépassent largement les régimes de retraite...

1. Les régimes de retraite devraient-ils être retirés du régime d'égalisation?

Aux fins de ce rapport, la CDO a présumé que les caractéristiques principales des dispositions sur les biens familiaux de la LDF seront maintenues, y compris l'exclusion des conjoints de fait et le respect des principes que les ex-conjoints sont réputés avoir effectué un apport égal à la prise en charge des responsabilités ménagères, qu'en cas d'échec du mariage, ils devraient partager également la valeur des biens familiaux nets (plutôt que détenir chacun un droit à la moitié de tous les éléments composant les biens familiaux) et que les dettes ne peuvent pas faire en sorte que les biens familiaux nets des conjoints soient inférieurs à zéro. L'opportunité de modifier ces aspects du droit sur les biens familiaux est une question dont les implications dépassent largement les régimes de retraite et il serait incorrect de l'aborder dans le cadre de ce projet, qui se limite aux régimes de retraite. Nous avons donc examiné l'opportunité de continuer à soumettre les régimes de retraite au régime d'égalisation de la LDF en faisant référence aux caractéristiques génériques actuelles de ce régime.

Le retrait des régimes de retraite du régime d'égalisation pourrait être source d'injustice entre conjoints détenant un patrimoine net équivalent. Prenez l'exemple d'une participante à un régime de retraite avec des dettes de 200 000 \$, un régime de retraite évalué à 150 000 \$ et d'autres biens évalués à 50 000 \$, dont le conjoint possède des biens valant 10 000 \$ et des dettes de 10 000 \$. Si le régime de retraite est partagé en dehors du régime d'égalisation, la participante perdra la moitié de la valeur de son régime de retraite au profit de son conjoint non participant, même si les deux parties sont dans une position semblable eu égard aux biens familiaux nets. Cependant, si les droits en vertu d'un régime de retraite sont compris dans le processus d'égalisation, la participante pourrait conserver tout son régime de retraite parce que ses biens familiaux nets seraient à zéro.²¹⁹ (Ce qui ne suggère aucunement que le conjoint non participant, selon l'état de sa situation, n'aurait pas droit à une pension alimentaire. Cependant, le but de la partie I de la LDF est de placer les conjoints dans une situation équivalente par rapport aux biens familiaux, et non de répondre aux besoins alimentaires. Les obligations alimentaires sont traitées à la partie III de la LDF).

La CDO remarque que le partage d'un régime de retraite en dehors du régime d'égalisation peut diminuer la flexibilité dont les parties jouissent par rapport à d'autres biens familiaux. Par exemple, il n'est pas rare qu'un couple ne possède que deux biens d'importance, des droits en vertu du régime de retraite d'un des conjoints et un foyer conjugal détenu conjointement. Dans un tel cas, le partage du régime de retraite en dehors du régime d'égalisation entraînerait probablement la vente du foyer conjugal, alors que, si l'on traite tous les biens familiaux ensemble selon le régime d'égalisation, cela peut augmenter la probabilité que le conjoint non participant puisse conserver le foyer conjugal s'il préfère cette solution à celle de la vente et du partage de son produit.

Finalement, la CDO remarque qu'il est difficile de justifier une politique d'exclusion des régimes de retraite du régime d'égalisation alors que d'autres comptes de retraite, comme les REER, ne sont pas exclus des biens.

En conséquence, la CDO recommande ce qui suit :

1. Les droits en vertu d'un régime de retraite, qui ont été acquis par un participant, devraient continuer à être considérés comme des « biens familiaux » aux fins de la *Loi sur le droit de la famille* (LDF) et donc, être assujettis au régime d'égalisation de la LDF.

2. Les droits non acquis devraient-ils être traités comme des biens?

Aux fins du calcul des « biens familiaux nets » d'un conjoint, la LDF définit « bien » comme comprenant :

... dans le cas du droit du conjoint, en vertu d'un régime de retraite, qui a été acquis, le droit du conjoint....

Ainsi qu'il a été observé auparavant, même s'il y a tout lieu de croire que la référence aux droits en vertu d'un régime de retraite qui sont devenus acquis était censée indiquer que les droits non acquis ne devaient pas être pris en compte dans le calcul des biens familiaux nets d'un conjoint participant, les tribunaux ont plutôt décidé que la valeur de ces droits doit être comprise. Même si cette conclusion peut ne pas être conforme à l'intention originelle, la CDO ne voit aucune raison de ne pas inclure les droits non acquis selon un régime de retraite parmi les « biens » aux fins du régime d'égalisation. Bien que ces droits soient éventuels, ils ne sont pas pour autant dépourvus de valeur.²²⁰ Un amendement à la définition de la LDF serait désirable, afin d'écartier toute implication selon laquelle un droit non acquis n'est pas compris (résultat qui pourrait être obtenu en enlevant les mots « qui a été acquis ») puisqu'il permettrait de rendre le texte de la Loi conforme à l'état actuel du droit.

Un amendement à la définition de la LDF serait désirable, afin d'écartier toute implication selon laquelle un droit non acquis n'est pas compris[...] puisqu'il permettrait de rendre le texte de la Loi conforme à l'état actuel du droit.

En conséquence, la CDO recommande ce qui suit :

2. La LDF devrait être amendée afin d'indiquer que les droits non acquis en vertu d'un régime de retraite sont aussi des « biens familiaux ».

B. Évaluation des droits selon un régime à prestations déterminées

Comme nous en avons discuté précédemment, il existe trois méthodes principales d'évaluation d'un régime de retraite en droit de la famille : la méthode de la cessation d'emploi, la méthode de la retraite et la méthode mixte retraite/cessation d'emploi (ci-après appelée la « méthode mixte »). La méthode de la cessation d'emploi et la méthode mixte prennent toutes deux comme *point de départ* le montant accumulé dans le régime de retraite à la date d'évaluation (habituellement, la date de la séparation), sans présumer de services supplémentaires et sans projeter d'augmentations futures de salaire ou d'améliorations du régime. Cependant, selon la méthode mixte, contrairement à la méthode

de la cessation d'emploi, il est tenu compte de l'inflation (lorsque les prestations sont indexées) et on présume un service continu aux fins des avantages complémentaires non acquis au moment de la séparation lorsque le participant n'a pas accumulé suffisamment d'états de service, mais que ces prestations seront éventuellement acquises si le participant conserve son emploi. (Un exemple à ce sujet serait le droit à des prestations de préretraite non réduites si le participant s'y qualifie par un « facteur 90 » lorsque, au moment de la séparation, son âge et ses états de service n'atteignent pas encore 90). La méthode de la retraite présume des services futurs à ce sujet, tout en projetant des augmentations de salaire, ce qui comprend une augmentation non liée à l'inflation, comme celle provenant d'une promotion ou de la bonification des droits des participants au régime qui pourrait avoir lieu à l'avenir. Ainsi qu'il a été observé plus haut, les tribunaux ontariens sembleraient généralement préférer la méthode mixte (malgré un manque de cohérence par rapport à la terminologie utilisée dans plusieurs décisions), mais, en droit, on ne peut pas considérer cette question comme clairement décidée.

Dans son rapport de 1995, la CRDO avait prétendu que la méthode de la retraite devrait être imposée comme seule méthode d'évaluation des droits aux termes d'un régime de retraite à prestations déterminées aux fins du droit de la famille.²²¹ Toutefois, la CDO observe qu'en effectuant cette proposition, la CRDO semble avoir perçu le choix comme en étant un qui devait s'opérer uniquement entre la méthode de la cessation d'emploi et la méthode de la retraite; la publication du rapport semble avoir précédé toute reconnaissance générale d'une troisième méthode²²² et il est certain qu'elle a précédé l'affaire *Bascello*, qui avait démontré que la plupart des décisions judiciaires qui appliquaient censément la méthode de la cessation d'emploi ne le faisaient pas en réalité et avaient plutôt recours à la méthode mixte (même si la Cour dans l'arrêt *Bascello* n'était pas favorable à cette étiquette). Compte tenu du fait que les deux aspects de la méthode de la cessation d'emploi qui pourraient être perçus comme étant particulièrement injustes pour le conjoint non participant (notamment l'omission de tenir compte des droits à des avantages complémentaires non acquis et de l'inflation) n'existent pas dans la méthode mixte, il se peut très bien que la CRDO aurait jugé cette méthode comme étant la plus indiquée si le choix s'était opéré entre les trois possibilités de rechange. Dans tous les cas, la CDO est d'avis que la méthode mixte convient le plus; elle recommande également que la LDF soit amendée afin de prévoir que la méthode mixte soit utilisée dans l'évaluation des droits en vertu d'un régime de retraite aux fins du droit de la famille, ce qui éliminerait en conséquence toute incertitude qui continue de planer dans ce domaine.

Même si certains pourraient s'opposer qu'en tenant compte des services futurs aux fins des avantages complémentaires comme des prestations de préretraite non réduites, la méthode mixte accorde dans les faits au conjoint non participant une part des augmentations de la valeur du régime de retraite du participant après la séparation, la CDO note que l'accumulation d'états de service suffisants pour permettre l'acquisition de tels droits découle partiellement des états de service gagnés pendant la durée du mariage.²²³ D'autre part, la méthode de la retraite pourrait manifestement faire en sorte que le conjoint non participant partage de façon inappropriée les augmentations de valeur survenues après la séparation, ce qui est particulièrement évident lorsque il est présumé que des améliorations seront apportées au régime et que le participant obtiendra d'importantes promotions après l'échec du mariage. Sur ce dernier point, bien que la CDO reconnaisse l'argument selon lequel l'origine des succès de carrière après la séparation puisse, dans

...la CDO est d'avis que la méthode mixte [d'évaluation] convient le plus; elle recommande également que la LDF soit amendée afin de prévoir que la méthode mixte soit utilisée dans l'évaluation des droits en vertu d'un régime de retraite aux fins du droit de la famille, ce qui éliminerait en conséquence toute incertitude qui continue de planer dans ce domaine.

une certaine mesure du moins, provenir de décisions prises et de rôles acceptés lors du mariage, la méthode de la retraite ne fait aucune distinction à cet égard. Qui plus est, elle est beaucoup plus spéculative que l'une ou l'autre des autres méthodes; en effet, en projetant des améliorations au régime et des promotions à l'avenir, la méthode de la retraite a fortement recours à la conjecture. Tout compte fait, la CDO croit que la méthode mixte établit le meilleur équilibre entre les parties.

En conséquence, la CDO recommande ce qui suit :

3. La LDF devrait être amendée afin de prévoir qu'aux fins de l'évaluation, les droits en vertu d'un régime de retraite à prestations déterminées soient évalués avec la méthode mixte retraite/cessation d'emploi.

C. Règlement d'un régime de retraite à prestations déterminées non encore versées

1. Évaluation des arguments

Selon la CDO, plusieurs des arguments formulés au soutien du MRI ou du MRD ou contre eux surestiment les enjeux.

Même s'il ne fait pas de doute que le MRI permet une « rupture nette », il est tout simplement incorrect de suggérer que le MRD forcerait les anciens conjoints à continuer d'entretenir des rapports. Le modèle du MRD présume que le conjoint non participant devient un quasi-participant du régime de retraite du participant; toute communication concernant le régime à cet égard se ferait avec l'administrateur du régime – il n'y aurait absolument aucun besoin que les anciens conjoints communiquent entre eux. Néanmoins, il faut reconnaître que, dans le cas du MRD, la rupture n'est pas complète. Bien entendu, il continuerait d'exister un lien financier entre les parties, en ce sens que le montant des prestations reçues par le conjoint non participant ou quasi-participant serait fonction du montant de la prestation du participant au moment où elle devient payable. Le lien est peut-être muet, mais il s'agit néanmoins d'un lien.

Les arguments quant aux augmentations de valeur du régime de retraite survenant après la séparation sont également exagérés, des deux côtés. Les adeptes du MRD, qui prétendent que la valeur d'un régime de retraite dépend surtout des cotisations faites par le participant en début de carrière, peuvent avoir raison sur ce point, mais cela ne tient pas compte du fait qu'aux fins du droit de la famille, la valeur d'un régime de retraite à prestations déterminées (contrairement à un régime à cotisations déterminées) ne dépend pas du montant des cotisations ou du rendement du placement. (C'est pour cette raison que la méthode de la valeur actualisée, plutôt que celle des cotisations, est utilisée afin d'évaluer la valeur des droits du participant.) En revanche, il est certainement incorrect d'affirmer qu'aucune partie de l'augmentation de la valeur du régime de retraite du participant après la séparation ne puisse être attribuée aux années du mariage. En examinant la question purement d'un point de vue mécanique, l'admissibilité à toucher une prestation non réduite n'aurait, dans bien des cas, jamais été réalisée (et

Selon la CDO, plusieurs des arguments formulés au soutien du MRI ou du MRD ou contre eux surestiment les enjeux.

certainement pas réalisée aussi tôt qu'elle l'a été) si l'on n'avait pas tenu compte des états de service ouvrant droit à la pension qui avaient été validés au cours du mariage. Par ailleurs, il se peut que l'apport, notamment économique, effectué par le conjoint non participant au partenariat conjugal ait été la fondation sur laquelle la réussite du participant après la séparation a été bâtie.

On peut, bien entendu, concevoir des scénarios selon lesquels le participant ne deviendrait un « gagnant » qu'après avoir laissé derrière lui le bois mort de son mariage, mais l'on peut également s'imaginer d'autres scénarios dans lesquels le participant n'aurait jamais connu la réussite n'eût été des sacrifices sur le plan matériel et autres qu'a faits l'ancien conjoint.

On peut, bien entendu, concevoir des scénarios selon lesquels le participant ne deviendrait un « gagnant » qu'après avoir laissé derrière lui le bois mort de son mariage, mais l'on peut également s'imaginer d'autres scénarios dans lesquels le participant n'aurait jamais connu la réussite n'eût été des sacrifices sur le plan matériel et autres qu'a faits l'ancien conjoint. La réalité est que, même s'il existe indubitablement des exceptions, il est probable que, dans la plupart des cas, une partie de l'augmentation de la valeur du régime de retraite du participant après la séparation a sa source dans la période du mariage.

La prétention que l'adoption éventuelle du MRI par l'Ontario contribuerait à l'uniformité du droit est peu persuasive. Même si les territoires qui ont adopté le MRI sont plus nombreux que ceux qui ont adopté le MRD, le fait que trois provinces aient recours au MRD signifie, bien entendu, qu'il n'existe aucun consensus national en faveur du MRI. En outre, il existe de nombreuses variations d'un territoire à l'autre, à la fois pour le MRI et le MRD, et, dans certains cas, des régimes qui pourraient être qualifiés principalement de type MRI ou MRD offrent des possibilités de rechange en matière de règlement qui revêtent les caractéristiques de l'autre méthode.²²⁴ Même si l'harmonisation constitue effectivement un facteur pertinent, la CDO estime qu'en bout de ligne le choix d'une solution pour l'Ontario doit être fondé sur la qualité intrinsèque des méthodes en lice et non sur une tentative de parvenir à un modèle pancanadien.

Quant à l'argument selon lequel le choix du MRD signifie qu'il n'est plus nécessaire de déterminer la valeur actualisée du régime, la CDO reconnaît que les hypothèses utilisées pour déterminer la valeur actualisée font habituellement en sorte que le régime de retraite s'avère sous-évalué ou surévalué comparativement aux prestations ultimement versées. Cependant, nous sommes également d'avis que cela ne tient pas compte du fait que la valeur de presque tous les biens, déterminée à la date de la séparation, puisse s'avérer beaucoup plus ou moins élevée qu'à un moment ultérieur. Bien que cela puisse causer du ressentiment de la part de l'un ou de l'autre des conjoints, le risque à ce sujet est inhérent au régime même, qui exige que les biens familiaux soient évalués à des fins d'égalisation. Certains tenants du mécanisme MRD pourraient contrer cet argument en faisant valoir que les régimes de retraite devraient, dans tous les cas, être soustraits du régime d'égalisation et traités à part; toutefois, pour les motifs déjà exprimés ci-dessus, la CDO estime que les droits aux termes d'un régime de retraite devraient continuer à être abordés sous ce régime.

La CDO reconnaît la validité de la préoccupation comme quoi il pourrait être intimidant pour une personne non versée en matière de placement de fournir un montant forfaitaire à un conjoint non participant en vue de réaliser un placement dans un REER (ou peut-être, à la lumière des événements récents, ceci pourrait s'avérer problématique même pour des personnes qui se jugent plutôt avisées en ce qui a trait aux actions et aux instruments financiers). Toutefois, cette même préoccupation peut faire surface dans des cas où il n'est pas nécessaire de procéder à un partage du régime de retraite étant donné que le conjoint participant est en mesure d'acquitter sa créance au titre de l'égalisation en échangeant d'autres éléments d'actif – en effet, la préoccupation peut s'accroître même, étant donné

que, dans un tel scénario, rien n'exigerait que le conjoint non participant transforme l'élément d'actif qui a été échangé en un mécanisme qui lui procurera du revenu au cours des dernières années de sa vie. De notre avis, compte tenu du fait que, dans la plupart des cas, l'égalisation est réalisée au moyen d'un échange d'éléments d'actif plutôt qu'un partage de régimes de retraite,²²⁵ la préoccupation quant à l'épargnant inexpérimenté, même si elle n'est pas sans fondement, ne constitue pas un motif convaincant pour rejeter le MRI. Nous observons également que la préoccupation pourrait, de toute façon, être écartée au moyen de l'établissement d'un nouveau fonds de retraite provincial, ainsi qu'il est exposé à la rubrique E ci-dessous.

Nous ne sommes pas convaincus que l'adoption du MRI exacerberait l'inégalité économique entre les sexes. Ainsi qu'il a été observé ci-dessus (à la rubrique II, sous la rubrique « Types de régimes de retraite et employés visés »), le nombre d'hommes qui sont participants à des régimes de retraite relevant de la compétence de l'Ontario n'est que légèrement supérieur à celui des femmes participantes, et l'adhésion des hommes n'a pas connu de croissance tandis que celle des femmes a augmenté de façon considérable; en outre, le pourcentage des participants à des régimes de retraite qui sont visés par un régime à prestations déterminées est essentiellement le même pour les hommes et les femmes. Le fait de trancher entre des propositions en lice en vue de la réforme du droit à l'égard du partage des régimes de retraite en cas d'échec du mariage, par conséquent, aura probablement peu d'incidence négative (ou positive) sur les femmes en particulier. Ceci ne signifie pas que d'autres aspects plus généralisés du droit encadrant les régimes de retraite et du régime des revenus de retraite canadien en général ne puissent pas avoir des répercussions néfastes. (À cet égard, l'on pourrait observer que le revenu de retraite, qu'il provienne d'un régime privé ou du RPC, est en grande partie fonction d'un emploi rémunéré avant la retraite et que cette réalité a tendance à causer préjudice aux femmes de façon disproportionnée.)²²⁶ Toutefois, notre préoccupation en l'occurrence porte sur la question, relativement étroite, à savoir comment partager des régimes de retraite lorsque le partage est nécessaire afin de régler des questions liées aux biens familiaux. De l'avis de la CDO, le choix à opérer entre le MRI et le MRD ne se situe pas au niveau d'une modification de la loi qui favorisera vraisemblablement l'égalité économique entre les sexes et un changement qui perpétuera ou aggravera vraisemblablement des inégalités existantes.

Le MRI devrait être le mécanisme principal de règlement du partage des régimes de retraite, offert dans tous les cas d'échec du mariage, avec une réserve toutefois : que la dette d'égalisation du participant soit seulement satisfaite dans la mesure de la valeur transférée hors du régime au profit du conjoint non participant...

La CDO convient avec les critiques du MRI que ce dernier, comme appliqué ailleurs au Canada, tend à conférer une valeur artificiellement basse au régime de retraite et est donc injuste à l'égard du conjoint non participant (qu'il s'agisse d'un homme ou d'une femme). Cependant, nous sommes également d'accord avec les critiques du MRD que ce dernier est bien plus compliqué que le MRI et qu'il impose un fardeau aux régimes de retraite et à leurs administrateurs, ce que ne fait pas le MRI. (Même si l'on pourrait avancer que l'ampleur de ces fardeaux a été quelque peu exagérée, les problèmes auxquels font face les régimes à prestations déterminées compte tenu de la conjoncture économique actuelle suggèrent une nécessité de se montrer très prudent et de ne pas rajouter aux difficultés auxquelles ils sont confrontés.) Cela nous a amenés à faire une recommandation en deux volets :

- Le MRI devrait être le mécanisme principal de règlement du partage des régimes de retraite, offert dans tous les cas d'échec du mariage, avec une réserve toutefois : que la dette d'égalisation du participant soit seulement

satisfaite dans la mesure de la valeur transférée hors du régime au profit du conjoint non participant;

- Une option de MRD devrait être offerte sur une base restreinte, c'est-à-dire :
 - Lorsque le participant est à dix ans ou moins de la date normale de la retraite selon le régime et qu'il en convient avec le conjoint non participant;
 - Lorsque, en dépit du fait que le participant n'est pas à dix ans ou moins de la date normale de la retraite, le participant, le conjoint non participant et l'administrateur du régime de retraite conviennent du partage de la prestation en ayant recours au MRD.

2. Autres méthodes de rechange selon le MRI

Les critiques du MRI prétendent que ce mécanisme est injuste envers le conjoint non participant parce qu'habituellement,²²⁷ la méthode de la valeur de rachat est utilisée pour évaluer le régime de retraite du participant, et donc sa « sortie du régime » au profit du conjoint non participant. La méthode de la valeur de rachat, lorsqu'elle présume de la cessation immédiate de l'adhésion au régime, n'attribue aucune valeur à des avantages complémentaires non acquis, comme le droit à des prestations de préretraite non réduites, lorsqu'on n'a pas encore répondu aux exigences d'admissibilité. Cela peut produire une valeur moindre – et donc un montant de transfert moins élevé au profit du conjoint non participant – qu'une évaluation faite à l'aide d'une autre méthode, comme la méthode mixte discutée précédemment (dans la paragraphe IV.D). À cet égard, la CDO a évalué si un MRI faisant appel à la méthode mixte d'évaluation plutôt qu'à la méthode de la valeur de rachat serait possible. Une telle approche pourrait cependant donner lieu à des versements de transferts plus élevés au profit du conjoint non participant, qui seraient justifiés par la valeur que le régime de retraite du participant atteindrait ultimement (comme dans le cas où le participant met fin à son emploi peu de temps après la séparation sans jamais avoir eu droit à des prestations de préretraite non réduites). Le manque à gagner devrait soit être absorbé par le régime ou récupéré des prestations de retraite futures déjà réduites du participant.

La CDO a également étudié s'il serait pratique d'exiger qu'un deuxième calcul de valeur de rachat et qu'un transfert hors du régime soient effectués lorsque le participant parvient à une « date de déclenchement » (celle de la retraite, de la préretraite, du décès ou de la cessation d'emploi), dans le but de compléter le montant originellement transféré au profit du conjoint non participant en fonction de toute augmentation subséquente de la valeur du régime de retraite du participant. Nous avons toutefois conclu que cette approche serait trop complexe et qu'elle ajouterait un fardeau aux administrateurs du régime, surtout dans le cas de participants qui se retrouveraient avec plus d'un ex-conjoint.

Tout compte fait, la CDO croit que le MRI avec un transfert basé sur la valeur de rachat constitue la meilleure solution. Nous remarquons également que la valeur de rachat ne donne pas toujours une valeur moindre à celle de la méthode mixte, et nous aimerions souligner que, quel que soit le cas, selon la proposition de la CDO, le participant demeurerait responsable pour toute différence entre le montant transféré de la caisse de retraite du régime au profit du conjoint non participant et pour sa dette d'égalisation. Finalement, nous croyons que notre proposition d'offrir une option de MRD sur une base

...[L]a valeur de rachat ne donne pas toujours une valeur moindre à celle de la méthode mixte[...] quel que soit le cas, selon la proposition de la CDO, le participant demeurerait responsable pour toute différence entre le montant transféré de la caisse de retraite du régime au profit du conjoint non participant et pour sa dette d'égalisation.

restreinte pourra fournir un règlement convenable aux parties qui ne font face à l'échec de leur mariage que relativement tard au cours de la carrière du participant. Le MRD, qui permet d'en arriver à un résultat financier qui est probablement davantage conforme aux attentes des deux parties n'eût été de la séparation, semble constituer une solution particulièrement indiquée (malgré le fardeau que cela impose aux administrateurs du régime) lorsque la retraite est relativement proche, puisqu'il s'agit du moment où les attentes sont les plus précises et les plus claires. (En outre, la CDO ne voit pas pourquoi le MRD ne devrait pas constituer une possibilité dans les autres instances si l'administrateur du régime est disposé à prendre en charge les fardeaux que comporte cette méthode.)

3. Destination du transfert

Selon la LRR, un participant à un régime de retraite qui met fin à son emploi et qui a droit à des prestations différées, mais qui souhaite sortir ses droits du régime a trois options : les transférer à un autre régime de retraite (si l'autre régime est prêt à accepter le transfert), les transférer dans « un arrangement d'épargne-retraite prescrit »²²⁸ (essentiellement, un compte de retraite « immobilisé »), ou acheter une rente différée. La CDO croit que des options semblables aux deux premières devraient être offertes au conjoint non participant dans le cas d'un règlement par MRI. (La troisième option, soit l'achat d'une rente différée par quelqu'un qui n'est pas un participant au régime de retraite, pourrait causer des difficultés selon l'article 147.4 de la LIR.)²²⁹

Le transfert à un compte de retraite immobilisé peut être indiqué pour certains conjoints non participants qui pensent détenir l'expérience nécessaire pour gérer leurs propres investissements...

Le transfert à un compte de retraite immobilisé peut être indiqué pour certains conjoints non participants qui pensent détenir l'expérience nécessaire pour gérer leurs propres investissements ou qui pensent avoir facilement accès à une telle expertise d'autres sources. Cependant, de nombreux conjoints non participants qui n'ont pas leur propre régime de retraite peuvent ne pas détenir les connaissances en placement et l'expérience nécessaires pour autoadministrer un REER ou même pour choisir quelqu'un qui détiendrait les qualités nécessaires pour l'administrer pour eux. La création d'une nouvelle caisse publique de retraite dans laquelle les sommes transférées pourraient être versées pourrait fournir une bonne solution de rechange aux conjoints non participants se trouvant dans une telle position, en ce que cela leur conférerait des avantages comparables à ceux conférés par l'adhésion à un régime de retraite important, soit la mise en commun des ressources et du risque, le pouvoir associé à des capitaux de placement importants et à la gestion et l'administration professionnelle et experte de la caisse de retraite. Cette question est creusée davantage à la rubrique E ci-dessous.

De façon générale, il semble peu probable que les administrateurs de régimes de retraite soient pour de la création d'un compte à même le régime de retraite du participant au profit du conjoint non participant, le transformant essentiellement en un participant. Cependant, il peut arriver qu'un administrateur de régime soit prêt à le faire, et il n'existe aucune raison alors de l'en empêcher.

En conséquence, la CDO recommande ce qui suit :

4. Sous réserve des autres recommandations contenues à cette partie, lorsqu'un participant à un régime de retraite à prestations déterminées est débiteur d'une obligation d'égalisation envers son conjoint et qu'il ou elle souhaite régler sa dette d'égalisation à même ses droits en vertu du régime de retraite, la loi devrait prévoir que le mécanisme de règlement immédiat de partage s'applique, selon lequel le participant pourrait exiger que l'administrateur du régime transfère, à partir de la caisse de retraite de son régime, une part proportionnelle de la valeur de rachat du régime à la date de la séparation à :
- (a) la caisse de retraite du régime auquel adhère le conjoint non participant, si l'administrateur de ce régime y consent;
 - (b) un arrangement d'épargne-retraite du type prescrit aux fins de l'alinéa 42(1)(b) de la *Loi sur les régimes de retraite*;
 - (c) la caisse de retraite du régime du participant (c'est-à-dire afin de porter au crédit du compte du conjoint non participant), si l'administrateur de ce régime y consent;
 - (d) dans l'éventualité où le gouvernement juge qu'il est approprié de constituer une caisse de retraite provinciale, cette dite caisse (voir la rubrique E, ci-après).²³⁰

Lorsque le montant qui serait autrement transféré excède la dette d'égalisation du participant, ce dit montant serait réduit au montant de la dette d'égalisation. Si le montant à être transféré est moins élevé que la dette d'égalisation du participant, ce dernier ou cette dernière demeurerait responsable de la différence.

Dans certaines circonstances, le MRD serait possible, comme cela est mentionné aux recommandations 6 et 7.

5. Lorsque le mécanisme de règlement immédiat s'applique, la part proportionnelle du conjoint non participant serait calculée selon la formule suivante :

$$\frac{1}{2} \times A/B \times VR$$

A représente le service validable accumulé durant le mariage des parties; B, le service validable du participant; et VR, la valeur de rachat à la date de la séparation.

...[L]orsque l'échec du mariage survient à un moment où la retraite du participant est probablement relativement imminente, la CDO croit que les parties devraient avoir l'option de partage des prestations lorsqu'elles commencent à être versées...

4. Disponibilités réduites de l'option de MRD

Parce qu'il crée un fardeau plus lourd pour les administrateurs de régimes de retraite que le MRI en établissant dans les faits deux régimes de retraite à gérer, la CDO ne croit pas qu'une solution de MRD devrait être généralement offerte de droit aux parties.²³¹ Cependant, lorsque l'échec du mariage survient à un moment où la retraite du participant est probablement relativement imminente, la CDO croit que les parties devraient avoir l'option de partage des prestations lorsqu'elles commencent à être versées, puisqu'il est alors plus probable que les deux parties ont formulé des hypothèses au sujet de leur avenir financier solidement et spécifiquement fondées sur le versement de prestations provenant du régime du participant. (Le MRD serait également offert dans d'autres cas si l'administrateur du régime y consent, puisque, dans ce cas, l'administrateur est manifestement disposé à prendre en charge les fardeaux associés.)

Le fait de restreindre la disponibilité de cette option au maximum permettrait de faire en sorte que le fardeau imposé aux administrateurs des régimes par rapport à la nécessité de traiter le conjoint non participant comme un participant soit une occurrence relativement peu fréquente. Le fardeau administratif peut également être diminué en exigeant que le choix de cette option soit effectué à l'aide de formulaires prescrits par règlement (ou, du moins, fournis par le gouvernement) de façon à ce que les administrateurs du régime n'aient pas à assumer les difficultés ni le risque d'avoir à interpréter des documents variés, aux styles différents, écrits par des rédacteurs aux talents dissemblables. Les administrateurs qui agissent de bonne foi afin de respecter l'orientation donnée dans le formulaire ne devraient pas être considérés comme responsables des pertes en découlant. Qui plus est, ces derniers auraient le droit d'exiger des frais au participant et au conjoint non participant afin de compenser les coûts additionnels encourus compte tenu du choix de l'option de MRD.²³²

Lorsque l'option de MRD est choisie, aucune rente de survivant ne devrait être liée au droit du conjoint non participant, à moins que le régime décide d'offrir un tel avantage. En d'autres termes, la « rente » du conjoint non participant serait une seule rente viagère plutôt qu'une rente commune et une rente de survivant.

De façon générale, le versement des prestations du conjoint non participant devrait débiter lorsque le participant prend sa retraite et reçoit ses propres prestations. Le conjoint non participant ne devrait pas avoir le droit de faire débiter ses prestations quand bon lui semble, car cela pourrait être pénible pour l'administrateur du régime. Cependant, la CDO est préoccupée du fait que, parfois, le participant (que ce soit par dépit ou parce qu'il perçoit un besoin) reporte déraisonnablement sa retraite, et nous croyons alors que le conjoint non participant devrait être en mesure d'exiger que ses prestations soient versées dès que le participant atteint l'âge normal de la retraite, même si le participant continue à travailler.

Le partage du régime de retraite se ferait selon une formule simple basée sur le ratio entre la durée du mariage et la durée de service validable. Des méthodes de partage plus compliquées, comme le versement d'un montant au conjoint non participant jusqu'à ce qu'un montant égal à la dette d'égalisation soit atteint, créent un fardeau pour l'administrateur. Le participant ne devrait donc pas être en mesure d'exiger l'application de ces autres méthodes de partage sans le consentement de l'administrateur.

Lorsque l'option de MRD est choisie, la répartition entre les ex-conjoints des prestations du participant devrait être vue comme remplaçant la dette d'égalisation...

Lorsque l'option de MRD est choisie, la répartition entre les ex-conjoints des prestations du participant devrait être vue comme remplaçant la dette d'égalisation. Il existe un risque inhérent à cette forme de partage puisque le montant total versé au conjoint non participant pourrait s'avérer moins ou plus élevé que le montant de la dette résultant de l'obligation d'égalisation, et les deux parties devraient assumer ce risque également.

En conséquence, la CDO recommande ce qui suit :

6. Si, à la date de la séparation, le conjoint participant est à dix ans ou moins de la date normale de la retraite selon le régime, les parties pourraient convenir, à titre d'alternative à un règlement faisant appel au MRI, de partager le droit du participant à des prestations entre le participant et le conjoint non participant de façon à ce que chacun ait le droit de recevoir des prestations distinctes. Le conjoint non participant deviendrait alors quasi-participant au régime et il aurait la faculté de faire valoir ses droits selon le régime ainsi que le droit de recevoir directement de l'administrateur du régime des renseignements au sujet du régime de retraite du participant et de sa propre part dans ce régime.

De façon générale, le conjoint non participant commencerait à recevoir des prestations à la retraite du participant, soit, lorsque le participant commence à recevoir des prestations; mais, lorsque le participant ne prend pas sa retraite à la date normale de la retraite selon le régime, le conjoint non participant aurait l'option de recevoir ses prestations à la date normale de la retraite du participant.

Dans les cas où le conjoint non participant commence à recevoir ses prestations en même temps que le participant, les états de service du participant seraient partagés selon la formule suivante :

$$\frac{1}{2} \times A/B$$

A représente le service validable accumulé durant le mariage des parties et B, le service validable total du participant à la retraite. Les prestations du participant seraient calculées à l'aide de la formule de calcul des prestations prévue au régime et des états de service tels que réduits. Pour déterminer le montant des prestations du conjoint non participant, un calcul initial serait effectué à l'aide de la formule de calcul des prestations prévue au régime et des états de service qui lui auront été transférés. Ce montant serait ensuite rajusté pour s'assurer que la valeur actualisée actuarielle de ses prestations, une fois ajoutée à la valeur actualisée actuarielle des prestations du participant, équivaut à la valeur actualisée actuarielle des prestations totales du participant avant le rajustement.

Lorsque le participant ne prend pas sa retraite, ou qu'il ne commence pas autrement à recevoir ses prestations à la date normale de la retraite selon le régime, et que le conjoint non participant choisit de commencer à recevoir ses prestations sans plus tarder, ces dernières seraient basées sur le montant accumulé au régime de retraite calculé à la date normale de la retraite à l'aide de la formule suivante :

$$\frac{1}{2} \times A/C$$

A représente le service validable accumulé durant le mariage des parties et C, le service validable du participant à la date normale de la retraite. Un rajustement actuariel pourrait être effectué pour tenir compte de l'âge du conjoint non participant.

À la retraite du participant, il recevrait des prestations en fonction de la formule de calcul des prestations du régime, calculées à la date réelle de la retraite, moins le montant des prestations payables au conjoint non participant.²³³

Lorsque l'option de MRD est choisie, aucune rente de survivant ne serait liée aux prestations du conjoint non participant.

Le choix de l'option de MRD (et tout choix par le conjoint non participant de recevoir ses prestations avant la retraite du participant) serait effectué à l'aide des formulaires prescrits par règlement ou autrement autorisés par le gouvernement. Les administrateurs de régime ne seraient pas responsables des pertes résultant d'un de leurs actes de bonne foi posés sur la foi du formulaire qu'on leur aurait soumis. Ils pourraient également réclamer des frais pour compenser les coûts initiaux et permanents qu'ils encourraient en conséquence du choix de ces options.

Une loi prévoirait que, lorsqu'une telle option est choisie, l'obligation d'égalisation du participant, dans la mesure où elle est basée sur la valeur des prestations, serait réputée avoir été satisfaite (c.-à-d., même si le montant total ultimement versé au conjoint non participant était moins élevé que la dette d'égalisation du participant). Elle devrait également prévoir que la succession du conjoint non participant ne détiendrait aucune dette envers le participant ni envers sa succession si le montant total ultimement versé au conjoint non participant excédait la dette d'égalisation du participant.

...[S]i des parties autrement non admissibles souhaitent choisir le MRD et que l'administrateur du régime y consent, il ne semble exister aucune bonne raison de s'y opposer.

5. Cas où l'administrateur du régime convient d'un règlement par MRD non autrement offert

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la CDO considère qu'à cause du fardeau imposé par le MRD aux administrateurs de régimes de retraite, le MRD ne devrait pas être offert de droit de façon généralisée, mais plutôt seulement lorsque le participant est à dix ans ou moins de la date normale de la retraite selon le régime. Cependant, si des parties autrement non admissibles souhaitent choisir le MRD et que l'administrateur du régime y consent, il ne semble exister aucune bonne raison de s'y opposer.

En conséquence, la CDO recommande ce qui suit :

7. Lorsque le participant est à plus de dix ans de la date normale de la retraite, les parties pourraient choisir l'option de MRD si l'administrateur du régime y consent.

6. Champ d'application du régime à prestations déterminées

Les recommandations précédentes proposées aux fins d'un règlement visent seulement les régimes à prestations déterminées. La CDO remarque cependant qu'il peut exister des régimes à prestations déterminées atypiques pour lesquels les options de règlement recommandées peuvent être inadéquates. Ainsi, la loi de mise en œuvre de la réglementation recommandée devrait permettre que des régimes à prestations déterminées avec certaines caractéristiques particulières puissent être exemptés par règlement lorsque le gouvernement considère qu'une telle exemption est de mise. De même, un pouvoir de réglementation devrait également être conféré afin de traiter des régimes communément appelés « régimes mixtes », *c.-à-d.*, ceux combinant des caractéristiques des régimes à prestations déterminées et des régimes à cotisations déterminées. Le pouvoir conféré devrait clairement énoncer que les règles qui s'appliquent autrement pour un régime de retraite assujéti à la réglementation peuvent être modifiées.

Sous réserve de certaines exceptions, la CDO recommande que les options de règlement s'appliquent seulement aux régimes de retraite enregistrés selon la LRR. Ils devraient cependant être également offerts aux régimes de retraite du secteur privé sous juridiction fédérale en matière d'emploi, comme c'est le cas selon la LNPP applicable à ces régimes, qui rend le droit sur les biens familiaux applicable au partage des régimes de retraite en cas d'échec du mariage. (La *Loi sur le partage des prestations de retraite*,²³⁴ loi fédérale qui contient son propre mécanisme de partage des régimes de retraite, vise les régimes de retraite du secteur public fédéral.) De plus, certains employés ontariens adhèrent à un régime créé par un employeur exerçant ses activités dans plus d'une province et qui a enregistré ce régime selon la loi d'une autre province que l'Ontario. Dans un tel cas, bien que les dispositions de la LRR soient inapplicables, les dispositions de fond des lois ontariennes sur les régimes de retraite s'appliqueraient et les options de règlement recommandées aux présentes devraient être offertes.

Alors que, de façon générale, la CDO ne considère pas qu'il soit possible de rendre la réglementation recommandée aux présentes applicable aux régimes complémentaires de retraite offerts par l'employeur, nous ne voyons pas pourquoi de tels régimes ne seraient pas couverts lorsqu'ils dupliquent un régime enregistré selon la LRR (à la seule différence qu'ils accorderaient des prestations ou permettraient des cotisations excédant les limites de la *Loi de l'impôt sur le revenu*) ou s'ils étaient inadmissibles à l'enregistrement, si la LRR leur était applicable, compte tenu de la façon dont les prestations s'accumulent ou parce que l'employeur pourrait discrétionnairement modifier les prestations du régime ou la formule régissant les cotisations de l'employeur.

Alors que, de façon générale, la CDO ne considère pas qu'il soit possible de rendre la réglementation recommandée aux présentes applicable aux régimes complémentaires de retraite offerts par l'employeur, nous ne voyons pas pourquoi de tels régimes ne seraient pas couverts lorsqu'ils dupliquent un régime enregistré selon la LRR...

Enfin, la CDO reconnaît que des régimes qui ne sont pas visés par le champ d'application exposé ci-dessus puissent exister et que les options de règlement recommandées ne leur conviendraient pas. Lorsque le gouvernement apprend l'existence d'un tel régime, il devrait pouvoir étendre l'application de la réglementation à son égard par règlement.

En conséquence, la CDO recommande ce qui suit :

8. Les recommandations 4 à 7 s'appliquent à :

- (a) un régime de retraite à prestations déterminées autre que toute catégorie de régime à prestations déterminées prescrite par règlement;
- (b) sous réserve des règlements, tout régime mixte, pourvu qu'il prévoit des prestations déterminées;

Et ce, si des prestations ne sont pas versées et que :

- (c) le régime est enregistré selon la *Loi sur les régimes de retraite* ou que les dispositions de fond de cette Loi s'appliquent à lui;
- (d) le régime est enregistré selon la *Loi de 1985 sur les normes de prestations de pension fédérale*;
- (e) le régime n'est pas enregistré selon la *Loi sur les régimes de retraite*, mais il est complémentaire à un régime ainsi enregistré et
 - (i) il prévoit l'accumulation des prestations de retraite de manière graduelle et uniforme, et
 - (ii) ni la formule relative aux cotisations de l'employeur à la caisse de retraite du régime ni les prestations de retraite versées ne sont à la discrétion de l'employeur; ou
- (f) le régime fait partie d'une autre catégorie de régime à prestations déterminées prescrite.

D. Options de règlement et régimes à cotisations déterminées

Alors que l'évaluation des droits d'un participant dans un régime à cotisations déterminées ne soulève généralement aucun problème, certaines parties intéressées ont suggéré que la loi ontarienne devrait prévoir le partage immédiat comme option de règlement, peu importe que le régime de retraite soit un régime à prestations déterminées ou un régime à cotisations déterminées, et la CDO ne voit pas pourquoi l'option de MRI qu'elle recommande ne devrait pas être offerte pour les deux types de régimes. Cependant, il ne semble pas à l'avantage des parties que le conjoint non participant devienne un quasi-participant au régime à cotisations déterminées de son conjoint; cela étant, et compte tenu du fait que le MRD impose inévitablement un fardeau aux administrateurs du régime, la CDO ne recommande pas que le MRD, tel que décrit à la recommandation 6 soit offert dans le cas des régimes à cotisations déterminées.

...[L]a CDO ne voit pas pourquoi l'option de MRI qu'elle recommande ne devrait pas être offerte pour les deux types de régimes.

En conséquence, la CDO recommande ce qui suit :

9. L'option de MRI discutée aux recommandations 4 et 5 devrait également être offerte lorsqu'un conjoint adhère à un régime à cotisations déterminées, mais non l'option de MRD.

E. Une nouvelle caisse de retraite provinciale?

Comme nous en avons discuté à la partie C, la CDO recommande, pour ce qui est des règlements par voie de MRI, trois options de transfert pour les conjoints non participants qui obtiennent des droits de transfert à la suite du partage d'un régime de retraite, ainsi que, possiblement, une quatrième option : le transfert à une caisse de retraite provinciale, si le gouvernement décide d'en créer une. Lorsque le conjoint non participant adhère à son propre régime, ou lorsque l'administrateur du régime du participant est prêt à créer un compte de retraite à même le régime au profit du conjoint non participant, un transfert au régime (ou au sein du régime) constitue probablement la meilleure option. Cependant, pour ceux qui n'adhèrent pas à un régime (ou auxquels un compte au sein du régime du participant ne sera pas offert), le transfert dans un REER peut ne pas s'avérer intéressant, surtout si l'on est néophyte ou sans expérience en matière de placement. Pour de telles gens, le transfert à une caisse de retraite importante offrant une mise en commun des ressources et du risque, le pouvoir d'investir des montants importants en capital et une gestion par des experts peut s'avérer préférable.

La CDO suggère au gouvernement de considérer la création d'une caisse de retraite provinciale pour recevoir les transferts au nom des conjoints non participants qui choisiraient cette option si elle était offerte. Le gouvernement nommerait le personnel responsable de gérer la caisse de retraite et d'effectuer les placements au nom des participants à la caisse. Nous considérons que la création d'une telle caisse de retraite fournirait également l'occasion de diminuer le fardeau des administrateurs de régimes de retraite, puisque cette caisse pourrait également recevoir les transferts relatifs aux « participants introuvables » des autres régimes de retraite lorsque les administrateurs souhaitent se départir d'une responsabilité continue envers des participants avec qui ils n'ont plus été en contact depuis un temps donné et ce, malgré des efforts raisonnables de communication de leur part. Le gouvernement pourrait réclamer des frais d'administration pour les comptes des participants à cette caisse de retraite (y compris aux participants introuvables transférés). La CDO reconnaît cependant que même si des frais sont exigés, la création d'une caisse de retraite provinciale pourrait s'avérer coûteuse et ne pas être perçue comme une mesure prudente en période d'incertitude économique.

Dans les circonstances, bien que la CDO ne fasse aucune recommandation définitive, elle suggère ce qui suit :

10. L'Ontario devrait considérer la création d'une caisse de retraite où les conjoints non participants ayant droit à un transfert à la suite du partage d'un régime de retraite (voir la recommandation 4 faite précédemment) pourraient placer le montant transféré. Le régime pourrait également recevoir les transferts des régimes de retraite souhaitant se départir de leurs « participants introuvables ». Le régime serait une caisse de retraite avec accumulation de capital, c.-à-d., les prestations ultimement versées au bénéficiaire seraient basées sur le montant originellement versé à la caisse de retraite plus le rendement du placement de ce montant par la caisse de retraite.

F. La règle des 50 pour cent

La CDO reconnaît que la règle voulant qu'une ordonnance d'un tribunal ou un contrat familial portant sur les biens familiaux ne peut donner au conjoint non participant droit à plus de 50 pour cent des prestations de pension du participant reflète un objectif légitime pour les régimes de retraite (et même pour la société), soit celui d'augmenter la possibilité pour les participants au régime d'avoir un revenu de retraite raisonnable.²³⁵ (Toutefois, nous observons que cet objectif est, en grande partie, enrayé par le fait que des ordonnances alimentaires peuvent saisir à hauteur de 50 pour cent des prestations de retraite du participant; ceci pourrait faire en sorte que le participant perde 100 pour cent de sa prestation de retraite, soit la moitié en raison de l'égalisation et la moitié en raison de l'obligation alimentaire, comme il s'est produit dans l'affaire *Gauthier c. Gauthier*.)²³⁶ Bien que nous ne recommandions pas l'abolition de cette règle, nous sommes préoccupés par la possibilité que son application pure puisse dans certains cas empêcher l'exécution de l'une des options de règlement recommandées à la rubrique C, même si (dans le cas où les recommandations soient adoptées) l'approche choisie est conforme aux mécanismes de règlement spécifiquement offerts aux parties par la loi. Puisque la CDO considère que ses recommandations de règlement fournissent un mécanisme juste de partage des droits du régime lorsque l'égalisation ne peut être réussie sans recourir au régime de retraite, nous croyons qu'un règlement se conformant à la méthode relative au MRI ou au MRD prévue par la loi devrait être présumé conforme à la règle des 50 pour cent.

...[U]n règlement se conformant à la réglementation relative au MRI ou au MRD devrait être présumé conforme à la règle des 50 pour cent.

En conséquence, la CDO recommande ce qui suit :

11. Un règlement se conformant à la réglementation relative au MRI ou au MRD devrait être présumé conforme à la règle des 50 pour cent.

G. Les crédits du Régime de pensions du Canada

Il ne fait guère de doute en droit que les crédits du RPC constituent des « biens familiaux » selon la LDF, même s'il semble que, comme il a été indiqué auparavant, cela soit souvent ignoré. Bien que certaines parties intéressées aient suggéré que la définition de « biens familiaux » soit amendée en conséquence, de façon à exclure les crédits du RPC, la CDO ne

voit en principe aucune raison de décider que les droits en vertu d'un régime de retraite professionnel sont des « biens familiaux » et pas les crédits du RPC. La CDO croit cependant que les parties devraient pouvoir renoncer au droit de partager ces crédits.

Le RPC, qui découle d'une loi fédérale, permet aux provinces d'édicter des lois permettant une telle renonciation; cependant, l'Ontario n'a pas jugé opportun de ce faire pour l'instant. La CDO a observé des instances selon lesquelles une partie accepte parfois, dans le cadre d'un règlement d'égalisation, en échange d'une autre contrepartie, de ne pas demander de partage des crédits, et qu'elle décide plus tard de se raviser. En l'absence de loi ontarienne autorisant une renonciation, les autorités fédérales n'ont d'autre choix que d'effectuer le partage lorsqu'une telle demande est présentée. La CDO ne voit pas pourquoi l'Ontario ne devrait pas éliminer cette possibilité d'agir sur deux fronts.

En conséquence, la CDO recommande ce qui suit :

12. L'Ontario devrait édicter une loi permettant aux parties de renoncer au droit de partager les crédits du RPC.

H. Unions de fait

La CDO a présumé, aux fins de ce rapport, que les dispositions de la LDF portant sur les biens familiaux continueront généralement à ne pas s'appliquer aux unions de fait. Ce faisant, nous n'exprimons aucune opinion sur l'opportunité de continuer à exclure ces unions du champ d'application de la partie I de la loi. La question de l'application des dispositions sur les biens familiaux aux unions de fait s'étend bien au-delà des droits selon les régimes de retraite et, de façon générale, la CDO croit qu'il serait inapproprié de la traiter dans le cadre d'un projet restreint aux régimes de retraite.

Ceci dit, cependant, nous ne voyons pas pourquoi les conjoints de fait qui se séparent ne devraient pas avoir la possibilité d'accéder aux mécanismes de règlement que nous recommandons de mettre à la disposition des couples mariés s'ils souhaitent s'en prévaloir. Il se peut qu'il y ait des questions relatives aux biens à trancher, en dépit de leur exclusion de la partie I de la LDF, et, dans la mesure où ils conçoivent que le partage de régimes de retraite fait partie d'un règlement convenable de leurs affaires, ils devraient être en mesure de procéder à ce partage au moyen de la méthode MRI qui est recommandée ou, lorsque le participant se trouve à dix années de la date normale de retraite (sinon, lorsqu'il ne l'est pas mais que l'administrateur du régime de retraite y consent), au moyen de la solution de rechange du MRD.

En conséquence, la CDO recommande ce qui suit :

13. Lorsqu'une union de fait prend fin et que l'un des conjoints ou les deux adhèrent à un régime de retraite à prestations déterminées, ils pourraient convenir que ce ou ces régimes de retraite soient partagés selon le mécanisme décrit à la partie C.

La question de l'application des dispositions sur les biens familiaux aux unions de fait s'étend bien au-delà des droits selon les régimes de retraite et[...] la CDO croit qu'il serait inapproprié de la traiter dans le cadre d'un projet restreint aux régimes de retraite.

VIII. RECOMMANDATIONS

1. Les droits en vertu d'un régime de retraite, qui ont été acquis par un participant, devraient continuer à être considérés comme des « biens familiaux » aux fins de la *Loi sur le droit de la famille* (LDF) et donc, être assujettis au régime d'égalisation de la LDF.
2. La LDF devrait être amendée afin d'indiquer que les droits non acquis en vertu d'un régime de retraite sont aussi des « biens familiaux ».
3. La LDF devrait être amendée afin de prévoir qu'aux fins de l'évaluation, les droits en vertu d'un régime de retraite à prestations déterminées soient évalués avec la méthode mixte retraite/cessation d'emploi.
4. Sous réserve des autres recommandations contenues à cette partie, lorsqu'un participant à un régime de retraite à prestations déterminées est débiteur d'une obligation d'égalisation envers son conjoint et qu'il ou elle souhaite régler sa dette d'égalisation à même ses droits en vertu du régime de retraite, la loi devrait prévoir que le mécanisme de règlement immédiat de partage s'applique, selon lequel le participant pourrait exiger que l'administrateur du régime transfère, à partir de la caisse de retraite de son régime, une part proportionnelle de la valeur de rachat du régime à la date de la séparation à :
 - (a) la caisse de retraite du régime auquel adhère son conjoint non participant, si l'administrateur de ce régime y consent;
 - (b) un arrangement d'épargne-retraite du type prescrit aux fins de l'alinéa 42(1)(b) de la *Loi sur les régimes de retraite*;
 - (c) la caisse de retraite du régime du participant (c'est-à-dire afin de porter au crédit du compte du conjoint non participant), si l'administrateur de ce régime y consent; ou
 - (d) dans l'éventualité où le gouvernement juge qu'il est approprié de constituer une caisse de retraite provinciale, cette dite caisse (voir la Recommandation 10, ci-après).

Lorsque le montant qui serait autrement transféré excède la dette d'égalisation du participant, ce dit montant serait réduit au montant de la dette d'égalisation. Si le montant à être transféré est moins élevé que la dette d'égalisation du participant, ce dernier ou cette dernière demeurerait responsable de la différence.

Dans certaines circonstances, le MRD serait possible, comme cela est mentionné aux recommandations 6 et 7.

5. Lorsque le mécanisme de règlement immédiat s'applique, la part proportionnelle du conjoint non participant serait calculée selon la formule suivante :

$$\frac{1}{2} \times A/B \times VR$$

A représente le service validable accumulé durant le mariage des parties; B, le service validable du participant; et VR, la valeur de rachat à la date de la séparation.

6. Si, à la date de la séparation, le conjoint participant est à dix ans ou moins de la date normale de la retraite selon le régime, les parties pourraient convenir, à titre d'alternative à un règlement faisant appel au MRI, de partager le droit du participant à des prestations entre le participant et le conjoint non participant de façon à ce que chacun ait le droit de recevoir des prestations distinctes. Le conjoint non participant deviendrait alors quasi-participant au régime et il aurait la faculté de faire valoir ses droits selon le régime ainsi que le droit de recevoir directement de l'administrateur du régime des renseignements au sujet du régime de retraite du participant et de sa propre part dans ce régime.

De façon générale, le conjoint non participant commencerait à recevoir des prestations à la retraite du participant, soit, lorsque le participant commence à recevoir des prestations; mais, lorsque le participant ne prend pas sa retraite à la date normale de la retraite selon le régime, le conjoint non participant aurait l'option de recevoir ses prestations à la date normale de la retraite du participant.

Dans les cas où le conjoint non participant commence à recevoir ses prestations en même temps que le participant, les états de service du participant seraient partagés selon la formule suivante :

$$\frac{1}{2} \times A/B$$

A représente le service validable accumulé durant le mariage des parties et B, le service validable total du participant à la retraite. Les prestations du participant seraient calculées à l'aide de la formule de calcul des prestations prévue au régime et des états de service tels que réduits. Pour déterminer le montant des prestations du conjoint non participant, un calcul initial serait effectué à l'aide de la formule de calcul des prestations prévue au régime et des états de service qui lui auront été transférés. Ce montant serait ensuite rajusté pour s'assurer que la valeur actualisée actuarielle de ses prestations, une fois ajoutée à la valeur actualisée actuarielle des prestations du participant, équivaut à la valeur actualisée actuarielle des prestations totales du participant avant le rajustement.

Lorsque le participant ne prend pas sa retraite ou qu'il ne commence pas autrement à recevoir ses prestations à la date normale de la retraite selon le régime et que le conjoint non participant choisit de commencer à recevoir ses prestations sans plus tarder, ces dernières seraient basées sur le montant accumulé au régime de retraite calculé à la date normale de la retraite à l'aide de la formule suivante :

$$\frac{1}{2} \times A/C$$

A représente le service validable accumulé durant le mariage des parties et C, le service validable du participant à la date normale de la retraite. Un rajustement actuariel pourrait être effectué pour tenir compte de l'âge du conjoint non participant. À la retraite du participant, il recevrait des prestations en fonction de la formule de calcul des prestations du régime, calculées à la date réelle de la retraite, moins le montant des prestations payables au conjoint non participant.

Lorsque l'option de MRD est choisie, aucune rente de survivant ne serait liée aux prestations du conjoint non participant.

Le choix de l'option de MRD (et tout choix par le conjoint non participant de recevoir ses prestations avant la retraite du participant) serait effectué à l'aide des formulaires prescrits par règlement ou autrement autorisés par le gouvernement. Les administrateurs de régime ne seraient pas responsables des pertes résultant d'un de leurs actes de bonne foi posés sur la foi du formulaire qu'on leur aurait soumis. Ils pourraient également réclamer des frais pour compenser les coûts initiaux et permanents qu'ils encourraient en conséquence du choix de ces options.

Une loi prévoirait que, lorsqu'une telle option est choisie, l'obligation d'égalisation du participant, dans la mesure où elle est basée sur la valeur des prestations, serait réputée avoir été satisfaite (c.-à-d., même si le montant total ultimement versé au conjoint non participant était moins élevé que la dette d'égalisation du participant). Elle devrait également prévoir que la succession du conjoint non participant ne détiendrait aucune dette envers le participant ni envers sa succession si le montant total ultimement versé au conjoint non participant excédait la dette d'égalisation du participant.

7. Lorsque le participant est à plus de dix ans de la date normale de la retraite, les parties pourraient choisir l'option de MRD si l'administrateur du régime y consent.
8. Les recommandations 4 à 7 s'appliquent à :
 - (a) un régime de retraite à prestations déterminées autre que toute catégorie de régime à prestations déterminées prescrite par règlement;
 - (b) sous réserve des règlements, tout régime mixte, pourvu qu'il prévoit des prestations déterminées;
 Et ce, si des prestations ne sont pas versées et que :
 - (c) le régime est enregistré selon la *Loi sur les régimes de retraite* ou que les dispositions de fond de cette Loi s'appliquent à lui;
 - (d) le régime est enregistré selon la *Loi de 1985 sur les normes de prestations de pension* fédérale;
 - (e) le régime n'est pas enregistré selon la *Loi sur les régimes de retraite*, mais il est complémentaire à un régime ainsi enregistré et
 - (i) il prévoit l'accumulation des prestations de retraite de manière graduelle et uniforme, et
 - (ii) ni la formule relative aux cotisations de l'employeur à la caisse de retraite du régime ni les prestations de retraite versées ne sont à la discrétion de l'employeur; ou
 - (f) le régime fait partie d'une autre catégorie de régime à prestations déterminées prescrite.
9. L'option de MRI discutée aux recommandations 4 et 5 devrait également être offerte lorsqu'un conjoint adhère à un régime à cotisations déterminées, mais non l'option de MRD.

10. L'Ontario devrait considérer la création d'une caisse de retraite où les conjoints non participants ayant droit à un transfert à la suite du partage d'un régime de retraite (voir la recommandation 4 ci-dessus) pourraient placer le montant transféré. Le régime pourrait également recevoir les transferts des régimes de retraite souhaitant se départir de leurs « participants introuvables ». Le régime serait une caisse de retraite avec accumulation de capital, c.-à-d., les prestations ultimement versées au bénéficiaire seraient basées sur le montant originellement versé à la caisse de retraite plus le rendement du placement de ce montant par la caisse de retraite.
11. Un règlement se conformant à la réglementation relative au MRI ou au MRD devrait être présumé conforme à la règle des 50 pour cent.
12. L'Ontario devrait édicter une loi permettant aux parties de renoncer au droit de partager les crédits du RPC.
13. Lorsqu'une union de fait prend fin et que l'un des conjoints ou les deux adhèrent à un régime de retraite à prestations déterminées, ils pourraient convenir que ce ou ces régimes de retraite soient partagés selon le mécanisme décrit aux Recommandations 4 à 8.

NOTES DE FIN DE TEXTE

1. L.R.O. 1990, c. F.3.
2. CRDO, ministère du Procureur général, Toronto, 1995.
3. Les renvois sont à la loi en date du 31 octobre 2008.
4. L.R.C. 1985, c. C.8. Le RPC, bien entendu, est une loi fédérale; toutefois l'article 55.2 du RPC autorise les provinces à adopter une loi permettant aux parties de se soustraire par contrat aux dispositions du RPC relatives au partage des gains qui s'appliquent par ailleurs en cas d'échec de la relation conjugale. L'Ontario, toutefois, n'a pas adopté une telle loi. Cette question est analysée plus en profondeur ci-dessous à la rubrique V (« Autres questions »).
5. Voir Ari N. Kaplan, *Pension Law*, Irwin Law, Toronto, 2006, aux pp. 96 et 97.
6. À titre d'exemples de telles lois, il y a la *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.O. 1990, c. T.1 et la Loi de 2006 sur le régime de retraite des employés municipaux de l'Ontario, L.O. 2006, c. 2. À proprement parler, les régimes en question ont été « prorogés » par ces lois, puisque les régimes avaient été établis aux termes des lois qu'elles ont remplacées.
7. *Observations faites par l'Institut canadien des actuaires à la Commission d'experts en régimes de retraite de l'Ontario* (2007), aux pp. 6 et 7.
8. Par exemple, l'employeur pourrait devenir insolvable, ainsi que l'observe Keith Ambachtsheer dans sa publication intitulée « Cleaning Up The Pension Mess: Why it will take more than money » figurant dans le document d'information N° 78 (Institut C.D.Howe, Toronto, 2004), aux pp. 2 et 3. Si l'insolvabilité se produit au moment où les éléments d'actif du régime ne suffisent pas à financer les obligations au titre des prestations, il se peut que les prestations des employés soient réduites, et ce, de façon peut-être considérable. (Voir l'analyse ci-dessous, sous le titre « Liquidation de régimes de retraite ».)
9. Bien entendu, habituellement les années des gains les plus élevés seront les dernières années de l'employé auprès de l'employeur, quoique ceci ne soit pas toujours le cas.
10. Jack Patterson, *Pension Division and Valuation: Family Lawyers Guide* (2nd ed.), Canada Law Book Inc., Aurora, 1995, à la p. 65.
11. Kaplan, note 5, à la p. 100.
12. Ce dernier type de régime mixte est parfois désigné comme un régime à double volet (CRDO, note 2, à la p. 13) ou régime composé (Richard Shillington, *Occupational Pension Plan Coverage in Ontario*, rapport statistique préparé pour la Commission d'experts en régimes de retraite de l'Ontario, Infometrica Limited, 2007, à la p. 8).
13. Kaplan, note 5, à la p. 102.
14. Shillington, note 12, à la p. 14. Il n'est pas clair que si ces chiffres excluent uniquement les employés de l'Ontario qui relèvent de la compétence fédérale ou s'ils excluent également les employés de l'Ontario qui adhèrent à des régimes de retraite enregistrés en vertu des lois d'autres provinces.
15. Shillington, note 12, aux pp. 14 et 15.
16. Selon des chiffres de 2004, plus de 80 % des personnes qui adhéraient à un régime de retraite faisaient partie d'un régime à prestations déterminées; voir Kaplan, note 5, à la p. 3.
17. Shillington, note 12, à la p. 31, cite des chiffres indiquant qu'en 1997 il y avait 1 112 000 participants à des régimes à prestations déterminées, 147 000 à des régimes à cotisations déterminées et 77 000 à des régimes combinés, tandis que les chiffres correspondants en 2006 totalisaient 1 352 000, 268 000 et 102 000.
18. Shillington, note 12, à la p. 3. Les chiffres fournis visent l'année 2006.
19. Selon Shillington (note 12, à la p. 3), il y avait 955 000 hommes et 469 000 femmes qui adhéraient à des régimes de retraite relevant de la compétence de l'Ontario en 1985.
20. Shillington, note 12, aux pp. 10 à 12.
21. Voir Lynn MacDonald, « La retraite selon le sexe : Le bien-être des femmes et la "nouvelle" retraite » dans *Les nouvelles frontières de recherche au sujet de la retraite* sous la direction de Leroy O. Stone, Statistique Canada, Ottawa, 2006, à la p. 157.
22. Voir Monica Townson, « Les répercussions de l'emploi précaire sur la sécurité financière à la retraite » dans l'ouvrage publié sous la direction de Stone, note 21, à la p. 364.
23. Les employés à temps partiel peuvent se trouver dans une meilleure posture que les autres travailleurs non traditionnels en raison des protections législatives qui s'appliquent lorsque l'employeur offre un régime de retraite qui vise les employés à temps plein; toutefois, comme l'observe M^{me} Townson, ces protections ne sont d'aucune utilité lorsque l'employeur n'offre aucun régime de retraite : Townson, note 22, à la p. 373.
24. Shillington (note 12, à la p. 45) qui cite des chiffres de l'Agence du revenu du Canada indiquant que le revenu de retraite moyen déclaré en 2004 pour les personnes âgées d'au moins 65 ans était de 18 531 \$ pour les hommes et de 11 237 \$ pour les femmes.
25. 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).
26. Kaplan, note 5, à la p. 20.
27. Certains régimes de retraite relevant de la compétence de l'Ontario sont soustraits à l'application de la LRR.
28. L.R.O. 1990, c. P.8.
29. L.R.C. 1985, c. 32 (2^e suppl.). Il est intéressant d'observer que l'article 31 de la LNPP prévoit que la loi sur les prestations de retraite provinciale est réputée s'appliquer aux régimes en vertu de la LNPP pour ce qui est du versement de prestations et de la désignation des bénéficiaires lorsque la loi provinciale n'est pas incompatible avec la LNPP. Il a été soutenu que cette disposition rend applicable aux prestations d'un régime de retraite réglementé sur le plan fédéral la législation provinciale permettant la saisie de prestations de retraite pour faire valoir des arrérages de pension alimentaire, et ce, mal-

gré l'absence de dispositions en matière de saisie dans la LNPP en soi : *Yellow v. Yellow*, [1996] B.C.J. No. 904; 134 D.L.R. (4th) 657; [1996] 7 W.W.R. 96; 74 B.C.A.C. 284; 19 B.C.L.R. (3d) 322; 12 C.C.P.B. 1; 62 A.C.W.S. (3d) 750 (B.C.C.A.). En outre, l'article 25 de la LNPP fait généralement en sorte que les régimes réglementés sur le plan fédéral soient assujettis aux lois provinciales sur les biens familiaux. En dépit de ces dispositions, il semble que certains administrateurs de régimes réglementés sur le plan fédéral refusent de suivre la loi provinciale : voir Thomas G. Anderson, « Pensions » dans le cadre du Colloque national sur le droit de la famille 2006 de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, à la p. 5.

30. Voir les paragraphes 4(4) à (6) de la LNPP ainsi que l'article 4 du *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension* (D.O.R.S./87-19) et l'Annexe I du *Règlement*. Les pensions pour les fonctionnaires publics fédéraux sont prévues en vertu de la *Loi sur la pension de la fonction publique* (L.R.C. 1985, c. P-36). Il existe certaines autres lois qui prévoient des régimes de retraite pour des personnes qu'on pourrait généralement qualifier d'employés du gouvernement fédéral, par exemple la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* (L.R.C. 1985, c. R-11).
 31. R.R.O. 1990, *Règlement 909*.
 32. L'Île-du-Prince-Édouard a adopté une loi sur les prestations de retraite (intitulée *Pension Benefits Act*, S.P.E.I. 1990, c. 41); toutefois la loi n'a pas encore été proclamée en vigueur.
 33. Bizarrement, malgré l'entente conclue en 1970, il semble n'y avoir aucune disposition de dispense correspondante pour les régimes dont une majorité des participants relève de la compétence fédérale.
 34. Voir Kaplan, note 5, à la p. 116. Au mois de juillet 1993, l'Association canadienne des organismes de contrôle des régimes de retraite (ACOR) a publié un *projet d'accord multilatéral* (lequel a ultérieurement été révisé) aux termes duquel la loi encadrant les régimes de retraite du territoire d'enregistrement régirait toutes les questions se rapportant aux régimes de retraite à la fois pour les employés dans le territoire et ceux à l'extérieur; voir Ian J. McSweeney, « Pension and Plan Member Relations » dans *Pension and Plan Member Relations* (Onglet 1), Emond Montgomery, 1997, à la p. 9. Toutefois, des préoccupations ont été soulevées au sujet du projet et plus de quinze ans plus tard les efforts visant à remplacer les ententes de réciprocité se poursuivent. Le 21 octobre 2008, l'ACOR a publié un document de consultation intitulé *Projet d'accord sur les régimes de retraite relevant de plus d'une autorité gouvernementale*; le projet d'accord ferait en sorte que les « matières qui intéressent le régime » (les matières touchant le régime dans son intégralité, par exemple le financement et l'enregistrement) soient réglementées par le territoire visant une majorité des participants au régime tandis que les règles du territoire du participant individuel régiraient les « matières liées aux droits » (les questions se rapportant aux droits des participants, telles que l'acquisition et l'attribution de l'excédent). Si le projet est adopté, il correspondrait ainsi à ce qui, dans toute éventua-
- lité, semble être la position juridique vraisemblable. Un accord multilatéral serait hypothétiquement mis en œuvre en vertu de l'article 93 de la LRR, qui prévoit que le ministre des Finances peut conclure des accords avec des autorités dans les autres territoires qui sont « prescrits » et qui portent sur l'application de la LRR et de la loi de l'autre territoire à des « régimes de retraite à lois d'application multiples » et au contrôle et à la réglementation de ces régimes. Lorsqu'un accord de ce genre le précise, le paragraphe 95(5) prévoit que la loi d'un territoire s'applique à l'exclusion de l'autre dans la mesure précisée dans l'accord.
 35. L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.).
 36. Voir les alinéas 6 et 7 du paragraphe 47(3) du *Règlement d'application* de la LRR.
 37. Kaplan, note 5, à la p. 127.
 38. Kaplan, note 5, à la p. 30.
 39. Article 35.
 40. À vrai dire, le *Code des droits de la personne* (L.R.O. 1990, c. H.19) interdit la retraite obligatoire, sous réserve de certaines exceptions.
 41. Kaplan, note 5, à la p. 281.
 42. LRR, art. 41.
 43. L'article 41 prévoit que la valeur de rachat de la prestation de retraite anticipée ne doit pas être inférieure à la valeur de rachat de la prestation de retraite qui aurait été payable à la date normale de retraite; en d'autres mots, la prestation de retraite anticipée doit au moins correspondre sur le plan actuariel à la prestation à la date normale de retraite.
 44. Par exemple, lorsqu'une pleine réduction actuarielle est imposée, une personne qui prend sa retraite à l'âge de 60 ans plutôt qu'à l'âge de 65 ans subirait une diminution d'environ 35 % (compte non tenu de l'incidence des états de service abandonnés et des augmentations possibles de la rémunération qui auraient été ou pourraient avoir été gagnées au cours des cinq années supplémentaires). Voir Jennifer Greehan, *Morneau Sobeco Handbook of Canadian Pension and Benefit Plans*, 12th ed., CCH Canadian Limited, 2002, aux pp. 38 et 39.
 45. Kaplan, note 5, à la p. 283.
 46. LRR, art. 36 et 37. Il y a lieu d'observer que, même si la LRR ne l'énonce pas expressément, les règles relatives à l'acquisition figurant aux articles 36 et 37 s'appliquent uniquement à l'égard de la prestation de retraite de base et non aux « avantages complémentaires » qui peuvent être offerts aux termes d'un régime de retraite en sus des prestations maximales exigées aux termes de la LRR, par exemple les prestations d'invalidité, les prestations de retraite anticipée sans réduction et les autres prestations énumérées à l'article 40. Pour ce qui est des avantages complémentaires, ils ne sont acquis que lorsque l'employé respecte les conditions d'admissibilité énoncées dans le régime. Voir Kaplan, note 5, à la p. 269.

47. LRR, paragraphe 63(1).
48. LRR, paragraphes 67(1) et (2).
49. Le paragraphe 50(2) crée une exception limitée à cette règle pour les employés dont les droits aux termes d'un régime de retraite enregistré avant 1988 sont devenus acquis en vertu des règles relatives à l'acquisition antérieure à 1987 en permettant à l'employé de retirer 25 pour cent de la valeur de rachat de la prestation différée sous forme de paiement immédiat en espèces.
50. LRR, art. 42.
51. LRR, art. 49 et art. 51.1 du *Règlement d'application* de la LRR.
52. L'Agence du revenu du Canada indique sur son site Internet que le montant du MGAP pour 2008 s'élève à 44 900 \$. Deux pour cent de ce montant correspondrait à 898 \$, soit environ 75 \$ par mois.
53. LRR, art. 50.
54. Kaplan, note 5, à la p. 248.
55. L'article 51 de la LDF définit un « contrat familial » de la manière suivante :
- ...un contrat de mariage, accord de séparation, accord de cohabitation, accord de paternité ou convention d'arbitrage familial.
- Un « contrat de mariage » est, pour l'essentiel, défini à l'article 52 comme un accord conclu entre des personnes qui sont mariées ou qui ont l'intention de se marier :
- ...afin de convenir de leurs obligations et droits respectifs dans le cadre du mariage ou lors de leur séparation, de l'annulation ou de la dissolution du mariage, ou du décès, y compris :
- a) la propriété ou le partage de biens;
 - b) les obligations alimentaires;
 - c) le droit de diriger l'éducation et la formation morale de leurs enfants, mais non le droit de garde ou de visite;
 - d) toute autre question relative au règlement de leurs affaires.
- L'article 54 fait état d'un « accord de séparation » comme étant un accord conclu entre deux personnes qui cohabitaient et vivent séparées de corps :
- ...afin de convenir de leurs obligations et droits respectifs, y compris :
- a) la propriété ou le partage de biens;
 - b) les obligations alimentaires;
 - c) le droit de diriger l'éducation et la formation morale de leurs enfants;
 - d) le droit de garde et de visite de leurs enfants;
 - e) toute autre question relative au règlement de leurs affaires.
56. Voir *Trick c. Trick* (2006), 81 O. R. (3d) 241 (C.A.O.).
57. Voir l'article 56 du *Règlement d'application* de la LRR.
58. Anderson, note 29, à la p. 28.
59. CRDO, note 2, aux pp. 43 et 44.
60. Ceci semblerait être le cas même si le participant s'est remarié et si le conjoint subséquent n'a pas renoncé à son droit; voir la note 201.
61. Article 44.
62. Le paragraphe 44(2) prévoit que la valeur de rachat d'une pension réversible ne peut être moindre que la valeur de rachat de la pension qui aurait été payable au participant à titre de prestation viagère sur une tête seulement.
63. Patterson, note 10, à la p. 44.
64. L'article 44 de la LRR prévoit que :
- [l]e montant de la pension payable au survivant soit de l'ancien participant soit de son conjoint n'est pas moindre que 60 pour cent de la pension payée à l'ancien participant pendant la vie commune de celui-ci et de son conjoint.
- Même si ce libellé semble suggérer que la prestation puisse être ramenée au niveau des 60 pour cent si le conjoint décède avant l'ancien participant, l'hypothèse générale semble avoir été que la réduction n'a lieu que lorsque l'ancien participant décède avant le conjoint. Voir, par exemple, David MacFarlane and Ian J. F. McSweeney, *Pension Benefits Law in Ontario*, Thomson Carswell, Toronto, 2003, à la p. PBA-144.11; CRDO, note 2, à la p. 15; site Internet de Pension Valuators of Canada (<http://www.pension.ca/>), *Glossary of Terms*.
65. Ray Henry, « Public Sector Pension Plans: Current Challenges and Future Directions », présentation donnée dans le cadre du programme intitulé *Labor and Worklife Program*, Faculté de droit de Harvard, 27 et 28 octobre 2005.
66. CRDO, note 2, à la p. 19.
67. Kaplan, note 5, à la p. 414. Le paragraphe 14(0.1) du *Règlement d'application* de la LRR prévoit que cette exigence ne s'applique pas lorsque toutes les prestations aux termes d'un régime de retraite constituent des prestations à cotisation déterminée.
68. Kaplan, note 5, aux pp. 412 et 413.
69. La LRR reconnaît deux catégories de régimes de retraite à l'égard desquels l'employé n'est pas tenu, de par la LRR, d'effectuer des cotisations concernant une dette non capitalisée sur le plan de la continuité ou une insuffisance sur le plan de la solvabilité; il s'agit de « régimes de retraite interentreprises » (RRI) et de « régimes de retraite conjoints » (RRC). Un RRI est un régime qui vise les employés de deux ou plusieurs employeurs et qui est établi par voie d'accord, de la loi ou par règlement municipal; si un régime est un RRI, il doit être administré par un conseil de fiduciaires dont au moins la moitié est composée de représentants des participants. Un RRC pourrait être un régime qui vise les employés de deux ou plusieurs employeurs, mais il pourrait également s'agir d'un régime à employeur unique. Pour être admissible en tant que RRC, le régime doit, entre autres, être contributif et procurer des prestations déterminées, il doit être soumis à une prise de décisions conjointe par l'employeur ou les employeurs et les participants au régime ou leurs représentants concernant les modalités et l'administration du régime et il doit exiger que les cotisations à l'égard de toute dette non capitalisée sur le plan de la continuité ou toute insuffisance en matière

- de solvabilité soient fournies par les participants au régime. (Pour ce qui est des autres régimes de retraite, cette dernière responsabilité serait imposée à l'employeur ou aux employeurs.) Un RRI peut être modifié afin de réduire les prestations; un RRC, à l'instar des autres régimes de retraite, ne peut être modifié sauf en cas de liquidation (situation qui fait l'objet d'une analyse ci-dessous). Voir Kaplan, note 5, aux pp. 96 à 98, 319 et 320 et 323 et 324, les paragraphes 8(1) et (2), l'alinéa 8(1)e) et les articles 14 et 77 de la LRR ainsi que l'article 3.1 du *Règlement d'application* de la LRR.
70. Kaplan, note 5, aux pp. 417 et 418.
 71. Kaplan, note 5, à la p. 268.
 72. Voir Kaplan, note 5, à la p. 580 et aux pp. 582 et 583 et les articles 10 et 10.1 du *Règlement d'application* de la LRR.
 73. Kaplan, note 5, à la p. 407.
 74. Kaplan, note 5, à la p. 410.
 75. Le Surintendant est le chef de la direction de la Commission des services financiers de l'Ontario. Voir l'article 5 de la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, L.O. 1997, c. 28.
 76. Kaplan, note 5, à la p. 504.
 77. Voir l'article 69 de la LRR.
 78. Kaplan, note 5, à la p. 511.
 79. Voir l'alinéa 74(1)b) de la LRR. Sous réserve de certaines exceptions, leurs prestations sont également immobilisées; voir Kaplan, note 5, à la p. 533.
 80. En cas de cessation d'emploi d'un particulier, le droit à une prestation immédiate ferait en sorte que les options en matière de transférabilité ne soient pas disponibles. Même en cas de liquidation, toutefois, les options en matière de transférabilité ne sont pas disponibles à une personne qui touche déjà une prestation. Voir Kaplan, note 5, aux pp. 533 et 534 et paragraphes 42(3) et 73(2) de la LRR.
 81. Kaplan, note 5, aux pp. 535 et 536. Il y a lieu de noter, toutefois, que le montant de la prestation est néanmoins fondé sur le nombre d'années réelles de service à la date de liquidation.
 82. Kaplan, note 5, aux pp. 536 et 537.
 83. Paragraphe 79(4).
 84. Alinéa 8(1)b) du *Règlement d'application* de la LRR. (Le paragraphe 8(3) du règlement prévoit que cette disposition cesse de s'appliquer après 2009; toutefois, les versions antérieures du paragraphe prévoyaient des dates « d'échéance » antérieures. En date du présent rapport, la possibilité de prorogation de nouveau de la durée d'application par le gouvernement était inconnue.) Ce qui est jugé approprié est décidé par le Surintendant; en règle générale, il a été jugé que les deux tiers de la catégorie était approprié, mais la décision est prise au cas par cas et il est possible qu'une proportion moindre soit jugée appropriée dans un cas déterminé. Voir Kaplan, note 5, à la p. 579.
 85. LRR, article 77.
 86. Kaplan, note 5, à la p. 545.
 87. LRR, article 85, paragraphe 3.
 88. LRR, article 85, paragraphes 4 et 5 et Kaplan, note 5, à la p. 549. Pour une explication des RRI et des RRC, voir la note 69.
 89. Préambule de la LDF.
 90. LDF, paragraphe 5(7).
 91. L'article 4 de la LDF définit la « date d'évaluation » comme étant la première des dates suivantes : la date de la séparation, celle du divorce, celle de l'annulation du mariage, celle à laquelle un des conjoints introduit une requête pour dilapidation des biens familiaux selon le paragraphe 5(3) ou le jour précédant la date du décès d'un des conjoints.
 92. Voir la définition de « biens familiaux nets » au paragraphe 4(1) de la LDF.
 93. LDF, paragraphe 4(5).
 94. Voir, à titre d'exemple, l'article 56 de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, chapitre 128.
 95. Voir *Boileau c. Boileau*, [2003] O. J. No. 607 (C.S.); *LeVan c. LeVan* (2008), 90 O.R. (3d) 1 (C.A.O.).
 96. Berend Hovius et Timothy G. Youdan, *The Law of Family Property*, Carswell, Scarborough, 1991, à la p. 202.
 97. L.R.O. 1980, c. 152.
 98. Hovius et Youdan, note 96, aux pp. 199 à 201.
 99. LDF, paragraphe 4(1). La définition comprend des biens sur lesquels un conjoint possède un pouvoir de désignation qu'il peut exercer en faveur de lui-même ainsi que des biens aliénés par un conjoint mais sur lesquels il possède le pouvoir de révoquer l'aliénation ou celui de consommer les biens. À vrai dire, le conjoint qui possède un tel pouvoir n'est pas propriétaire du bien, mais possède manifestement un contrôle sur celui-ci et l'inclusion de tels biens constitue une mesure anti-évitement nécessaire. Voir Hovius et Youdan, note 96, à la p. 267.
 100. Voir l'alinéa c) de la définition de « bien » au paragraphe 4(1) de la LDF. Dans les lois de quatre autres provinces, les définitions de « biens familiaux » ou des expressions semblables font mention expresse des droits en vertu d'un régime de retraite; les provinces en question sont la Colombie-Britannique (*Family Relations Act*, note 94, art. 58); le Manitoba (*Loi sur les biens matrimoniaux*, C.P.L.M. c. M25, art. 1); l'Île-du-Prince-Édouard (*Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, F.-2.1, art. 4); et le Québec (*Code civil du Québec*, L.Q., 1991, c. 64, a. 415). Dans les cinq autres provinces, les tribunaux ont statué que les régimes de retraite constituent des biens familiaux en dépit de l'absence d'une mention les incluant dans la loi pertinente; il s'agit des provinces de l'Alberta (voir *Herchuk c. Herchuk* (1983), 35 R.F.L. (2d) 327 [Alta.C.A.]); le Nouveau-Brunswick (voir *Schwartz c. Schwartz* (1997), 188 N.B.R. (2d) 86 (C.A.N.B.); *Miller c. Miller*, (2003), 259 N.B.R. (2d) 132 (C.A.N.B.); Terre-Neuve et Labrador (voir *Hierlihy c. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142; 142 A.P.R. 142 (Nfld.C.A.); la Nouvelle-Écosse (voir *Clarke c. Clarke* (1990), 73 D.L.R. (4th) 1 [C.S.C.]) et la Saskatchewan (voir *Tataryn c. Tataryn*, [1984] S.J. No. 205, 6 D.L.R. (4th) 77 [Sask.C.A.]).

101. Voir la définition de « conjoint » au paragraphe 1(1) de la LDF. La définition crée une exception à l'obligation d'un mariage légal lorsqu'une personne a, de bonne foi, contracté un mariage nul de nullité relative ou absolue. Le paragraphe 1(2) prévoit que le renvoi au « mariage » dans la définition du paragraphe 1(1) comprend un mariage polygamique s'il a été célébré dans une compétence où la polygamie est reconnue par le régime juridique.
102. Le paragraphe 1(1) de la LRR définit un « conjoint » de la manière suivante :
- ...L'une ou l'autre de deux personnes qui, selon le cas :
- a) sont mariées ensemble;
 - b) ne sont pas mariées ensemble et qui vivent ensemble dans une union conjugale :
 - (i) soit de façon continue depuis au moins trois ans,
 - (ii) soit dans une relation d'une certaine permanence, si elles sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant...
103. Voir la définition de « conjoint » à l'article 29 de la LDF, qui s'applique aux fins de la partie III, qui traite des obligations alimentaires, ainsi que les dispositions sur l'« accord de cohabitation » à la partie IV.
104. Seules deux provinces visent ce qu'il est convenu d'appeler les « conjoints de fait » dans le cadre de leur loi sur les biens familiaux, soit le Manitoba (voir la *Loi sur les biens matrimoniaux* (note 100), par. 2.1(1)) et la Saskatchewan (voir la définition de « spouse » au par. 2(1) de la loi intitulée *The Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3). Toutefois, alors que les règles du Québec concernant les biens matrimoniaux ne s'appliquent pas aux conjoints de fait, elles s'appliquent aux personnes qui ont contracté une « union civile ». (voir l'article 521.6 du *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, c. 64). Avant la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] J.C.S. N° 84, [2002] 4 R.C.S. 325; 221 D.L.R. (4th) 1, 32 R.F.L. (5th) 81, certains avaient prétendu que l'exclusion des soi-disant « conjoints de fait » était inconstitutionnelle puisqu'elle était contraire aux dispositions sur l'égalité des droits prévues dans la *Charte canadienne des droits et libertés (Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B à la loi intitulée Canada Act 1982 (R.-U.), 1982, c. 11)*; voir, par exemple, Gary S. Joseph, *Section 15 of the Charter—Equality Rights and Marital Status Discrimination: Rights of the Unmarried Cohabitant Upon Breakdown of the Relationship* (1990) 26 R.F.L. (3d) 235. Toutefois, dans l'arrêt *Walsh*, cette prétention a été rejetée. Il y a lieu d'observer qu'un conjoint de fait peut néanmoins disposer d'une réclamation en partage des biens en vertu de la loi générale portant sur l'enrichissement sans cause : voir Barbro E. Stalbecker-Pountney et Winifred H. Holland, *Cohabitation: The Law in Canada*, Carswell, Toronto, 1990, aux pp. 2 à 6 et *Bigelow c. Bigelow*, [1995] O. J. No. 2395 (C.A.O.) où une fiducie par interprétation a été imposée à l'égard d'un régime de retraite. Toutefois, d'aucuns considèrent que la loi sur l'enrichissement sans cause ne fournit pas une mesure de redressement convenable (voir la dissidence de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Walsh*, aux par. 164 à 169), et, de toute façon, elle ne procure pas un droit dans chaque instance où des conjoints de fait, dont un est participant à un régime de retraite, se séparent. (Pour un exemple d'une instance où le tribunal a statué qu'il n'y avait aucun enrichissement sans cause et où, en conséquence, il a refusé d'imposer une fiducie par interprétation sur le droit à pension d'un conjoint de fait, se reporter à la décision *Janakowski c. Janakowski*, [2000] O. J. No. 2650 (C.S.O.).)
105. Voir la note 55 pour les définitions des expressions « contrat familial », « contrat de mariage » et « accord de séparation ».
106. LDF, paragraphes 2(10) et 52(2).
107. Voir l'alinéa 1 du paragraphe 4(2) de la LDF.
108. Voir l'alinéa b) de la définition de « biens familiaux nets » au paragraphe 4(1) de la LDF.
109. LDF, alinéa 5(6)a).
110. LDF, alinéa 5(6)b).
111. LDF, alinéa 5(6)f).
112. LDF, alinéa 5(6)e). Un exemple où ce motif pourrait s'appliquer se produirait dans le cas d'une relation de courte durée où un conjoint était propriétaire avant le mariage de ce qui est devenu le foyer conjugal, étant donné que la valeur d'un bien acquis par un conjoint avant le mariage qui devient un foyer conjugal, contrairement aux autres biens antérieurs au mariage, ne peut être déduite dans le calcul des biens nets familiaux du conjoint; voir Hovius et Youdan, note 96, à la p. 422. Hovius et Youdan relèvent également que l'alinéa 5(6)e) fait mention de la « période de cohabitation » plutôt que de la « période du mariage », ce qui suggère que l'intégralité de la durée de cohabitation des deux parties serait prise en compte afin d'établir si le droit établi par la présomption serait excessivement considérable.
113. LDF, alinéa 5(6)h).
114. Il a été suggéré qu'il pourrait être indiqué qu'un tribunal attribue un montant supérieur ou inférieur à la moitié de la différence entre les biens nets familiaux des conjoints lorsqu'un élément d'actif qui appartient à l'un des conjoints subit une augmentation ou diminution dramatique de sa valeur peu de temps après la date d'évaluation; voir Hovius et Youdan, note 96, aux pp. 446 et 447. Toutefois, il semble peu vraisemblable que les tribunaux rendent une telle ordonnance lorsque l'évolution de la valeur ne peut être attribuée aux agissements du conjoint qui en est propriétaire; voir *Serra c. Serra*, [2007] O. J. No. 446, 36 R.F.L. (6th) 66 (C.S.J.O.); *LeVan c. LeVan*, note 95.
115. LDF, paragraphe 5(2); Hovius et Youdan, note 96, à la p. 539.
116. L.R.O. 1990, c. S.26.
117. LRDS, article 45.
118. Règl. Ont. 54/95, art. 1.
119. LRDS, art. 46.
120. LDF, paragraphe 6(6).
121. L'inclusion explicite des droits en vertu d'un régime de retraite dans la définition de « bien » de la LDF peut être mise

- en parallèle avec la situation qui existait selon l'ancienne FLRA, où les droits en vertu d'un régime de retraite n'apparaissent pas à la définition de « biens familiaux » et où les tribunaux avaient conclu qu'ils n'étaient pas soumis aux dispositions de la FLRA exigeant le partage égal de ces biens. [Voir, à titre d'exemple, *St. Germain c. St. Germain* (1980), 14 R.F.L. (2d) 186 (C.A. de l'Ont.)]. La validité de la jurisprudence relative à la façon dont ce sujet était traité à la FLRA peut toutefois être sérieusement mise en doute compte tenu de la décision subséquente de la Cour suprême du Canada dans *Clarke c. Clarke* (1990), note 100, selon laquelle un droit relatif à un régime de retraite constitue un « bien matrimonial » au sens des lois de la famille de la Nouvelle-Écosse, même si ces lois ne traitent pas directement de régimes de retraite.
122. Voir, à titre d'exemple, *Nix c. Nix* (1987), 11 R.F.L. (3d) 9 (H.C. de l'Ont.)
 123. James MacDonald et Ann Wilton, *The 2008 Annotated Ontario Family Law Act*, Thomson Carswell, 2007, p. 71. Voir, à titre d'exemple, *Ward c. Ward* (1988), 13 R.F.L. (3d) 173 (H.C. de l'Ont.), *Flynn c. Flynn* (1989), 20 R.F.L. (3d) 173, *Bascello c. Bascello* (1995), 26 O.R. (3d) 342, [1995] O. J. No. 2989 (O.C.[G.D.]) et *Green c. Green* (2007), 38 R.F.L. (6th) 378, [2007] O.J. 454 (O.S.C.). De façon intéressante, cette dernière cause laisse entendre que qualifier de « biens » des droits non acquis peut encore être de grande importance malgré la durée relativement restreinte d'acquisition des droits pour les états de service postérieurs à 1986 prévue à la LRR, puisque l'arrêt *Green* traitait d'un régime supplémentaire de retraite pour les employés contenant des exigences en matière d'acquisition de droits beaucoup plus strictes que celles contenues à la LRR.
 124. Voir Hovius et Youdan, 1991, p. 478, n. 34.
 125. Lorsqu'il y a cessation de l'emploi de l'employé avant l'acquisition, il n'a pas droit à des cotisations de l'employeur mais seulement au remboursement de ses propres cotisations avec intérêt : voir CRDO, note 2, à la p. 107.
 126. Hovius et Youdan, note 96, aux pp. 494 et 495; Ian J. McSweeney et Douglas Rienzo, *Pensions and the Family Law Act: Valuation and Settlement of Pensions and Similar Employee Benefits on Marriage Breakdown*, Barreau du Haut-Canada (Cours d'admission au Barreau), 2005, à la p. 488.
 127. Un expert a suggéré qu'une rente versée en vertu d'un régime à prestations déterminées vaut souvent deux à deux fois et demie les cotisations. Voir Thomas G. Anderson, note 29, p. 32.
 128. Patterson, note 10, p. 21.
 129. Patterson, note 10, pp. 21-22.
 130. Il s'agit généralement d'un actuaire ou d'un autre professionnel avec des antécédents en mathématiques et ayant une formation en évaluation de biens.
 131. *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, au par. 32. Même si la Cour semblait prendre pour hypothèse que les évaluations étaient toujours réalisées par des actuaires, ce n'est pas le cas; ainsi qu'il est mentionné à la note 130, l'évaluateur peut être un autre professionnel avec des antécédents en mathématiques et ayant une formation en évaluation de biens. Il est vrai que l'évaluation de solvabilité d'un régime de retraite à prestations déterminées doit être effectuée par un *Fellow* de l'Institut canadien des actuaires (voir l'article 14 des dispositions générales du *Règlement d'application* de la LRR et la définition d'« actuaire » à l'article 1 du *Règlement*); toutefois, selon le droit de la famille ontarien, on n'exige pas que l'évaluation des droits d'un conjoint en vertu de son régime de retraite soit effectuée par un *Fellow* et, dans les faits, de nombreuses évaluations sont effectuées par des non-actuaires.
 132. Dans certains des arrêts sortis peu de temps après l'entrée en vigueur de la LDF, la méthode d'évaluation des droits dans un régime à prestations déterminées basée sur les cotisations a été choisie, mais les experts semblent être unanimement d'opinion que cette méthode doit être généralement écartée. Voir Hovius et Youdan, note 96, pp. 494-497; McSweeney et Rienzo, note 126, p. 485; Patterson, note 10, p. 58. On pourrait prétendre que la Cour suprême du Canada considère que la méthode de la valeur actualisée doit être préférée dans le cas des régimes de retraite à prestations déterminées en se basant sur la discussion qu'on retrouve sur les différences entre les régimes à cotisations déterminées et les régimes à prestations déterminées aux paragraphes 29 à 33 de sa décision dans l'arrêt *Best c. Best*, [1999] 2 R.C.S. 868 et de son acceptation de la méthode de la cessation d'emploi et de la méthode de la retraite (à titre de solution de rechange dans certains cas), qui sont toutes deux des méthodes relatives à la valeur actualisée.
 133. L'article 56 des dispositions générales du *Règlement d'application* de la LRR prévoit une méthode d'évaluation aux fins de la règle des « 50 pour cent » du paragraphe 51(2) de la LRR. Cependant, bien que cette dernière puisse s'avérer utile afin de savoir comment les exigences en matière d'égalisation doivent être satisfaites lorsque les biens familiaux nets des conjoints sont calculés, elle n'est pas considérée comme la méthode à utiliser pour déterminer la valeur des biens familiaux nets et elle n'a généralement pas été utilisée à ces fins.
 134. Voir, à titre d'exemple, Kaplan, note 5, p. 305.
 135. *Best c. Best*, note 132, parags. 88-93. Lorsqu'elle traite de la possibilité que la méthode de la retraite puisse être parfois utilisée, la Cour semble suggérer qu'il s'agirait de la méthode appropriée lorsque la date probable de la retraite est assez rapprochée de la date à laquelle on procède à l'évaluation, puisque le degré de spéculation serait alors moindre que dans un cas où la retraite devrait théoriquement survenir à une date plus éloignée.
 136. *Humphreys c. Humphreys* (1987), 7 R.F.L. (3d) 113, à la p. 121 (H.C. de J. de l'Ont.)
 137. Il semble s'agir du point retenu par certaines instances judiciaires et d'autres sources citées par Hovius et Youdan, note 96, p. 501.
 138. *Humphreys c. Humphreys*, note 136, à la p. 121.
 139. Le participant peut décéder sans avoir pris sa retraite et avant de recevoir des prestations.

140. Note 123.
141. Ironiquement, le tribunal dans *Bascello* a utilisé la méthode du taux d'intérêt réel même si le cas soumis impliquait un régime du secteur privé qui n'avait pas été indexé. Le raisonnement du tribunal était que le promoteur du régime aurait à financer le régime à un niveau suffisant pour s'assurer d'avoir la faculté de verser les prestations de retraite en fonction des meilleures années de gain des participants au régime. Cependant, comme le note Patterson, note 10, p. 175 et p. 194, l'évaluation actuarielle aux fins de financement du régime n'est pas fondée sur les principes que l'évaluation des droits d'un participant donné en cas d'échec du mariage. Dans ce dernier cas, lorsque les régimes ne sont pas indexés, les actuaires utilisent typiquement un taux d'escompte supérieur, équivalant aux taux du marché, plutôt que le véritable taux d'intérêt, ce qui donne une valeur moins élevée qu'un rabais basé sur les taux d'intérêt réels. Voir Patterson, note 10, p. 173.
142. Patterson, note 10, aux pp. 127 et 128.
143. Le total de son âge et de ses années de service à la date d'évaluation n'atteindrait que 66. Ses années de service étant considérées comme gelées, l'employée n'atteindrait la marque de 90 qu'après l'écoulement de 24 années supplémentaires, date à laquelle elle aurait 69 ans, et dépassé de quatre ans l'âge normal de la retraite.
144. Le total de l'âge de l'employée et de ses années de service à la date d'évaluation donne 66. Si elle continue à travailler jusqu'à l'âge de 57 ans, elle aura alors accumulé 33 années de service et elle respectera le critère de 90.
145. Voir, à titre d'exemple, *Deroo c. Deroo* (1990), 28 R.F.L. (3d) 211 (C.S.O.).
146. Voir, à titre d'exemple, *Weise c. Weise* (1992), 99 D.L.R. (4th) 524, 12 O. R. (23d) 492 (O.C. [G.D.]). Un tel rabais ne sera peut-être pas accordé lorsque l'éventualité d'une cessation d'emploi avant la retraite est considérée peu probable : *Alger c. Alger* (1989), 21 R. F. L. (3d) 211 (C.S.O.).
147. Patterson, note 10, p. 216.
148. Voir James G. McLeod, Annotation to *Best c. Best* (1999) 49 R. F. L. (4th) 10, à la p. 13.
149. Au par. 168. De façon intéressante, dans l'arrêt *Best c. Best*, note 132, par. 43 et 44, la Cour suprême du Canada a désigné la méthode utilisée dans cette affaire comme « méthode de la cessation d'emploi », malgré le fait qu'elle soit consciente qu'elle ne correspondait pas à une méthode de la cessation d'emploi pure.
150. *Norme*, p. 4.
151. *Normes*, par. 4320.22.
152. *Normes*, par. 4330.07.
153. [1995] O. J. No. 4147, 27 O.R. (3d) 255, confirmant [1993] O. J. No. 2093, 15 O. R. (3d) 521.
154. La contradiction apparente entre le choix de la première date à laquelle l'employée aurait droit à des prestations non réduites comme date probable de la retraite et l'évaluation des prestations comme si elles étaient réduites n'a pas été expliquée. La décision a été chaudement critiquée comme « [TRADUCTION] desservant nettement le conjoint non participant » par Catherine D. Aitkin dans « An Overview of the Treatment of Pensions under Ontario Family Law » dans Patterson, note 10, pp. 277 à 355, à la p. 309.
155. James G. McLeod, « Ontario » sous la direction de James J.G. McLeod et Alfred A. Mamo, *Matrimonial Property Law in Canada*, Thomson Carswell, Toronto, 1980, p. O-65.
156. L'expression « date de séparation » est utilisée en l'occurrence afin de faciliter la discussion. Bien entendu, l'expression qui s'impose est « date d'évaluation », ce qui, dans certains cas, pourrait être une date autre que la date de la séparation. Voir la note 91.
157. Voir McLeod, note 148, à la p. 15. Ce point de vue faisait également partie du fondement de la dissidence exprimée par les juges minoritaires dans l'arrêt *Best*, note 132.
158. Note 132, par. 87.
159. Voir, par exemple, *Forster c. Forster* (1987), 38 D. L. R. (4th) 481, 59 O.R. (2d) 609, [1987] O. J. No. 1167 (H.C.J.O.).
160. Voir, par exemple, *Rezler c. Rezler*, [1992] O.J. No. 2438 (O.C. [G.D.]) La Cour dans l'arrêt *Bascello* (note 123) a recommandé cette méthode lorsqu'il n'existe aucun élément de preuve indépendant afin d'étayer le témoignage de l'un ou de l'autre conjoint concernant la date de retraite probable du conjoint participant.
161. La Cour a rejeté le recours à une présomption portant sur la première date à laquelle le participant est admissible à toucher des prestations non réduites dans *Kennedy c. Kennedy*, [1996] O. J. No. 1167 et le recours à une présomption du point médian dans *Huisman c. Huisman*, [1996] O. J. No. 2128.
162. Note 132, par. 103 et 104.
163. La Cour a reconnu, que lorsqu'il y a utilisation de la méthode de la retraite, il pourrait être indiqué d'avoir recours à des éléments de preuve en rétrospective concernant l'âge de la retraite. Note 132, par. 105.
164. Le résultat, à tout le moins bizarre, qui s'est produit dans l'arrêt *Best* même était que l'employé a été présumé avoir pris sa retraite à l'âge de 57,4 ans, alors qu'il n'a en fait pris sa retraite qu'environ quatre ans plus tard et, de surcroît, alors que l'affaire était toujours devant les tribunaux.
165. Note 132, par. 104.
166. La CRDO avait formulé une recommandation en ce sens, mais elle semble y avoir pensé comme règle fixe et non comme présomption réfutable en fonction d'éléments de preuve indépendants; voir CRDO (note 2), à la p. 130.
167. Imaginez un régime de retraite fin de carrière qui plafonne la régularisation des états de service à 35 ans. Si le participant atteint ce plafond avant d'atteindre l'âge qui se situe au point médian entre la date normale de retraite et la première date à laquelle il peut toucher des prestations de retraite non réduites, il est peu vraisemblable qu'il continue à travailler jusqu'au moment du point médian, puisqu'en l'occurrence, il travaillerait moyennant une rémunération dépassant relative-

- vement peu celle qu'il aurait touchée sous forme de prestations de retraite.
168. Il existe parfois une exception lorsque la personne en question est atteinte d'un problème de santé grave qui mènera vraisemblablement à une mort précoce; voir E. Diane Pask et Cheryl A. Hass, *Division of Pensions* (Carswell, Toronto, 1990), à la p. V-13.
169. Voir, par exemple Jack Patterson, « Determining a Realistically Low Value for Employee's Pension (in Spite of Unrealistically Large Claims Being Made by the Spouse) », (1987) 1 C.F.L.Q. 365-384, à la p. 371.
170. Pask et Hass (note 168, à la p. V-12) font l'observation acerbe suivante :
- [TRADUCTION] Selon les tables de mortalité respectives, les personnes qui achètent des produits d'assurance-vie ont des taux de mortalité plus élevés que ceux qui font l'acquisition de rentes.
171. Pask et Hass, note 168, à la p. V-12.
172. Il s'agit de la table « GAM83 » (Table de mortalité des rentes collectives 1983) publiée dans le document *Transactions of the Society of Actuaries*, vol. XXXV, aux pp. 880-881.
173. McSweeney et Rienzo, note 126, à la p. 498.
174. *Best c. Best*, [1992] O. J. No. 1464, 9 O.R. (3d) 277.
175. *Normes*, par. 4320.27.
176. *Normes*, par. 4330.10 à 4330.13. La CDO croit comprendre qu'à l'instar de la table de mortalité présentement prescrite, l'orientation concernant les taux d'intérêt fait l'objet d'un examen par l'Institut.
177. Les *Normes de pratique* exigent d'un actuaire qu'il « [suppose] le maintien de la pratique établie du régime ou de la politique en vigueur » à l'égard de l'indexation non contractuelle; voir le par. 4320.24.
178. Présentation intitulée « *Submission of the Canadian Institute of Actuaries to the Law Commission of Ontario* », août 2008, à la p. 8.
179. La mention d'une « évaluation » pourrait quelque peu induire en erreur, en ce sens que les tribunaux ont statué que la LDF exige que les droits à des prestations fassent toujours l'objet d'une évaluation, même si le règlement prend la forme d'un arrangement conditionnel (question qui est abordée plus bas); voir *Marsham c. Marsham* (1987), 59 O. R. (2d) 609, 7 R.F.L. (3d) 1 (H.C.J.).
180. Pask et Hass, note 168, à la p. VII-7.
181. Voir article 9 de la LDF.
182. Note 131.
183. Christine Davies, *The Ever-Changing Picture of Support and Other Developments* (2002-2003), 20 C.F.L.Q. 213-241, à la p. 237.
184. *Boston c. Boston*, note 131, par. 57.
185. Cela est soulevé dans *Walker c. Walker*, [2001] O. J. No. 4081 (C.S.J.O.) et discuté par G. Edmund Burrows dans *Disability Benefits and Other Assets* (2004-2005), 23 C.F.L.Q. 145-198, à la p. 173.
186. La LRR le permet, sous réserve de certaines restrictions. Voir la discussion, plus bas.
187. CRDO, note 2, p. 37.
188. Il y a lieu d'observer que le paragraphe 51(1) de la LRR prévoit qu'un contrat familial conclu ou une ordonnance rendue en vertu de la partie I de la LDF ne peut opérer afin d'exiger le paiement d'une prestation de retraite avant la première des dates suivantes, soit la date normale de retraite du participant et la date à laquelle le versement des prestations débute, ce qui semblerait suggérer la possibilité qu'un arrangement conditionnel exige que le versement au conjoint non participant débute à la date normale de retraite du participant si ce dernier retarde sa retraite au-delà de cette date; toutefois, il n'est pas clair comment il serait possible de mettre en œuvre un tel arrangement et il se peut qu'un tel versement au conjoint non participant, dans tous les cas, soit interdit par la LIR. (Voir MacFarlane et Sweeney, note 64, à la p. 144.30.)
189. Julien D. Payne et Marilyn A. Payne ont fait l'observation (dans *Canadian Family Law* [2nd ed.], 2006, p. 462), que :
- [TRADUCTION] En théorie, demeure ouverte la question de savoir si une ordonnance conditionnelle pour le partage des prestations de retraite à échéance est compatible avec l'interprétation stricte des dispositions expresses de la *Loi sur le droit de la famille*. Cependant, la nécessité est mère de l'invention et l'approche conditionnelle peut s'avérer essentielle afin de faciliter l'exécution équitable et pratique du droit à l'égalisation.
190. Voir le paragraphe 2(10) de la LDF qui prévoit que les contrats familiaux ont généralement préséance sur les exigences de la LDF.
191. Moins, bien entendu, la valeur actualisée au mariage lorsque le conjoint participant a adhéré au régime de retraite avant le mariage.
192. Pour une illustration frappante de ce principe, voir Pask et Hass, note 168, pp. III-23 à III-28. Les auteures posent comme postulat une situation hypothétique où le mariage a duré les quinze premières années des trente ans pendant lesquels le conjoint participant était employé par le promoteur; si des ratios temporels étaient utilisés, la méthode conditionnelle aurait accordé au conjoint non participant vingt-cinq pour cent de la pension une fois les prestations payables, alors que l'utilisation des ratios de valeur aurait accordé au conjoint non participant un peu plus de quatre pour cent seulement.
193. Voir Neil Campbell, « *Division of Pensions Under the Ontario Family Law Act: A Comment on Marsham v. Marsham and Humphreys v. Humphreys* », (1988) 7 Can. J. Fam. L. 79-92, à 89. Dans l'arrêt *Marsham* (note 179), le juge Walsh de la Haute Cour de justice de l'Ontario avait décidé qu'une méthode conditionnelle qui court-circuite l'étape de l'évaluation est contraire à la LDF. Assez ironiquement, il a ensuite ordonné que la pension soit partagée lorsque les prestations deviennent exigibles, en utilisant un ratio de temps plutôt que de valeur; même s'il a soulevé la question de l'octroi possible au conjoint non participant d'une part des prestations gagnées après l'échec du mariage par ce biais, il a mentionné qu'il rendait son ordonnance de cette façon simplement parce

que le conjoint participant avait plaidé que la part de l'autre conjoint devait être calculée sur la base d'un ratio temporel (ce qui aurait été plus désavantageux pour le participant).

194. La Cour n'a pas eu besoin de le faire puisqu'elle a accepté la décision du juge du procès selon laquelle l'obligation d'égalisation, compte tenu des faits en l'espèce, devait être satisfaite par le biais de versements échelonnés. Il est intéressant d'observer que la Cour d'appel de l'Ontario a fermement rejeté la méthode « conditionnelle » dans le contexte de la levée, après la date de séparation, d'options d'achat d'actions, au motif qu'elle est incompatible avec le régime préconisé dans la LDF; voir *Ross c. Ross*, [2006] O. J. No. 4916, 83 O.R. (3d) 1, 277 D.L.R. (4th) 478.
195. R.R.O. 1990, Règl. 909, a. 56.
196. CRDO, note 2, p. 44. La solution évidente consisterait pour le membre à combler le déficit en effectuant des versements mensuels au conjoint non participant mais cela élimine, bien entendu, un avantage d'une ordonnance ou d'un contrat, qui impose une fiducie à l'administrateur du régime plutôt qu'au conjoint participant, et ce, pour que les conjoints n'aient plus à se parler de questions liées aux régimes de retraite. En outre, ainsi que l'ont observé Sheryl Smolkin et Janet Downing,
- [TRADUCTION] ...le conjoint n'aurait aucun autre recours contre le régime si le participant prend sa retraite à l'extérieur du pays et cesse d'envoyer les chèques complémentaires.
- (« Pension Credit-Splitting Pitfalls » dans Association du Barreau canadien – Ontario 1993 Institute of Continuing Legal Education Family Law: *Voodoo Economics for Women*, à la p. 30.)
197. CRDO, note 2, p. 44.
198. Il est à présumer que le seuil serait fixé au point où la créance du conjoint participant au titre de l'égalisation serait réglée; toutefois, même si ce type d'arrangement est davantage compatible avec ce que la LDF a censément voulu que ne le sont d'autres types d'arrangements conditionnels, bien entendu il pourrait imposer un fardeau plus lourd aux administrateurs de régimes.
199. Cela a été mentionné par le Régime de retraite des employés municipaux de l'Ontario dans son document *Submission to the Ministry of the Attorney General on the Ministry of Finance/Ministry of the Attorney General Discussion Document « Valuing and Dividing Pensions at Relationship Breakdown »*, 5 avril 2006, pp. 3-4.
200. Pask et Hass, note 168, à la p. VII-20.
201. Cela a été affirmé dans le document *Submission of the Ontario Bar Association to the Ministry of the Attorney General on Pension Division Reform*, 30 novembre 2007, p. 6. Cependant, même si un ex-conjoint n'a pas droit en soi à une prestation de décès préretraite selon l'article 48 de la LRR, un accord de séparation ou une ordonnance pourrait lui attribuer un droit à la prestation, à tout le moins lorsqu'au moment de l'accord ou de l'ordonnance, il n'y avait pas de conjoint subséquent; dans un tel cas, même si le conjoint participant avait un autre conjoint, un contrat ou une ordonnance cédant une partie de la prestation de décès à l'ex-conjoint serait exécutoire et elle lierait le régime et le nouveau conjoint survivant : *Stairs c.*
- Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario*, [2004] O.J. No. 331, 70 O.R. (3d) 61 (O.C.A.). (Il y a lieu de se poser la question à savoir si un accord conclu ou une ordonnance rendue en ce sens serait opposable et exécutoire lorsque le participant avait déjà un autre conjoint avant la conclusion de l'accord ou le prononcé de l'ordonnance. L'affaire *Suchotawsky v. Metropolitan Life Insurance Company*, [1993] O.J. No. 1650 (C.J.O. [G.D.]) suggère peut-être que oui. En l'occurrence, un tribunal avait, en vertu d'un jugement de divorce, ordonné que l'ex-conjointe reçoive une quote-part de la prestation de décès préretraite aux termes du régime de retraite du mari s'il décédait avant la prise de la retraite; toutefois, le participant avait auparavant désigné comme bénéficiaire une autre personne avec laquelle il cohabitait mais pas depuis suffisamment longtemps pour qu'elle soit admissible en tant que « conjoint » selon la définition prévue par la LRR. Néanmoins, il a été statué que l'ex-conjointe avait le droit aux prestations. Bien entendu, compte tenu du régime instauré par l'article 48 qui accorde la préférence aux conjoints, l'on ne peut affirmer avec certitude que le même résultat se serait produit si la personne en question avait le statut de conjoint en vertu de la LRR au moment de l'ordonnance.)
202. Les versements de rentes ne doivent pas débiter avant la première date à laquelle le participant aurait eu le droit au versement de ses prestations aux termes du régime de retraite.
203. McSweeney et Rienzo, note 126, à la p. 488.
204. Cette possibilité a été soulevée dans le cadre de deux présentations faites à la CDO, soit celle de l'Association du Barreau de l'Ontario, intitulée *OBA Submission to the Law Commission of Ontario on Division of Pensions Upon Marriage Breakdown*, le 15 août 2008, à la p. 25, et celle du Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario, intitulée *Dividing pensions on marriage breakdown A fair and simple approach*, 15 août 2008, à la p. 13.
205. L'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba, le Québec, le Nouveau-Brunswick et les territoires utilisent tous une version du MRI. Il s'agit également de la méthode utilisée selon la *Loi sur le partage des prestations de retraite* fédérale (L.C. 1992, c. 46, ann. II), qui s'applique aux fonctionnaires fédéraux. Selon la LNPP fédérale, qui s'applique aux employés de secteur privé relevant de la compétence fédérale, c'est généralement le droit sur les biens familiaux provincial qui régit le partage des régimes de retraite; cependant, la LNPP permet à un membre d'effectuer une cession à un ancien époux ou conjoint de fait, ce qui rend à la fois disponibles les solutions MRI et MRD.
206. La Colombie-Britannique, la Nouvelle-Écosse et Terre-Neuve-et-Labrador ont adopté une méthode de rechange, soit une méthode MRD.
207. Le MRD a été conçu par le Groupe de travail sur la répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage de l'Institut canadien des actuaires, qui a présenté des projets de documents en 1997 et 1998 et qui a publié son rapport intitulé *La répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage* en 2003.

208. Anderson, note 29, à la p. 5. La loi intitulée *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique a recours à l'expression « limited member » afin de désigner le statut du conjoint non participant à l'endroit du régime.
209. L'on peut prétendre qu'il est quelque peu trompeur de catégoriser les divers régimes provinciaux simplement en fonction du fait qu'ils ont adopté le MRI ou le MRD, étant donné que, dans certaines provinces apparemment dans le camp des MRI, les parties se voient offrir une gamme d'options, dont certaines revêtent les éléments d'une méthode MRD, et dans certaines provinces censément rangées du côté du MRD, les parties se voient offrir une gamme d'options, dont certains éléments sont le reflet d'une méthode MRI. Par exemple, en Alberta, qui est habituellement reconnue comme province MRI, les parties peuvent adopter une solution MRD (toutefois uniquement si le participant en est à dix ans d'un âge ouvrant droit à la retraite et si le régime est disposé à offrir au conjoint non participant une prestation distincte). La Colombie-Britannique, province habituellement de type MRD, offre, en sus de la possibilité d'une prestation distincte pour le participant assimilé (*limited member*) la possibilité d'un « transfert hors du régime » vers un autre régime, un mécanisme de retraite immobilisé ou une rente différée (même si le transfert n'a pas lieu avant que le participant ne devienne admissible à prendre sa retraite ou mette fin à son adhésion au régime).
210. Voir CRDO, note 2, chapitre 7.
211. Voir la présentation intitulée Thomas G. Anderson, *Submission to the LCO re: Division of Pensions on Marriage Breakdown*, à la p. 9.
212. Voir Hovius et Youdan, note 96, p. 488; CRDO, note 9, p. 265.
213. La législation de trois provinces prévoit formellement que les parties peuvent, par voie contractuelle, se soustraire aux dispositions sur le partage des crédits du RPC; il s'agit de l'Alberta (*Family Law Act*, S.A. 1993, c. F-4.5, art. 82.2), de la Colombie-Britannique (*Family Relations Act*, note 94, art. 62) et de la Saskatchewan (*The Family Property Act*, note 104, par. 38(5)). L'article 422 du *Code civil du Québec* (note 100) permet à un tribunal d'ordonner qu'il n'y ait pas de partage des gains inscrits en vertu du Régime de rentes du Québec ou de « programmes équivalents »; l'article prévoit une liste non exhaustive de motifs dont peut tenir compte le tribunal dans le prononcé d'une telle ordonnance, et il a été suggéré, même si cela n'est pas expressément mentionné à l'article, que le fait que les parties aient convenu qu'il ne devrait pas y avoir de partage constituerait un motif dont tiendrait compte un tribunal. Voir Richard McConomy et Carolle Tremblay, « Québec » sous la direction de James G. McLeod et Alfred A. Mamo, *Matrimonial Property Law in Canada* (Thomson Carswell, Toronto, 1980), à la p. Q-19.
214. [1989] O.J. No. 1844.
215. [1990] O.J. No. 3101.
216. Cela a été recommandé par la CRDO, note 2, p. 267.
217. Hovius et Youdan, note 96, p. 492.
218. La CDO observe que, dans son rapport de 1995 intitulé *Rapport sur les rentes de retraite en tant que biens familiaux : évaluation et partage* (note 2), l'ancienne CRDO avait recommandé que son mécanisme proposé de partage à la source des régimes de retraite s'applique aux couples de même sexe et de sexe opposé qui cohabitent (même si elle a reconnu que l'élargissement du champ d'application afin de viser ces premiers devrait attendre les modifications alors prévues à la LRR et à la LIR, dont les définitions de conjoint ne reconnaissaient pas à l'époque les couples de même sexe). Toutefois, le contexte de cette recommandation provenait en partie du fait que, dans un rapport antérieur, soit le rapport de 1993 intitulé *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants under the Family Law Act* (Ministère du Procureur général, Toronto), la CRDO avait recommandé que les conjoints de fait soient visés par les dispositions sur les biens familiaux de la LDF en général. Étant donné que le présent rapport de la CDO ne porte pas sur les biens familiaux en général, mais uniquement sur les régimes de retraite, nous ne jugeons pas indiqué d'aborder ici la question à savoir si les conjoints de fait devraient être visés par la partie I de la LDF (quoique nous recommandions qu'ils puissent accéder aux mécanismes de règlement MRI et MRD lorsqu'ils souhaitent régler leurs affaires et recourir au partage de régimes de retraite pour ce faire – voir la Recommandation 13 à la rubrique VII).
219. Cet exemple est une variante d'un exemple proposé par la CRDO, note 2, p. 170.
220. Hovius et Youdan, note 96, p. 478.
221. OLRC, note 2, aux pp. 104-106.
222. La *Norme de pratique pour le calcul de la valeur capitalisée des droits à pension à la rupture du mariage aux fins des paiements forfaitaires de péréquation* publiée en 1993 par l'Institut canadien des actuaires ne faisait mention que de la méthode de la cessation d'emploi et de la méthode de la retraite.
223. Prenez l'exemple d'un régime de retraite avec option de pré-retraite non réduite au facteur 90 et âge normal de la retraite fixé à 65, et une participante qui adhère au régime à 30 ans, environ au même moment où elle se marie, et qui divorce à 50 ans. Elle atteindra le facteur 90 à 60 ans, mais seulement parce que l'on compte les états de service gagnés lorsqu'elle était mariée; sans ces années, elle n'obtiendrait le facteur 90 qu'après avoir atteint l'âge normal de la retraite selon le régime.
224. Voir la note 209.
225. Un cabinet d'actuaires a estimé que, dans 95 % des cas d'échec du mariage dans lesquels les biens familiaux d'un conjoint comprenaient des droits en vertu d'un régime de retraite, l'égalisation a été réalisée en l'absence du partage du régime de retraite : Dilkes, Jeffery & Associates, Inc., présentation intitulée *Submission to the LCO re: Division of Pensions on Marriage Breakdown*, à la p. 6.
226. Mary Condon, « Gendering the Pension Promise in Canada: Risk, Financial Markets and Neoliberalism » dans *Social & Legal Studies* 10: 83-103, à la p. 85.

227. À une exception près : les régimes canadiens de partage des régimes de retraite qui ont opté pour le MRI utilisent la valeur de rachat. L'exception est en vertu de la *Loi sur le partage des prestations de retraite* (LPPR) fédérale (L.C. 1992, c. 46, ann. III), qui s'applique aux fonctionnaires fédéraux. On peut spéculer que le promoteur d'un régime auquel la LPPR s'applique est en mesure d'assumer le risque inhérent à l'utilisation d'une méthode d'évaluation plus favorable au conjoint non participant que celle de la valeur de rachat.
228. Le *Règlement d'application* de la LRR prévoit les types de comptes de retraite acceptés aux fins d'un tel transfert.
229. Ainsi qu'il a été observé ci-dessus à la rubrique V, sous le titre « Transfert d'un montant forfaitaire au moment de la cessation d'emploi ».
230. Dans certains cas, le montant qui serait par ailleurs transféré vers l'un des quatre mécanismes exposés ci-dessus pourrait dépasser le montant qui est abrité de l'impôt en vertu de la LIR. Dans de tels cas, l'excédent serait versé directement au conjoint non participant en espèces.
231. Nous observons que la CRDO, lorsqu'elle a recommandé que les parties disposent d'une option de « partage des prestations », n'a pas cru bon de limiter son accessibilité aux cas où le participant se trouvait à dix années de la date normale de retraite, même si elle a suggéré que la possibilité existe en « dernier recours » et ne devrait être utilisée que lorsque d'autres méthodes de règlement n'étaient pas pratiques; voir CRDO, note 2, à la p. 202.
232. Nous observons que plusieurs provinces, y compris l'ensemble des trois provinces ayant souscrit au MRD, prévoient que des honoraires soient versés aux administrateurs du régime dans l'éventualité d'un partage de régime de retraite en cas d'échec du mariage. Voir le règlement intitulé *Employment Pension Plans Regulation* (Alberta Regulation 35/2000, art. 61); le règlement intitulé *Division of Pensions Regulation* (B.C. Reg. 77/95, art. 13); le règlement intitulé *Pension Benefits Act Regulations* (N.L.R. 114/96, art. 28); le règlement intitulé *Pension Benefits Regulation* (N.S. Reg. 352/2008, art. 80); et la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (L.R.Q., c. R-15.1, art. 110.1).
233. Les prestations du participant pourraient être assujetties à un rajustement en fonction de l'âge, selon les modalités du régime. Certains régimes pourraient prévoir une augmentation lorsque le participant prend sa retraite après la date normale pour le faire, et d'autres non.
234. Note 227.
235. La plupart des provinces se sont dotées d'une règle semblable à celle des 50 pour cent; voir la loi intitulée *Employment Pension Plans Act* (R.S.A. 2000, c. E-8, art. 63); la loi intitulée *Family Relations Act* (note 94, art. 75.1); la *Loi sur les prestations de pension* (L.N.-B. 1987, c. P-5.1); la loi intitulée *Pension Benefits Act, 1997* (S.N.L.1996, c. P-4.01, art. 47); la loi intitulée *Pension Benefits Act* (R.S. [Nova Scotia], c. 340, art. 61); la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (note 232, art.110) et le *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite* (R.Q., c. R-15.1, r. 1, art. 49); et la loi intitulée *Pension Benefits Act, 1992* (S.S.1992, c. P-6.001, art. 46). En Colombie-Britannique et au Québec, une ordonnance d'un tribunal peut autoriser le dépassement du plafond de 50 pour cent. La règle des 50 pour cent au Québec fait mention de la valeur des avantages cumulés à la fois pendant et avant le mariage du participant. Il est intéressant de noter que, même si la règle des 50 pour cent en Nouvelle-Écosse, à l'instar de celle de la plupart des provinces, est fondée uniquement sur la prestation de retraite gagnée pendant le mariage, en vertu de sa loi intitulée *Matrimonial Property Act* (R.S., c. 275) (« MPA ») la tranche d'un régime de retraite antérieur au mariage (et non seulement la tranche gagnée au cours du mariage) est jugée constituer un bien matrimonial. (Dans l'affaire *Morash c. Morash* (2004), 221 N.S.R. (2d) 115, la Cour de la Nouvelle-Écosse a rejeté la notion comme quoi il existait un conflit entre la MPA et la règle des 50 pour cent, statuant que la MPA visait la question du droit à une quote-part de la valeur de biens matrimoniaux tandis que la règle ne faisait que restreindre la mesure dans laquelle le droit pouvait être respecté au moyen du partage du régime de retraite.) La LPPR (note 227, art. 8), qui s'applique aux régimes de retraite du secteur public relevant de la compétence fédérale, est assortie d'un plafond de 50 pour cent; en revanche, la LNPP (note 29, art. 25), qui s'applique aux régimes de retraite du secteur privé relevant de la compétence fédérale autorise expressément la cession à un conjoint de la valeur intégrale d'un régime de retraite d'un participant.
236. [2003] O. J. No. 2098, 23 R.F.L. (6th) 94 (C.S.J.).

ANNEXE

PERSONNES AYANT FOURNI UN APPORT

La CDO souhaite remercier les organismes et particuliers suivants qui ont soit formulé des observations soit fourni des renseignements importants dans le cadre du présent projet :

1. Athos Sani
2. Institut canadien des actuaires
3. Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes inc.
4. Régime de retraite des CAAT
5. Cynthia Crysler
6. Dale Montpetit
7. David Wolgelerenter
8. Dilkes, Jeffery & Associates, Inc.
9. Hospitals of Ontario Pension Plan
10. Compagnie Pétrolière Impériale Limitée
11. Klotz Associates
12. Krofchick Valuation Partners
13. K-W Actuarial Services Inc.
14. OMERS
15. Association du Barreau de l'Ontario
16. Commission du Régime de retraite de l'Ontario
17. Fiducie du régime de retraite du SEFPO
18. Pension Appraisal Solutions Inc.
19. Pension Valuers of Canada
20. Peter Martin
21. Sherry Cohen
22. Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario
23. Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite
24. Thomas G. Anderson
25. Wendela Napier

Commission du droit de l'Ontario
Computer Methods Building
4850 Keele Street, Suite 201
Toronto, Ontario, Canada
M3J 1P3

Tél : (416) 650-8406

Télééc. : (416) 650-8418

Courriel : LawCommission@lco-cdo.org

www.lco-cdo.org



LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO