

Redwater revisité : la responsabilité devrait-elle échoir ici?

27 AVRIL 2017 20 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- [Affaires réglementaires, Autochtones et environnement](#)
- [Énergie](#)
- [Insolvabilité et restructuration](#)

Auteurs(trice): [Emily Paplawski](#), Melanie Gaston

Dans ce bulletin d'Actualités

- le 24 avril 2017, la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé la décision de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta dans *Redwater Energy Corporation (Re)*, 2016 ABQB 278 (*Redwater*)
- les motifs de la décision *Redwater*
- les questions en litige dans *Redwater* suscitent diverses préoccupations importantes quant à la politique publique relative aux propriétaires fonciers, au public en général et au secteur pétrogazier
- le contexte et les importantes conséquences de *Redwater*

Introduction

Il y a près d'un an, la Cour du banc de la Reine de l'Alberta a rendu une décision très attendue dans *Redwater Energy Corporation (Re)*, 2016 ABQB 278 (*Redwater*). Dans cette décision, le juge en chef Wittmann a statué qu'un séquestre et syndic (collectivement, un syndic) est autorisé à renoncer aux droits d'un débiteur insolvable dans des actifs sous licence non rentables, tout en conservant et en vendant des actifs précieux pour maximiser le recouvrement de ses créanciers garantis (voir notre précédent bulletin d'Actualités Osler, intitulé [Conséquences de la décision Redwater : à qui échoit la responsabilité?](#)).

Le 24 avril 2017, dans un jugement qui souligne les importantes conséquences de cette décision sur la réglementation du secteur des ressources pétrogazières de l'Alberta, la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé la décision du tribunal d'instance inférieure. S'exprimant au nom d'une majorité de 2 contre 1, le juge Slatter a conclu que les dispositions du régime de réglementation provincial énoncées dans la *Oil and Gas Conservation Act* ^[1] (OGCA) et la *Pipeline Act* ^[2] (PA) étaient inopérantes dans la mesure où ces dispositions exigent qu'un syndic satisfasse aux obligations inhérentes à l'abandon et à l'assainissement des puits de pétrole et de gaz d'un débiteur insolvable en priorité sur les réclamations des créanciers garantis. Selon la décision de la majorité, les obligations imposées aux syndics aux termes de l'OGCA et de la PA étaient en conflit opérationnel avec les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ^[3] (LFI) et entravaient la réalisation de l'objectif fédéral de liquider les sociétés insolubles et d'établir l'ordre de priorité des réclamations des créanciers.

Reformulant les questions dont la Cour était saisie, le juge Martin a exprimé son désaccord avec les juges majoritaires et avec le tribunal d'instance inférieure dans son opinion dissidente. Elle a estimé qu'[traduction] « il n'y a pas d'arène plus importante pour le fédéralisme coopératif que l'environnement ». Concluant à l'absence de conflit entre le

régime de réglementation provincial et la LFI et à l'absence d'entrave à la réalisation d'un objectif fédéral, la juge Martin a statué que : a) le régime de délivrance de licences dans le secteur pétrogazier en Alberta crée des obligations de fin de vie pour les titulaires de licence qui sont inhérentes au droit commun en Alberta et qui existent en dehors d'une faillite; b) l'application continue des obligations de fin de vie établies par le régime ne constitue pas une réclamation pécuniaire, ni une priorité non autorisée en matière de faillite, ni un réordonnement des priorités des créanciers établies en vertu de la LFI; c) un syndic ne peut pas, aux termes de la LFI ou de quelque autre façon que ce soit, renoncer aux obligations de fin de vie relatives à certains actifs sous licence, en faveur du transfert d'autres actifs sous licence de plus grande valeur, au profit des prêteurs du débiteur.

Comme l'a noté la juge Martin dans son opinion dissidente, [traduction] « les conséquences [de cette décision] sur la réglementation des ressources publiques de l'Alberta et sur le public de l'Alberta sont importantes ». L'approche [traduction] « du début à la fin » adoptée par l'Alberta Energy Regulator (AER) dans la réglementation des activités d'exploration et de mise en valeur est devenue une approche « du début à l'insolvabilité », refilant la portion « à la fin » des obligations d'un producteur aux propriétaires fonciers de l'Alberta, au public de l'Alberta et au secteur pétrogazier. Selon les termes de la juge Martin, ce genre de système modifie la politique du [traduction] « pollueur payeur » en un système [traduction] « tiers payeur ». Il est nécessaire que le Parlement procède à un examen étendu et approfondi du régime fédéral en matière d'insolvabilité afin qu'il soit tenu compte du caractère distinct du régime réglementaire du secteur pétrogazier dans les situations d'insolvabilité. Entre-temps, l'AER et le législateur provincial doivent repenser à la meilleure façon d'éviter que le public ne paie pour les pots cassés.

Contexte

Le contexte de *Redwater* est bien connu en Alberta. Redwater Energy (Redwater) était un petit producteur de pétrole et de gaz coté en bourse. Lorsque son principal prêteur garanti, l'Alberta Treasury Branches (ATB), a exigé le remboursement de sa dette, Grant Thornton a été nommé séquestre de Redwater en vertu de l'article 243 de la LFI.

Dès sa nomination, le séquestre a procédé à une évaluation des actifs sous licence de Redwater, et a avisé l'AER qu'il ne prendrait le contrôle que d'une vingtaine des 127 propriétés de Redwater sous licence de l'AER. Le séquestre a établi que ces 20 actifs sous licence avaient de la valeur, tandis que le reste n'en avait pas, et qu'il y avait donc prétendument renoncé.

Peu après, l'AER a rendu des ordonnances de fermeture et d'abandon relativement aux actifs sous licence auxquels il avait été renoncé, et a déposé une demande visant à contraindre le séquestre à se conformer aux ordonnances de fermeture et d'abandon et à s'acquitter de toutes les obligations réglementaires de Redwater concernant l'abandon, la remise en état et l'assainissement des actifs sous licence.

Le 28 octobre 2015, une ordonnance de faillite a été rendue à l'égard de Redwater, nommant Grant Thornton à titre de syndic de faillite. Le syndic a abandonné les actifs auxquels il avait renoncé en tant que séquestre, et il a précisé qu'il n'avait pas l'intention de se conformer aux ordonnances de fermeture et d'abandon.

Comme nous l'avons vu dans notre [précédent bulletin d'Actualités Osler](#), la Cour du banc de la Reine de l'Alberta a conclu que la réclamation du créancier garanti de Redwater avait priorité sur l'obligation de remettre les puits en état. Ainsi, les syndics étaient autorisés à renoncer aux droits d'un débiteur insolvable sur des actifs sous licence, tout en conservant et en vendant des actifs sous licence ayant de la valeur afin de maximiser le recouvrement pour

les créanciers garantis.

L'AER et l'Orphan Well Association (OWA) ont tous deux interjeté appel de la décision de la Cour du banc de la Reine.

Décision majoritaire

S'exprimant au nom de la majorité, le juge Slatter a conclu que les ordonnances d'abandon, et dans un sens plus large, les obligations imposées aux syndicats, aux termes de l'OGCA et de la PA, d'abandonner les actifs sous licence et de les assainir en tant que [traduction] « titulaires de licence » créaient un conflit opérationnel entre le régime réglementaire provincial et la LFI, et entravaient la réalisation des objectifs de la LFI.

En concluant qu'il existait un conflit opérationnel entre le régime réglementaire provincial et la LFI, le juge Slatter a tenu compte à la fois de l'incidence de l'article 14.06 de la LFI et du fait que les ordonnances d'abandon rendues par l'AER étaient, ou non, correctement interprétées en tant que réclamations prouvables, selon les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.* ^[4], 2012 CSC 67.

Après avoir examiné l'article 14.06 de la LFI, le juge Slatter a conclu ce qui suit :

1. en l'absence d'une forme précise d'inconduite au paragraphe 14.06(2), un syndic est dégagé de toute responsabilité personnelle découlant d'un fait lié à l'environnement, ce qui signifie que l'obligation de réparer tout dommage de cette nature est limitée aux actifs faisant partie des biens de la faillite;
2. un syndic peut renoncer à une propriété à laquelle sont attribuées des responsabilités environnementales aux termes du paragraphe 14.06(4) et de la LFI, plus généralement;
3. les fonds engagés dans la réparation des dommages causés à l'environnement ne font pas partie des frais d'administration de la faillite (parag. 14.06(6));
4. une réclamation découlant d'un dommage causé à l'environnement peut être une réclamation prouvable en matière de faillite (parag. 14.06(8));
5. le paragraphe 14.06 ne modifie pas l'ordre de paiement des réclamations en matière de faillite aux termes de l'article 136 de la LFI, qui prévoit que toutes les distributions sont [traduction] « sous réserve des droits des parties garanties ».

En déterminant si les ordonnances d'abandon constituaient une réclamation prouvable en matière de faillite, le juge Slatter a appliqué le critère en trois volets établi par la Cour suprême du Canada dans *AbitibiBowater*. Il a conclu notamment que l'effet des ordonnances d'abandon était de détourner des biens de la faillite des actifs de valeur pour assurer l'exécution des réparations, ce qui modifie l'ordre des « priorités de la LFI » en accordant aux réclamations environnementales la priorité par rapport aux autres créanciers.

Statuant que les ordonnances d'abandon constituaient des réclamations prouvables, le juge Slatter a conclu que les ordonnances, et dans un sens plus large, les obligations imposées aux syndicats, aux termes de l'OGCA et de la PA, d'abandonner les actifs sous licence et de les assainir en tant que [traduction] « titulaires de licence » entraient en conflit avec les dispositions de la LFI qui dégagent un syndic de la responsabilité personnelle, avec les dispositions permettant au syndic d'abandonner des actifs, et avec les dispositions

respectant la priorité des frais de réparation. Par ailleurs, le juge Slatter a indiqué que les obligations d'abandonner et de réparer les actifs sous licence imposées au syndic aux termes de l'OGCA et de la PA entravaient la réalisation de l'objectif fédéral de gérer la liquidation des sociétés insolvable et d'établir la priorité des réclamations à leur encontre. Par conséquent, il a conclu que ces obligations relatives aux licences étaient inexécutables par l'AER à l'encontre d'un syndic dans le cadre de procédures d'insolvabilité, aux termes de la LFI.

La dissidence

La juge Martin s'est dissociée des juges majoritaires. Elle a conclu que la question telle que formulée par le juge siégeant en chambre et par la majorité à savoir [traduction] « si l'organisme de réglementation peut efficacement créer une priorité pour l'abandon et les responsabilités environnementales en matière de faillite » était incorrecte. Elle a statué que la prémisse ne devait pas être la présomption selon laquelle les obligations relatives aux licences sont des dettes. Ces obligations relatives aux licences, y compris les obligations de fin de vie, sont plutôt des obligations publiques. Ainsi, la véritable question portée devant la Cour était de savoir si les obligations relatives aux licences créées par des lois provinciales, dans les limites des pouvoirs constitutionnels, entraient en conflit avec le régime prioritaire de la LFI ou entravaient celui-ci. Elle a conclu qu'il n'existait pas de conflit ou d'entrave de cette nature, et que le régime d'octroi de licence dans le secteur pétrogazier pouvait coexister avec le régime prioritaire de la LFI.

S'appuyant sur le postulat qu'[traduction] « il n'y a pas d'arène plus importante pour le fédéralisme coopératif que l'environnement », la juge Martin a conclu que [traduction] « permettre aux syndicats de faillite de décider du moment où ils se conformeront à des lois provinciales valides et généralement applicables constituerait un pouvoir tellement extraordinaire qu'il exigerait un libellé exprès et clair ». La juge Martin n'a pas trouvé ce libellé exprès et clair dans la LFI.

Elle a plutôt conclu que les obligations d'abandon relativement aux permis et les obligations de remise en état imposées aux syndicats ne constituaient pas des réclamations prouvables en matière de faillite :

[Traduction] Aucune réclamation pécuniaire ne peut être compromise dans des procédures de faillite, en l'instance; il s'agit ici d'obligations publiques et d'obligations réglementaires qui subsistent après la faillite. En droit, les obligations de fin de vie sont des conditions de licence qui doivent être remplies avant qu'une entité ne puisse profiter de l'extraction de ressources. Ce sont des frais à assumer pour se conformer aux lois généralement applicables. Même si les obligations de fin de vie sont considérées comme le prix à payer pour obtenir les licences souhaitées, cela ne les transforme pas en une réclamation pécuniaire dans le cadre d'une faillite.

Fait important, la juge Martin a reconnu que la *Directive 006: Licensee Liability Rating (LLR) Program and Licence Transfer Process* de l'AER traite toutes les licences détenues par des titulaires comme un [traduction] « ensemble », et que la notation de la gestion du passif (NGP) d'un titulaire de licence, qui a une incidence sur le moment et la façon dont les actifs peuvent être transférés à d'autres, n'est pas effectuée en fonction d'une licence individuelle ou d'un actif distinct. La juge Martin a déterminé qu'il existait trois difficultés liées à la proposition du syndic de prendre possession de seulement 20 des actifs sous licence de Redwater : 1) il n'y aurait aucune partie responsable d'intervenir en cas de survenance d'un incident relatif à la sécurité ou à l'environnement; 2) le syndic, en distinguant une partie des actifs sous licence et en évitant d'afficher la garantie comme il est habituellement exigé pour procéder au transfert des licences, contrevenait directement au programme LLR; 3) il est tenu compte de la totalité de l'actif d'un débiteur lors de l'octroi de licences, et cet actif continue d'être un facteur déterminant dans tout transfert de licence. Les licences sont

accordées selon le principe que la valeur de tous les actifs sous licence d'un titulaire sont disponibles pour satisfaire aux obligations de fin de vie, et que les prêteurs connaissent ce système. La juge Martin a estimé qu'en évitant les obligations de fin de vie réglementaires associées à certaines des licences d'un débiteur, le syndic « cherche à augmenter la valeur de l'actif au-delà de ce qu'elle aurait été, n'eût été la faillite ».

Concernant l'article 14.06 de la LFI, la juge Martin a établi ce qui suit :

1. les paragraphes 14.06(2) et (4) visaient à protéger les syndics afin d'éviter qu'ils ne se retrouvent avec les obligations personnelles que l'actif du débiteur ne pouvait pas couvrir. Aucun des paragraphes n'empêche d'utiliser l'actif aux fins de conformité à l'ordonnance;
2. les paragraphes 14.06(4), (7) et (8) font allusion à des [traduction] « biens réels », et le paragraphe 14.06(4) mentionne le syndic qui abandonne [traduction] « un intérêt dans un bien réel affecté par le dommage ». Cependant, le régime réglementaire de l'Alberta tient compte des licences accordées aux termes de l'AER, qui ne sont pas des biens réels. Par conséquent, le paragraphe 14.06(4) [traduction] « n'accorde pas [aux syndics] le droit de renoncer aux obligations de fin de vie imposées par le régime réglementaire ». Comme il n'existe pas de droit de renoncer à ces obligations, la juge Martin a conclu à l'absence de conflit opérationnel entre la LFI et les lois provinciales;
3. le paragraphe 14.06(7) accorde à la Couronne une superpriorité sur les biens réels du débiteur exigeant l'assainissement de façon que la Couronne puisse recouvrer une partie du montant des frais engagés pour réparer les dommages environnementaux causés sur cette propriété. Cette disposition, et le compromis inhérent à celle-ci, n'est en vigueur qu'à l'égard des biens réels du débiteur. Elle ne s'applique pas au régime d'octroi de licences en matière de pétrole et de gaz en Alberta qui a trait aux licences, et non aux biens réels.

Concluant que : i) les ordonnances d'abandon ne constituaient pas une réclamation prouvable dans le cadre d'une faillite; ii) la tentative de dépôt d'ordonnances d'abandon en vertu du régime d'octroi de licence du secteur pétrogazier de l'Alberta conformément au paragraphe 14.06 était « une mauvaise correspondance »; et iii) le paragraphe 14.06 ne peut pas s'appliquer aussi largement que le souhaitait le syndic, la juge Martin a statué que le régime réglementaire provincial n'entraînait pas clairement en conflit avec la LFI. Par conséquent, elle a jugé que rien ne justifiait une déclaration selon laquelle l'OGCA et la PA étaient inapplicables en matière de faillite. Les syndics ne sont pas autorisés, par la LFI ou de quelque autre façon que ce soit, à abandonner des actifs sous licence de l'AER et à éviter les obligations de fin de vie associées qui échoient au débiteur.

Incidence

Depuis la décision du tribunal d'instance inférieure dans *Redwater* l'an dernier, l'AER a adopté des mesures de plus en plus proactives pour éviter que la situation de *Redwater* ne se répète. En date du 20 juin 2016, des modifications importantes ont été apportées aux exigences de transfert visant les titulaires de licence ainsi qu'à l'admissibilité des titulaires de licence, conformément au Bulletin 2016-16 (voir notre précédent bulletin d'Actualités Osler – [L'organisme de réglementation de l'énergie de l'Alberta impose de nouvelles restrictions au secteur fragilisé de l'énergie en réponse à la décision Redwater](#)). Les modifications visaient à [traduction] « atténuer les risques pour les Albertains » découlant des répercussions de la décision *Redwater*, alors que l'AER et le gouvernement de l'Alberta travaillaient en vue d'élaborer des [traduction] « mesures réglementaires appropriées » pour régler de façon plus permanente les enjeux soulevés par la décision *Redwater*. Ces travaux doivent se poursuivre. La publication de la décision de la Cour d'appel venant confirmer la décision du tribunal d'instance inférieure accroît davantage l'urgence de disposer de mesures

réglementaires appropriées.

De même, en mars 2017, l'AER a pris la mesure sans précédent de faire désigner un séquestre pour réaliser les actifs de Lexin Resources Ltd. afin de régler des problèmes liés aux parties prenantes et au créancier, et de fournir une assistance concernant les questions en suspens liées à la sécurité et à l'environnement, aux emplacements appartenant à Lexin, dans un processus supervisé par les tribunaux.

Comme indiqué par les juges Slatter et Martin, les questions en litige dans *Redwater* suscitent diverses préoccupations importantes quant à la politique publique relative aux propriétaires fonciers, au public en général et au secteur pétrogazier. La juge Martin a fait remarquer avec justesse que le régime actuel, prévu au paragraphe 14.06 de la LFI pour régler les questions environnementales, n'aborde pas la nature et la structure distinctes de la réglementation du secteur pétrogazier. Les complexes enjeux sociaux, financiers et environnementaux invoqués en l'instance exigent une analyse vaste et profonde par le Parlement concernant l'application du régime fédéral en matière de faillite au secteur unique en son genre du pétrole et du gaz en Alberta.

Fait intéressant, la décision majoritaire est axée sur le risque que des [traduction] « réclamations virtuelles en matière d'environnement » (c.-à-d. le contrôle du transfert des licences par l'AER) se voient accorder une [traduction] « superpriorité au détriment des réclamations de créanciers garantis », amenant ainsi les prêteurs à renoncer à financer les acteurs du secteur. Le montant du financement disponible pour le secteur pétrogazier pourrait diminuer considérablement si [traduction] « l'éventuel risque » de l'exécution des obligations de fin de vie était maintenu jusqu'après la faillite. Au contraire, dans son opinion dissidente, la juge Martin a fait référence à des éléments de preuve consignés au dossier du tribunal selon lesquels ces obligations de fin de vie avaient été considérées expressément par l'ATB et utilisées dans le calcul de la base d'emprunt du débiteur. En outre, elle a avalisé les préoccupations de l'AER selon lesquelles le fait d'autoriser un syndic à éliminer les obligations de fin de vie qui échoient à un débiteur pourrait inciter d'autres titulaires de licence à organiser leurs affaires de la même manière et pourrait ainsi donner lieu à davantage de puits orphelins. [Traduction] « Si [les titulaires de licence] sont autorisés à éviter ou à éluder les responsabilités de fin de vie liées à leurs licences, l'abandon ou l'assainissement... seraient sans doute les premiers sacrifices faits en période de difficulté financière. »

Même si les créanciers garantis peuvent être satisfaits du fait que la responsabilité échoit ici, l'opinion dissidente de la juge Martin ouvre la voie à une occasion impérieuse pour le Parlement de résoudre ce débat, et à un appel de la décision devant la Cour suprême du Canada. D'ici là, un secteur qui est encore en train de regagner son optimisme en raison de la stabilisation des prix des marchandises et de l'augmentation des niveaux des opérations après avoir sabré dans les coûts et dans l'effectif pour survivre au cours des trente derniers mois doit maintenant rassembler ses forces contre les pressions économiques supplémentaires pour financer les travaux nécessaires en vue d'abandonner, de remettre en état et d'assainir les puits des autres qui ne sont plus en mesure de financer leur part. Nous prévoyons que l'incertitude créée par l'appel de la décision du tribunal d'instance inférieure concernant le traitement des puits non rentables en cas d'insolvabilité se dissipera, alors que le nombre de puits auxquels les syndics renoncent pourrait augmenter de façon spectaculaire.

La réglementation du secteur pétrogazier nécessite un équilibre délicat des intérêts, des droits et des obligations des nombreuses parties prenantes. L'atteinte de cet équilibre est devenue plus difficile maintenant que le risque lié à la mise en valeur acquiert une nouvelle signification.

[1] *Oil and Gas Conservation Act*, RSA 2000, ch. O-6.

[2] *Pipeline Act*, RSA 2000, ch. P-15.

[3] *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985) ch. B-3.

[4] *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67.