

**ARBITRAGE EN VERTU DE L'ANNEXE 14-C DE L'ACCORD CANADA
ÉTATS-UNIS MEXIQUE, DU CHAPITRE ONZE DE L'ACCORD DE LIBRE-
ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN ET DE LA CONVENTION CIRDI**

ENTRE :

RUBY RIVER CAPITAL LLC.

Demanderesse

ET :

CANADA

Défendeur

(Affaire CIRDI No. ARB/23/5)

RÉPLIQUE DU CANADA SUR LA COMPÉTENCE

30 JUIN 2025

Ministère de la Justice et
Affaires mondiales Canada
Direction générale du droit
commercial international (JLT)
Édifice Lester B. Pearson
125 Promenade Sussex
Ottawa, Ontario
K1A 0G2
CANADA

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION.....	1
II.	LES DÉCISIONS DE REFUS DE JUILLET 2021 ET FÉVRIER 2022 NE RELÈVENT PAS DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL	4
A.	L'annexe 14-C ne permet pas à un investisseur de soumettre une plainte à l'arbitrage pour des faits générateurs de responsabilité survenus après l'extinction de l'ALÉNA.....	4
1.	Le Canada a cessé d'être lié par les obligations de la section A du chapitre 11 à l'extinction de l'ALÉNA.....	4
2.	Selon le sens ordinaire de ses termes, l'annexe 14-C ne contient aucun accord visant à prolonger l'application de la section A du Chapitre 11 de l'ALÉNA.....	6
3.	Le contexte, l'objet et le but de l'ACEUM confirment que l'annexe 14-C ne prolonge pas l'application de la section A du chapitre 11	17
4.	La pratique ultérieure des Parties à l'ACEUM établit leur accord sur l'interprétation de l'annexe 14-C au sens de l'article 31.3 b) de la CVDT	25
5.	Les moyens complémentaires d'interprétation confirment que l'annexe 14-C ne prolonge pas l'application des obligations de la section A du chapitre 11.....	34
B.	Les décisions de refus de juillet 2021 et février 2022 ne peuvent fonder une plainte au titre de l'annexe 14-C.....	37
III.	LES AUTRES MESURES ALLÉGUÉES COMME DES MANQUEMENTS AUTONOMES NE RELÈVENT PAS DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ..	38
A.	Les plaintes omises dans l'avis d'intention et la demande d'arbitrage ne font pas partie du différend.....	38
1.	Les exigences quant à l'avis d'intention et la demande d'arbitrage	43
2.	La demanderesse n'a soumis aucune allégation de manquement autonome à l'égard des autres mesures dans son avis d'intention ou sa demande d'arbitrage	46
B.	Les faits allégués postérieurs au 30 juin 2020 ne peuvent fonder une plainte au titre de l'annexe 14-C.....	51
C.	Les plaintes relatives aux mesures antérieures au 17 février 2020 sont prescrites en application de l'article 1117(2) de l'ALÉNA	52
1.	Les actes et omissions allégués du MELCC et de l'Agence ayant mené à la tenue de deux évaluations environnementales du projet Énergie Saguenay en décembre 2015 et janvier 2016	54

2.	La demande du MELCC à GNL Québec de fournir un bilan des coûts et avantages du projet Énergie Saguenay en mai 2019.....	56
3.	La décision de l'Agence du 20 août 2019 d'étendre la portée géographique de l'étude des effets de la navigation du projet Énergie Saguenay.....	56
D.	Le Tribunal doit rejeter les plaintes relatives aux manquements autonomes autres que celles relatives aux décisions de refuser le projet car la demanderesse a fait défaut d'établir l'existence de dommages relatifs à ces mesures qui sont indépendants des décisions de refus	58
IV.	L'ACTE COMPOSITE ALLÉGUÉ NE RELÈVE PAS DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL	59
A.	La demanderesse est forclosée de plaider l'existence d'un fait illicite composite .	60
B.	Les actes et les omissions allégués ne présentent pas le degré de connexité requis	62
C.	Les actes et les omissions allégués postérieurs au 30 juin 2020 ne peuvent servir à établir l'existence d'un fait illicite composite.....	67
D.	Le manquement résultant du fait illicite composite n'est pas différent des manquements résultant des actes et omissions qui le composent	70
E.	La demanderesse n'allègue pas que les actes et omissions reprochés survenus entre 2015 et le 30 juin 2020 établissent l'existence d'un fait illicite composite .	71
V.	LE TRIBUNAL N'A PAS COMPÉTENCE RATIONE MATERIAE POUR ENTENDRE LA PRÉSENTE AFFAIRE PUISQU'IL N'Y A PAS DE DIFFÉREND EN RELATION DIRECTE AVEC UN INVESTISSEMENT AU SENS DE L'ARTICLE 25 DE LA CONVENTION CIRDI.....	71
A.	La demanderesse doit démontrer qu'elle a un investissement au sens de l'article 1139 de l'ALÉNA ainsi que de la Convention CIRDI et que le différend est en relation directe avec cet investissement.....	72
B.	La demanderesse n'a pas démontré qu'elle a un investissement au sens de la Convention CIRDI et que le différend est en relation directe avec cet investissement.....	74
1.	Il n'y a pas eu d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI étant donné l'état d'avancement du projet et l'absence de droits acquis en relation avec le projet.....	74
2.	Les dépenses engagées en relation avec le projet Symbio ne constituent pas un investissement.....	76
3.	Les entreprises Symbio Infrastructure Limited Partnership, Symbio Infrastructure GP Inc., GNL Québec Inc. et Gazoduc Inc ne constituent pas des investissements.....	81
4.	La demanderesse n'a pas notifié le Canada qu'elle a fait un investissement tel que requis par la <i>Loi sur Investissement Canada</i>	86

VI. CONCLUSION	87
ANNEXE I - TABLEAU RÉSUMÉ DES OBJECTIONS À LA COMPÉTENCE.....	88
ANNEXE II – LIGNE DU TEMPS	92

I. INTRODUCTION

1. Le différend entre les parties découle des décisions des gouvernements du Canada et du Québec de refuser d'admettre sur leur territoire d'importantes infrastructures de liquéfaction et de transport d'énergie fossile. Le projet Énergie Saguenay aurait été l'un des plus grands émetteurs de gaz à effet de serre (GES) au Québec et sa durée d'exploitation aurait été de 25 à 50 ans. Le projet envisageait également l'utilisation de navires-citernes afin d'exporter l'énergie fossile, ce qui aurait doublé le trafic maritime dans une partie peu insonifiée¹ de l'habitat essentiel du béluga dans le Saguenay, une espèce emblématique du Canada et du Québec qui est en voie de disparition. Le projet Gazoduq prévoyait quant à lui la construction et l'exploitation d'un gazoduc de 780 km afin d'alimenter le complexe de liquéfaction. La demanderesse prétend que ces décisions lui ont occasionné des dommages qu'elle évalue maintenant à 588,140,000 \$US en date du refus du gouvernement du Québec d'autoriser son projet.

2. La plainte de la demanderesse est irrecevable car le différend ne ressortit pas à la compétence du Tribunal. En effet, le gouvernement du Québec a rejeté le projet Énergie Saguenay le 21 juillet 2021² et le gouvernement du Canada a fait de même le 7 février 2022, soit plus d'un an après l'extinction de l'ALÉNA le 1er juillet 2020. Contrairement à ce que prétend la demanderesse, l'annexe 14-C de l'ACEUM n'a fait que proroger jusqu'au 1er juillet 2023 le consentement des trois Parties à soumettre des différends au mécanisme de règlement des différends prévu à la section B du Chapitre 11 de l'ALÉNA. Cette annexe n'a pas également prorogé les obligations de fond prévues à la section A du Chapitre 11 de l'ALÉNA, lesquelles ont cessé de lier les trois Parties au traité à partir du 1er juillet 2020, tel que l'a déjà reconnu le tribunal dans l'affaire *TC Energy*³. Quoi qu'en dise la demanderesse, la pratique ultérieure constante et

¹ Présentant un niveau faible de bruit d'origine anthropique.

² Le refus allégué du projet Gazoduq serait survenu en même temps que le refus du gouvernement du Québec du projet Énergie Saguenay. Voir Claimant's Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction, 18 April 2025 (« *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG* »), ¶ 519: « The Québec Government's decision to refuse the GNLQ Project had also killed the Gazoduq Project ».

³ **CL-0270-ENG**, *TC Energy Corporation and TransCanada Pipelines Limited c. États-Unis d'Amérique (II)* (Affaire CIRDI No. ARB/21/63) Sentence, 12 juillet 2024, ¶ 207: « Because Annex 14-C only applies prospectively in respect of the offer to arbitrate and of Section B of NAFTA, and not in respect of the substantive provisions of Section A, in both cases, the treaty was not applicable at the time of the breach and the tribunal consequently lacks jurisdiction ». Voir aussi; **RL-0184-ENG**, *Westmoreland Coal Company c. Canada* (Affaire CIRDI No. UNCT/23/2), Sentence, 17 décembre 2024 (« *Westmoreland III – Sentence* »), ¶ 143: « According to USMCA Article 14.2.3, Chapter 14 “does

répétée du Canada, des États-Unis et du Mexique dans l'application de l'annexe 14-C établit un accord des trois Parties à l'égard de cette interprétation de l'annexe. Les décisions du Canada et du Québec de refuser le projet Énergie Saguenay n'étant pas assujetties aux obligations prévues au chapitre 11 de l'ALÉNA, le différend soumis au Tribunal n'est donc pas de ceux visés par le consentement du Canada contenu à l'annexe 14-C de l'ACÉUM et le Tribunal se doit, par conséquent, de décliner compétence.

3. Afin d'éviter le rejet de sa plainte, la demanderesse tente de rattacher le différend à des faits survenus avant l'extinction de l'ALÉNA. Elle allègue pour la première fois dans sa réplique que ces faits, individuellement et dans leur ensemble, constituent des faits illicites qui engagent la responsabilité internationale du Canada⁴. Ce nouvel argument ne lui est d'aucun secours. Premièrement, les nouvelles allégations sont tardives, n'ayant pas été incluses dans l'avis d'intention ni dans la demande d'arbitrage. Certaines ne sont même pas incluses dans le mémoire. Deuxièmement, les faits survenus avant l'extinction de l'ALÉNA sur lesquels la demanderesse se fonde pour alléguer des violations autonomes des obligations du Canada sont tous survenus, à une exception près⁵, plus de trois ans avant le dépôt de la demande d'arbitrage le 17 février 2023 et dans la mesure où ces manquements lui auraient occasionné un préjudice, la demanderesse devait ou aurait dû avoir connaissance de celui-ci avant cette date⁶. La plainte de la demanderesse à l'endroit de ces mesures est, par conséquent, prescrite par l'article 1117(2) de l'ALÉNA.

not bind a Party in relation to an act or fact that took place or a situation that ceased to exist before” the USMCA superseded NAFTA, “except as provided for in Annex 14-C”. As such, it offers investment protection for breaches preceding the USMCA that occurred while NAFTA was still in force, a proposition that is common ground between the Parties. » [nous soulignons].

⁴ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 554.

⁵ La seule mesure qui ressorti potentiellement à la compétence *ratione temporis* du Tribunal est la fuite alléguée d'informations confidentielles concernant un investisseur clé à une date indéterminée mais que la demanderesse situe en mars 2020. Toutefois, non seulement cette allégation est-elle non fondée, mais elle ne relève pas de la compétence du Tribunal car il ne s'agit pas d'une mesure visée à l'avis d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage ni incluse dans la demande d'arbitrage.

⁶ La demanderesse ne peut éviter l'effet prescriptif de l'article 1117(2) en plaidant que les seuls dommages réclamés sont ceux survenus après le 21 juillet 2021. Ce qui importe c'est que la demanderesse sache que ces mesures lui aient occasionné une perte ou un dommage. Qu'elle décide ou non de réclamer une compensation monétaire pour ces dommages importe peu. Surtout, les dommages qu'elle réclame n'ont pas été occasionnés par les manquements allégués survenus avant le 1er juillet 2020 considérés de manière autonome et distincte des décisions du Canada et du Québec de refuser le projet Énergie Saguenay. L'assujettissement du projet Énergie Saguenay à deux évaluations environnementales, l'exigence de soumettre un bilan des avantages et des coûts, l'élargissement de la portée géographique de l'évaluation fédérale et les autres manquements allégués survenus avant le 1er juillet 2020 n'ont pas, de manière autonome et indépendante des refus, occasionné les dommages réclamés.

Troisièmement, la nouvelle allégation de fait illicite composite doit être rejetée car les actes et omissions qui la composent ne présentent pas le degré de connexité requis entre eux. Même si c'était le cas, il s'agirait d'un manquement qui se serait concrétisé après l'extinction de l'ALÉNA au moment où les gouvernements du Québec et du Canada ont décidé de refuser le projet Énergie Saguenay. Un tel manquement composite ne peut faire l'objet d'une plainte fondée sur l'annexe 14-C de l'ACÉUM⁷ car l'illicéité d'un acte composite doit s'apprécier en fonction des obligations en vigueur lors des actes ou omissions qui le composent. L'allégation d'acte composite de la demanderesse ne peut faire échec au principe d'intertemporalité. Enfin, le manquement allégué résultant du fait composite n'est pas distinct des manquements allégués résultants des actes et omissions qui le composent.

4. La prétention de la demanderesse à l'effet que le manquement composite se soit seulement « révélé » lors des décisions des gouvernements de refuser son projet ne résiste pas à l'analyse⁸. Aucune des mesures contestées, soit de manière individuelle ou collective, n'était occulte ou cachée et la demanderesse ne peut raisonnablement prétendre qu'elle n'avait pas connaissance des faits constituant le manquement composite allégué au moment où ceux-ci sont survenus. Si le manquement s'est « révélé » lors des décisions des gouvernements, ce n'est donc pas parce que les décisions ont mis en lumière de nouveaux faits mais bien parce que le manquement composite se serait seulement concrétisé lors de ces décisions.

5. À tout évènement, même si la demanderesse arrivait à établir l'existence d'un manquement qui se serait concrétisé pendant la période durant laquelle l'ALÉNA était en vigueur et qui ne serait

⁷ La demanderesse n'allègue pas que son projet a été effectivement rejeté par les deux gouvernements, à son insu, avant le 1er juillet 2020. Elle prétend plutôt que les gouvernements étaient initialement favorables au projet mais que le gouvernement du Québec a soudainement changé d'avis après la réception du rapport du BAPE et a illégalement et soudainement imposé de nouveaux critères d'évaluation lors de la conférence de presse du ministre de l'Environnement du Québec en mars 2021, soit plus de huit mois après l'extinction de l'ALÉNA. *Voir* Request for Arbitration, ¶ 6: « After years of encouragement and direct support for the Projects both through specific commitments and through public statements, the highest political leadership of Québec suddenly developed cold feet and ultimately scuttled the Projects in the run-up to an election year. »); Memorial on Jurisdiction and the Merits, 21 novembre 2023 (« *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG* »), ¶ 468: « in March 2021 the Québec Government marked a stark departure from this long-established policy position in the context of its evaluation of GNLQ, suddenly holding that Québec would only approve the Project if it met its eleventh-hour “core criteria” »; *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 14: « in a knee-jerk reaction, Canada upended its own ongoing environmental review process. In patent violation of natural justice, and clearly aping Québec's decision, in September 2021 the Prime Minister's spokespeople declared Canada would never grant the Project approval. »

⁸ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 576: « Here, the composite act was 'revealed' in July 2021, when the Québec Government refused to authorise the GNLQ Project ».

pas prescrit, sa plainte devrait quand même être rejetée car la demanderesse n'a quantifié et ne réclame aucun dommage qui découle d'une source indépendante des décisions du Canada et du Québec de refuser son projet.

6. La plainte de la demanderesse doit également être rejetée car le différend entre les parties n'est pas un différend « en relation directe avec un investissement » tel que requis par l'article 25 de la Convention CIRDI qui délimite la compétence du Tribunal. Il s'agit plutôt d'un différend portant sur les refus des gouvernements du Canada et du Québec de permettre un investissement qui aurait causé des effets environnementaux négatifs importants en la forme d'un rejet dans l'atmosphère d'importantes quantités de GES et le passage de navires-citernes dans une zone sensible de l'habitat essentiel d'un mammifère marin en voie de disparition. S'agissant d'un différend portant sur l'autorisation d'un investissement, et non sur un investissement existant, le différend ne ressortit pas à la compétence du Tribunal.

II. LES DÉCISIONS DE REFUS DE JUILLET 2021 ET FÉVRIER 2022 NE RELÈVENT PAS DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL

A. L'annexe 14-C ne permet pas à un investisseur de soumettre une plainte à l'arbitrage pour des faits générateurs de responsabilité survenus après l'extinction de l'ALÉNA

1. Le Canada a cessé d'être lié par les obligations de la section A du chapitre 11 à l'extinction de l'ALÉNA

7. Comme le Canada l'a établi dans son mémoire sur la compétence⁹, l'ALÉNA s'est éteint le 30 juin 2020, ce qui a eu pour effet de libérer le Canada de son obligation de continuer à exécuter le traité, conformément à l'article 70.1 a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après CVDT). L'article 70.1 a) prévoit en effet qu' « [à] moins que le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, le fait qu'un traité a pris fin en vertu de ses dispositions ou conformément à la présente Convention : a) Libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité [...] »¹⁰. Comme nous l'expliquons ci-dessous, ni l'ALÉNA, ni le Protocole, ni

⁹ Contre-mémoire sur le fond et mémoire sur la compétence du Canada, 15 juillet 2024 (« *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA* »), ¶ 183.

¹⁰ **RL-0063-FRA**, Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, article 70(1).

l'ACEUM ne contient d'accord visant à écarter l'application de la règle par défaut quant aux conséquences de l'extinction des traités contenu à l'article 70.1 a) de la CVDT.

8. Par conséquent, tout acte ou omission du Canada survenu après le 30 juin 2020 ne peut pas constituer une violation de l'ALÉNA, suivant le principe d'intertemporalité de droit international coutumier reflété à l'article 13 des *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (les « Articles de la CDI ») car le Canada n'était plus lié par les obligations de l'ALÉNA après l'extinction du traité¹¹.

9. Ces règles de droit international coutumier sont essentielles dans la présente affaire, puisqu'elles établissent le cadre à l'intérieur duquel les termes de l'annexe 14-C doivent être interprétés. Plus particulièrement, elles renseignent l'interprète du traité sur le sens à donner aux termes « manquement à une obligation » au paragraphe 1 de l'annexe 14-C. Comme le Canada l'a démontré dans son mémoire sur la compétence, « manquement à une obligation », lu à la lumière des règles pertinentes de droit international, signifie un manquement à une obligation qui était en vigueur au moment où les faits allégués sont survenus¹². Contrairement à ce que prétend la demanderesse¹³, le Canada ne tente pas d'ajouter des termes au traité qui ne s'y trouvent pas, mais uniquement de l'interpréter à la lumière des règles de droit international coutumier qui l'encadrent, incluant le principe d'intertemporalité. Ainsi, les seuls faits pouvant fonder une plainte au titre de l'annexe 14-C sont ceux précédant l'extinction de l'ALÉNA.

10. C'est ce qu'a conclu le tribunal dans l'affaire *TC Energy*, s'appuyant sur les mêmes règles de droit international pour déterminer le sens de « breach of an obligation » au paragraphe 1 de l'annexe 14-C :

Finally, Article 31(3)(c) VCLT mandates taking into account any relevant rule of international law applicable between the parties. Article 70 VCLT and Article 13 of the State Responsibility Articles are such relevant rules applicable to the consequences of a “treaty.” According to Article 70, unless the treaty provides

¹¹ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶ 183; **RL-0064-FRA**, Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, p.140.

¹² *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶¶ 204-206.

¹³ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 662: « In its Counter-Memorial, the Respondent improperly seeks to introduce a fifth condition, namely, that the measures alleged to be in breach of the NAFTA's substantive standards must have occurred before the NAFTA's termination ».

otherwise (which is not the case, as indicated above), termination of a treaty releases the parties from any obligation to perform it, and pursuant to Article 13, in the absence of any such obligation, there is no breach. [...] The Ambatielos case discussed by Prof. Ascensio confirms the relevance of the customary international law rules codified by these provisions as applied to a comparable case. These relevant rules require that the terms “breach of an obligation” apply to events having occurred while a treaty is in force.¹⁴

11. Pourtant, dans son contre-mémoire sur la compétence, la demanderesse semble faire fi de ces règles de droit international. Sans tenir compte du cadre de droit international, elle interprète l’annexe 14-C en vase clos pour en arriver à un résultat erroné, qui ignore le sens ordinaire des termes de l’annexe 14-C, ne tient pas compte de son contexte ni de l’objet et du but du traité et contredit non seulement la pratique ultérieure des Parties à l’ACEUM mais également le contenu des documents pouvant servir de moyens complémentaires d’interprétation.

2. Selon le sens ordinaire de ses termes, l’annexe 14-C ne contient aucun accord visant à prolonger l’application de la section A du Chapitre 11 de l’ALÉNA

12. Dans son contre-mémoire sur la compétence, la demanderesse avance que certaines dispositions de l’ALÉNA, incluant celles contenues à la section A du chapitre 11, ont été maintenues en vigueur pour une période de trois ans après l’extinction du traité puisque les Parties à l’ALÉNA ont en ont ainsi convenu¹⁵. Selon la demanderesse, cet accord visant à écarter la règle par défaut de l’article 70.1 a) de la CVDT se trouverait aux paragraphes 1 à 3 de l’annexe 14-C de l’ACEUM¹⁶.

13. La prétention de la demanderesse est erronée. L’annexe 14-C ne contient nulle part un accord des Parties à maintenir en vigueur les dispositions de la section A du chapitre 11 de l’ALÉNA au-delà de l’extinction du traité.

¹⁴ **CL-270-ENG**, *TC Energy Corporation and TransCanada Pipelines Limited c. États-Unis d’Amérique* (Affaire CIRDI No. ARB/21/63), Sentence, 12 juillet 2024 (« *TC Energy – Sentence* »), ¶ 175. Voir aussi **RL-0184-ENG**, *Westmoreland III – Sentence*, ¶ 143: « As such, it [Annex 14-C] offers investment protection for breaches preceding the USMCA that occurred while NAFTA was still in force, a proposition that is common ground between the Parties. »

¹⁵ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 628-629.

¹⁶ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 633, 678-679, 681.

14. Comme le Canada l'a démontré dans son mémoire sur la compétence, la fonction de l'annexe 14-C est d'établir les conditions auxquelles les Parties à l'ACEUM consentent à ce qu'une plainte soit soumise ou entendue par un tribunal d'arbitrage conformément au mécanisme de la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA et ce, malgré l'extinction de l'ALÉNA¹⁷. L'annexe 14-C est une annexe de nature procédurale. C'est ce qu'a reconnu le tribunal dans l'affaire *TC Energy* : « The purpose of Annex 14-C is to establish consent to arbitrate in accordance with Section B in respect of certain claims. That purpose is procedural in nature and does not cover the substantive provisions of NAFTA unless there is evidence to the contrary. »¹⁸

15. Ainsi, l'objet de l'accord des Parties à l'ACEUM contenu à l'annexe 14-C est l'extension de leur consentement à l'arbitrage, et non l'extension des obligations de fond du chapitre 11 de l'ALÉNA¹⁹. Ce faisant, le seul accord contenu à l'annexe 14-C faisant exception à la règle par défaut de l'article 70.1 a) de la CVDT est celui de prolonger, après l'extinction du traité, le consentement du Canada, des États-Unis et du Mexique à l'arbitrage de plaintes pour des manquements à l'ALÉNA. L'annexe 14-C ne contient aucun accord visant à contrecarrer la conséquence par défaut de l'extinction de l'ALÉNA à l'égard des obligations de fond du chapitre 11. Comme l'a remarqué le tribunal dans l'affaire *TC Energy*, « Annex 14-C is therefore only an exception to the expiration of NAFTA in respect to the offer to arbitrate. It is not an exception to the termination of Section A. »²⁰

a) Le paragraphe 3 de l'annexe 14-C ne démontre pas un accord à prolonger l'application de la section A du chapitre 11

16. Dans son contre-mémoire sur la compétence, la demanderesse prétend que si les Parties à l'ALÉNA avaient voulu restreindre les plaintes au titre de l'annexe 14-C aux seuls manquements

¹⁷ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶¶ 202-210.

¹⁸ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 152. Voir aussi ¶ 156: « To the contrary, both Annex 14-C and the relevant other provisions in the Protocol, in Chapter 14 and in the Final Provisions of USMCA point to the conclusion that Annex 14-C only extended NAFTA in respect of the offer to arbitrate included in Section B. »

¹⁹ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 146: « The ordinary terms of Annex 14- C indicate that they agreed to extend the offer to arbitrate. They did however not agree to also extend Section A. »

²⁰ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 152. Voir aussi **RL-0184-ENG**, *Westmoreland III – Sentence*, ¶ 144: « Specifically, Paragraphs 1 and 3 of Annex 14-C limit the USMCA Parties' consent to arbitration to claims for breaches of Chapter 11 that are made "in accordance" with Chapter 11 within three years of NAFTA's termination and with respect to a "legacy investment" ».

survenus avant l'extinction de l'ALÉNA, elles n'auraient pas inclus le paragraphe 3 sur le prolongement du consentement à l'arbitrage. Elle raisonne erronément qu'un investisseur possédant un investissement antérieur et ayant subi un dommage avant l'extinction de l'ALÉNA aurait été tenu, de toute manière, de déposer une plainte à l'intérieur d'un délai de trois ans en application des paragraphes 1 et 2 de l'annexe 14-C et des articles 1116 et 1117 de l'ALÉNA²¹.

17. La limite temporelle du paragraphe 3 de l'annexe 14-C se distingue de celles prévues aux articles 1116(2) et 1117(2) de l'ALÉNA, qui dépendent du moment où l'investisseur ou l'entreprise a acquis pour la première fois la connaissance réelle ou présumée du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi. Alors que les limites prévues aux articles 1116(2) et 1117(2) sont théoriquement infinies, le paragraphe 3 impose une limite fixe offrant plus de certitude aux Parties quant à la fenêtre temporelle durant laquelle de nouvelles plaintes peuvent être déposées contre elles. Le tribunal dans l'affaire *TC Energy* l'a expliqué en ces termes :

However, in the absence of Paragraph 3, consent to arbitrate would have existed for such breaches as long as the limitation period provided by Articles 1116(2) and 1117(2) of NAFTA had not expired. Because Articles 1116(2) and 1117(2) set the *dies a quo* at the latest at the date of knowledge of the breach and the date of knowledge of the loss, the time during which claims could be brought under Annex 14-C would be indefinite. As the Respondent has convincingly explained in its closing, Paragraph 3 therefore limits that time and establishes certainty in this regard.²²

18. Il est donc clair que le paragraphe 3 de l'annexe 14-C a un effet utile. Il ne démontre pas un accord à prolonger l'application de la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA au-delà de l'extinction du traité.

b) La définition d' « investissement antérieur » ne démontre pas un accord à prolonger l'application de la section A du chapitre 11

19. Dans son contre-mémoire sur la compétence, la demanderesse s'appuie sur la définition d'investissement antérieur au paragraphe 6 de l'annexe 14-C pour tenter de miner l'interprétation du Canada. Elle affirme que selon l'interprétation du Canada, la définition d'investissement

²¹ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 632.

²² **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 158.

antérieur ferait obstacle au dépôt d'une plainte pour expropriation. Il en serait ainsi puisqu'un investissement exproprié avant l'extinction de l'ALÉNA ne pourrait se qualifier d'investissement antérieur aux fins de l'annexe 14-C, puisqu'il n'existerait plus à la date d'entrée en vigueur de l'ACEUM en raison de l'expropriation²³.

20. Contrairement à ce que prétend la demanderesse²⁴, cette définition ne démontre en rien que l'annexe 14-C devrait avoir pour effet de prolonger l'application des obligations de la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA au-delà de l'extinction du traité. Le fait que le consentement des Parties à l'ACEUM à appliquer le mécanisme de règlement des différends prévu à la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA ne s'applique qu'aux manquements survenus alors que l'ALÉNA était en vigueur ne fait pas en sorte que les manquements allégués à l'article 1110 ne peuvent faire l'objet d'une plainte au titre de l'annexe 14-C.

21. Premièrement, la majorité des plaintes fondées sur l'article 1110, tout comme celle de la demanderesse en l'espèce, visent des allégations d'expropriation indirecte. Or, dans les cas d'expropriations indirectes, les investisseurs conservent le contrôle et la propriété de leur investissement allégué nonobstant le fait que la mesure contestée ait pu les priver substantiellement de celui-ci. Par exemple, malgré les refus des gouvernements du Canada et du Québec d'approuver le projet Énergie Saguenay, la demanderesse conserve le contrôle et la propriété de Symbio et de ses filiales, qu'elle allègue comme étant des investissements en l'espèce. La définition d'investissement antérieur au paragraphe 6(a) de l'annexe, conjuguée à la portée du consentement prévu au paragraphe 1, ne fait donc pas obstacle au dépôt d'une plainte d'expropriation.

22. Deuxièmement, même dans les rares cas d'expropriation directe, des principes d'équité procédurale pourraient être invoqués pour empêcher le rejet d'une plainte au motif que l'expropriation d'un investissement aurait privé un investisseur d'un « investissement antérieur ». Comme le faisait remarquer le tribunal dans l'affaire *Westmoreland III*: « given the wording of Paragraph 1 of Annex 14-C, in which the USMCA Parties consented to arbitrate claims of breach of an obligation under Chapter 11, including expropriation under Article 1110, a good faith interpretation of the “in existence” requirement would imply disregarding that requirement in cases

²³ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 634-640.

²⁴ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 640.

where the “non-existence” is caused by the respondent State. »²⁵ Le Tribunal n’a pas besoin en l’espèce de définir dans quelles circonstances un tribunal pourrait refuser le rejet d’une plainte d’expropriation directe car la plainte de la demanderesse est une plainte d’expropriation indirecte.

23. Il suffit de souligner que la portée du paragraphe 1 de l’annexe 14-C n’implique pas nécessairement l’impossibilité de formuler une plainte fondée sur une violation de l’article 1110 de l’ALÉNA comme le prétend la demanderesse.

c) La note de bas de page 20 ne démontre pas un accord à prolonger l’application de la section A du chapitre 11

24. La demanderesse allègue dans son contre-mémoire sur la compétence que la note de bas de page 20 confirme que les obligations de la section A du chapitre 11 de l’ALÉNA sont prolongées pour trois ans car la note n’aurait pas d’effet utile selon l’interprétation du Canada²⁶. La position de la demanderesse est erronée, puisqu’elle ignore à la fois le cadre de droit international pertinent et les termes spécifiques employés dans la note de bas de page.

25. Comme le Canada l’a souligné dans son mémoire sur la compétence²⁷, le principe d’intertemporalité des obligations internationales prévoit qu’un « [...] fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l’époque et non pas à celle du droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait. »²⁸ Dans le cas des plaintes déposées au titre du paragraphe 1 de l’annexe 14-C, les faits juridiques sur lesquels la plainte est fondée doivent donc être appréciés à la lumière du droit en vigueur au moment de ces faits, c’est-à-dire les obligations de l’ALÉNA applicables jusqu’au 30 juin 2020.

26. Ainsi, l’effet utile de la note de bas de page 20 est de confirmer ce que stipule le principe d’intertemporalité, et non de prolonger l’application des obligations de fond du chapitre 11 de l’ALÉNA. La formule « il est entendu » (*for greater certainty*) en début de phrase démontre la nature confirmatrice de la note de bas de page 20. Le tribunal dans l’affaire *TC Energy* l’a bien

²⁵ **RL-0184-ENG**, *Westmoreland III – Sentence*, ¶ 169.

²⁶ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 645.

²⁷ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶ 214.

²⁸ **RL-0064-FRA**, *Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, article 13.

expliqué en ces termes : « The ordinary meaning of these terms [for greater certainty] is to confirm the existence of a given rule. These terms therefore indicate that the provision in which they are included does not introduce new obligations; therefore, footnote 20 cannot be construed as an agreement to extend Section A. »²⁹

27. Non seulement la demanderesse ignore le sens des termes « il est entendu », son interprétation consiste à réécrire la note de bas de page pour y déceler un accord à prolonger tout un ensemble de dispositions pendant trois ans après l’extinction de l’ALÉNA. La note prévoit que les dispositions pertinentes des chapitres 2, 11, 14, 15, 17, 21 et des annexes I à VII de l’ALÉNA « s’appliquent à l’égard d’une plainte de cette nature » [nous soulignons] et non « s’appliquent aux mesures adoptées ou maintenues après l’extinction de l’ALÉNA ».

28. Lorsque les Parties à l’ACEUM ont convenu d’appliquer des dispositions à des mesures, elles l’ont fait en des termes clairs, comme le démontrent ces exemples du chapitre 14 de l’ACEUM :

- (i) Article 14.2.2 : « Les obligations d’une Partie au titre du présent chapitre s’appliquent aux mesures adoptées ou maintenues par : [...] » [nous soulignons].
- (ii) Article 14.3.4 : « [...] les articles 15.5 (Accès aux marchés) et 15.8 (Élaboration et administration des mesures administratives) s’appliquent aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie qui concernent la fourniture d’un service sur son territoire par un investisseur visé. » [nous soulignons]
- (iii) Article 14.12.1 : « Les articles 14.4 (Traitement national), 14.5 (Traitement de la nation la plus favorisée), 14.10 (Prescriptions de résultats) et 14.11 (Dirigeants et conseils d’administration) ne s’appliquent pas : à une mesure non conforme existante maintenue par une Partie [...] » [nous soulignons]

²⁹ CL-270-ENG, *TC Energy – Sentence*, ¶ 162.

29. À l'inverse, lorsque les Parties à l'ACEUM ont convenu d'appliquer ou non des dispositions à des plaintes, elles l'ont fait en des termes clairs, comme dans les notes de bas de page 20 et 32 du chapitre 14 de l'ACEUM.

30. La note de bas de page 32, qui réfère au paragraphe 4 de l'annexe 14-E, dispose ce qui suit : « Il est entendu que les sous-paragraphes 1(a)-(c) de l'article 14.D.5 ne s'appliquent pas aux plaintes déposées en vertu du paragraphe 2. » [nous soulignons] Le paragraphe 2 de l'annexe 14-E autorise le recours au mécanisme de règlement des différends investisseur-État de l'annexe 14-D en matière de contrats gouvernementaux visés pour toutes les obligations du chapitre 14 de l'ACEUM. Les sous-paragraphes 1(a) à (c) de l'article 14.D.5 conditionnent le dépôt d'une plainte à l'épuisement des recours en droit interne et imposent un délai de prescription de quatre ans. Il est clair que la note de bas de page 32 soustrait une plainte fondée sur le paragraphe 2 de l'annexe 14-E à ces conditions. De la même manière, il est clair que la note de bas de page 20 identifie les règles qu'un tribunal serait tenu d'appliquer pour statuer sur une plainte déposée conformément au paragraphe 1 de l'annexe 14-C, c'est-à-dire celles qui étaient applicables au moment du manquement allégué, mais qui ne le sont plus au moment du dépôt d'une plainte, soit les règles de fond du chapitre 11 de l'ALÉNA et non celles du chapitre 14 de l'ACEUM.

31. En somme, la note de bas de page 20 ne démontre aucunement un accord des Parties à l'ACEUM à prolonger l'application de la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie à partir du 1^{er} juillet 2020.

d) La note de bas de page 21 ne démontre pas un accord à prolonger l'application de la section A du chapitre 11

32. Dans son contre-mémoire sur la compétence, la demanderesse soutient que la seule interprétation qui accorde à la note de bas de page 21 un effet utile est celle selon laquelle l'annexe 14-C prolongerait de trois ans les obligations de fond du chapitre 11 de l'ALÉNA après l'extinction du traité³⁰. La demanderesse a tort.

33. Dans son mémoire sur la compétence, le Canada a expliqué que l'effet utile de la note de bas de page 21 pourrait se manifester dans une situation d'acte continu chevauchant la date à

³⁰ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 653.

laquelle l'ACEUM a remplacé l'ALÉNA, donnant ainsi lieu à des manquements consécutifs à l'ALÉNA (jusqu'au 30 juin 2020), puis à l'ACEUM (à partir du 1^{er} juillet 2020)³¹. Le tribunal dans l'affaire *TC Energy* a d'ailleurs évoqué cette hypothèse, soulevée également par les États-Unis, pour rejeter un argument identique de l'investisseur dans cette affaire :

166. Footnote 21 also does not assist the Claimant's case. According to the Claimants, [footnote 21] demonstrates that the parties agreed that NAFTA Chapter 11 would continue to apply prospectively because there could otherwise not be an overlap between Annex 14-C and Annex 14-E (which applies prospectively to holders of governmental contracts in the energy, telecoms and infrastructures sector). However, the Respondent offers two possible explanations for footnote 21.

167. The first is that footnote 21 establishes clarity in case of a continuous or composite breach (in the sense of Articles 14 and 15 of the ILC Articles). The Claimants have in this respect pointed to what they view as the absurdity of an outcome preventing a claimant having suffered a continuous or composite breach from recovering the largest part of its loss when it was suffered under NAFTA. It is true that a NAFTA tribunal would in case of a continuous or composite breach have no jurisdiction to assess the parts of that breach occurring after the NAFTA termination; equally, a USMCA tribunal would not have jurisdiction to assess facts occurring before USMCA's entry into force. However, as there may be uncertainty as to what part of a loss is attributable to facts occurring before or after NAFTA's expiration, the parties may have wanted to address the uncertainty through footnote 21. In the case of a composite breach, there may also be uncertainty as to when the action or omission occurred which, taken with the other actions or omissions, constitutes the wrongful act. The parties may have wanted to eliminate this by including footnote 21. Finally, because of the temporal limitations that would apply to the respective jurisdictions of NAFTA and USMCA tribunals in case of continuous or composite breaches, there would be the risk of parallel arbitrations based on both treaties.³²

34. Le tribunal a ensuite conclu que la note de bas de page 21 n'appuie pas une interprétation selon laquelle le chapitre 11 de l'ALÉNA demeurerait en vigueur après le 30 juin 2020 : « Footnote 21 does therefore not necessarily presuppose that Chapter 11 remains in force after 30 June 2020:

³¹ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶ 219. Ce paragraphe contient une erreur que nous souhaitons rectifier: « Cette situation pourrait se produire dans le cas d'une mesure continue, adoptée avant le 1er juillet 2020 puis maintenue à partir de cette date, qui constituerait consécutivement un manquement à l'ALÉNA (à partir du 1^{er} juillet jusqu'au 30 juin 2020) puis un manquement à l'ACEUM (après le 1er juillet 2020). »

³² **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶¶ 166-167 (nos soulignements).

the parties may have wanted to avoid the uncertainties described above and the potential parallel arbitrations. »³³

35. La demanderesse soutient également que la note de bas de page 21 ne contient pas d'accord à ne pas prolonger l'application de la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA³⁴. Un tel argument fait fi à nouveau du cadre de droit international pertinent à l'interprétation de l'annexe 14-C. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, la conséquence par défaut de l'extinction d'un traité, en vertu de l'article 70.1 a) de la CVDT, est que les parties cessent d'être liées par les obligations du traité. À la lumière de cette règle de droit international, il n'était pas nécessaire pour les Parties à l'ACEUM de spécifier – ni dans la note de bas de page 21 ni ailleurs dans l'ACEUM – que les obligations de la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA cesseraient de s'appliquer à l'extinction du traité, puisque la conséquence de l'extinction est déjà déterminée par le droit international. Ainsi, il n'y a aucune conclusion à inférer de l'absence dans la note de bas de page 21 d'un accord à ne pas prolonger la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA pendant trois ans après l'extinction du traité.

36. Finalement, la demanderesse invoque la décision du tribunal dans l'affaire *Finley* pour appuyer son interprétation de la note de bas de page 21 et du consentement à l'arbitrage contenu au paragraphe 1 de l'annexe 14-C³⁵. Il est vrai que dans cette affaire le tribunal a confirmé sa compétence sous l'annexe 14-C pour trancher un différend portant sur des faits qui ont chevauché l'extinction de l'ALÉNA et l'entrée en vigueur de l'ACEUM³⁶. Toutefois, le long passage de la décision que la demanderesse cite dans son contre-mémoire sur la compétence est tronqué et omet les raisons pour lesquelles le tribunal en arrive à cette conclusion.

37. Dans la phrase qui suit immédiatement le passage cité par la demanderesse, le tribunal explique que: « in the Tribunal's view, it would neither have been reasonable or appropriate nor

³³ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 167. *Voir aussi*, ¶ 170: « At any rate, the Tribunal sees no reason to interpret footnote 21 as the Claimants propose, showing an intent to extend NAFTA's substantive provisions in a way that is inconsistent with the ordinary meaning of Annex 14-C and other USMCA provisions. »

³⁴ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 653: « However, footnote 21 does not contain or reflect either an agreement **not** to extend the NAFTA, Chapter 11, Section A obligations; [...] ».

³⁵ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 657-660.

³⁶ **CL-295-ENG**, *Finley Resources et al. c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB/21/25), Décision révisée sur la compétence et la responsabilité, 8 janvier 2025 (« *Finley Resources - Décision révisée sur la compétence et la responsabilité* »), ¶¶ 213 et 214.

procedurally economical to require the Claimants to argue their case concerning the finiquito or the calling of the Dorama Bond [les mesures contestées qui étaient postérieures à l'entrée en vigueur de l'ACEUM] separately, as a new Annex 14-E claim, let alone start a new arbitration to deal with that alleged breach instead. »³⁷

38. Plus loin, le tribunal traite de l'argument selon lequel les faits postérieurs à l'entrée en vigueur de l'ACEUM auraient dû être plaidés en tant que manquements à ce traité et non de l'ALÉNA. Après avoir réitéré l'argument d'efficacité procédurale, le tribunal énonce trois autres motifs pour lesquels il confirme sa compétence quant aux faits postérieurs à l'ALÉNA: 1) dans un premier temps, le tribunal note que le Mexique ne s'est pas opposé à la compétence du tribunal et l'aurait même tacitement accepté³⁸, 2) deuxièmement, le tribunal note que la seule mesure qui est postérieure à l'entrée en vigueur de l'ACEUM est une décision qui avait, dans les faits, déjà été prise trois ans auparavant alors que l'ALÉNA était toujours en vigueur³⁹ et 3) le tribunal note que la norme minimale de traitement et l'obligation de traitement national prévues à l'ALÉNA et l'ACEUM sont similaires, de sorte que l'analyse du tribunal sera la même que le recours par rapport aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de l'ACEUM soit entrepris au titre de l'annexe 14-C ou 14-E⁴⁰.

39. Le tribunal a donc accepté de trancher le différend qui lui a été soumis en vertu du consentement à l'arbitrage prévu à l'annexe 14-C de l'ACEUM, non pas parce que le tribunal était d'avis qu'il aurait pu être valablement soumis à la fois en vertu des annexes 14-C et 14-E, mais bien parce qu'il a jugé qu'il aurait été déraisonnable et inefficace de rejeter le recours fondé sur l'annexe 14-C afin que les investisseurs déposent une nouvelle plainte visant le même différend sous l'annexe 14-E⁴¹. Il est donc difficile de voir dans cette décision une approbation de

³⁷ **CL-295-ENG**, *Finley Resources - Décision révisée sur la compétence et la responsabilité*, ¶ 214.

³⁸ **CL-295-ENG**, *Finley Resources - Décision révisée sur la compétence et la responsabilité*, ¶ 463.

³⁹ **CL-295-ENG**, *Finley Resources - Décision révisée sur la compétence et la responsabilité*, ¶ 465.

⁴⁰ **CL-295-ENG**, *Finley Resources - Décision révisée sur la compétence et la responsabilité*, ¶ 466.

⁴¹ Le tribunal a noté que les demandereses avaient réservé leur droit de déposer une nouvelle demande d'arbitrage fondée sur l'annexe 14-E et qu'elles avaient déjà déposé un avis d'intention à cet effet **CL-295-ENG**, *Finley Resources - Décision révisée sur la compétence et la responsabilité*, ¶ 460.

l'interprétation de l'annexe 14-C selon laquelle les trois Parties à l'ACEUM auraient accepté de prolonger dans le temps les obligations de fond du chapitre 11 de l'ALÉNA.

40. En outre, aucune des considérations sur lesquelles le tribunal se fonde dans l'affaire *Finley* pour accepter de trancher un différend au titre de l'annexe 14-C portant sur des faits chevauchant la date d'entrée en vigueur de l'ACEUM ne s'applique en l'espèce. Contrairement aux demanderesses dans l'affaire *Finley*, la demanderesse ne peut avoir recours au mécanisme de règlement des différends prévu à l'annexe 14-E, lequel ne s'applique pas entre le Canada et les États-Unis. Les considérations d'efficacité procédurale qui ont pesé lourd dans la décision du tribunal dans l'affaire *Finley* ne sont donc pas présentes en l'espèce.

41. Contrairement au Mexique, le Canada s'est opposé en temps utile à la compétence du Tribunal pour trancher le différend soumis en invoquant le consentement à l'arbitrage du Canada prévu à l'annexe 14-C et il est impossible de prétendre que le Canada ait tacitement consenti à la compétence du Tribunal.

42. Surtout, contrairement à l'affaire *Finley*, les décisions des gouvernements du Québec et du Canada de refuser le projet Énergie Saguenay ne sont pas des décisions qui ont été prises pendant que l'ALÉNA était en vigueur et officialisées plus d'un an après son extinction.

43. Loin d'appuyer l'interprétation de l'annexe 14-C mise de l'avant par la demanderesse, la décision du tribunal dans l'affaire *Finley* appuie plutôt l'interprétation préconisée par la défenderesse. En effet, cette décision tend plutôt à démontrer qu'en l'absence de considérations particulières telles que celles énumérées par le tribunal, des faits survenus après l'entrée en vigueur de l'ACEUM ne peuvent faire l'objet d'un recours fondé sur l'annexe 14-C de ce traité, même lorsque ces faits sont rattachés à d'autres faits survenus pendant que l'ALÉNA était toujours en vigueur.

44. En somme, la note de bas de page 21 ne démontre aucunement un accord des Parties à l'ACEUM à prolonger l'application de la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA.

3. Le contexte, l'objet et le but de l'ACEUM confirment que l'annexe 14-C ne prolonge pas l'application de la section A du chapitre 11

a) Le Protocole de l'ACEUM soutient l'interprétation du Canada

45. Comme l'a souligné le Canada dans son mémoire sur la compétence, et comme l'a confirmé le tribunal dans l'affaire *TC Energy*⁴², le Protocole de l'ACEUM confirme à la fois par son titre (« Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains ») [nous soulignons] et son premier paragraphe (« l'ACEUM [...] remplace l'ALÉNA ») [nous soulignons] que l'annexe 14-C ne contient pas d'accord à prolonger la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA après son extinction⁴³. Dès l'entrée en vigueur de l'ACEUM le 1^{er} juillet 2020, la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA a été remplacée par le chapitre 14 de l'ACEUM.

46. Malgré que le Protocole emploie le terme sans équivoque « remplacer », la demanderesse prétend que le Protocole traite de la manière dont l'ACEUM allait « effectively co-exist » avec l'ALÉNA pendant trois ans⁴⁴. Pourtant, il n'est nulle part fait mention dans le Protocole d'une quelconque coexistence entre l'ALÉNA et l'ACEUM et la demanderesse ne réfère d'ailleurs à aucune source pour soutenir cette assertion.

47. Dans son contre-mémoire sur la compétence, la demanderesse déforme le sens du paragraphe 1 *in fine* du Protocole – « sous réserve des dispositions établies dans l'ACEUM qui renvoient aux dispositions de l'ALÉNA » – pour tenter d'appuyer son interprétation erronée de l'annexe 14-C. Sans offrir la moindre justification, elle affirme que le terme « sous réserve » signifie le maintien en vigueur de toutes les dispositions de l'ALÉNA auxquelles réfère l'ACEUM⁴⁵.

⁴² **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 174: « The object and purpose must be assessed from the treaty as a whole; the Protocol, the Preamble, the Initial Provisions and Definitions as well as Chapter 14 are obvious sources of reference for making this assessment. None of these, indicate that the object and purpose of USMCA would be inconsistent with the above interpretation of Annex 14-C. To the contrary, as stated in Article 1 of the Protocol, the object of USMCA was to replace NAFTA, which is consistent the [sic] Tribunal's conclusion that NAFTA was not extended save in the narrow exceptions clearly provided by the treaty. »

⁴³ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶¶ 239-243.

⁴⁴ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 682: « The Protocol, together with Annex 14-C, address the manner in which the USMCA was to replace and effectively co-exist with the NAFTA for three years. »

⁴⁵ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 677.

48. Non seulement une telle assertion est contraire au sens ordinaire du terme « sous réserve »⁴⁶, elle est également démentie par une analyse de chacune des dispositions de l'ACEUM qui renvoient aux dispositions de l'ALÉNA. Le sens des termes « sous réserve » doit être déterminé dans leur contexte, c'est-à-dire en fonction des dispositions spécifiques où l'ACEUM réfère à l'ALÉNA. Le Canada a déjà expliqué dans son mémoire sur la compétence l'effet des renvois à l'ALÉNA dans le chapitre 14 de l'ACEUM, qui est de préserver le fonctionnement du mécanisme de règlement des différends investisseur-État pour les fins de l'arbitrage de plaintes admissibles au titre de l'annexe 14-C, et non de maintenir en vigueur la section A du chapitre 11⁴⁷.

49. En plus des références aux chapitres 2, 11, 14, 15, 17 et 21 de l'ALÉNA dans l'annexe 14-C, l'ACEUM contient cinq autres renvois à des dispositions de l'ALÉNA, dont trois n'ont aucunement pour effet de maintenir les obligations de l'ALÉNA en vigueur après l'extinction du traité :

(i) Chapitre 4 (Règles d'origine) :

Nonobstant cet article, si un véhicule est couvert par un régime alternatif décrit à l'article 403.6 de l'ALÉNA de 1994 à la signature du présent accord, une transition prévue dans cet article peut inclure la fourniture d'un tel traitement, incluant les prescriptions de l'article 403(1) de l'ALÉNA de 1994 et toute Réglementation uniforme correspondante.⁴⁸

(ii) Chapitre 10 (Recours commerciaux), 10.12.15 d) :

[...] chacune des Parties : [...] d) maintient les modifications énoncées dans sa liste à l'annexe 10.12.15 de l'ALÉNA de 1994, reproduite à l'annexe 10-B.5 (Modifications à la législation nationale) du présent accord [...]⁴⁹

(iii) Chapitre 34 (Dispositions finales), article 34.1.3 :

⁴⁶ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶ 244.

⁴⁷ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶¶ 245-246.

⁴⁸ **RL-0185-FRA**, *Accord Canada-États-Unis-Mexique [ACEUM]*, Appendice Dispositions relatives aux règles d'origine spécifiques s'appliquant aux produits automobiles du chapitre 4, note de bas de page 82 à l'article 8.2 b).

⁴⁹ **RL-0186-FRA**, *Accord Canada-États-Unis-Mexique [ACEUM]*, Chapitre 10 – Recours commerciaux, article 10.12.15.

La composition du Comité créé en application de l'article 2022 de l'ALÉNA de 1994 peut être maintenue pour le Comité créé en application de l'article 31.22.4 (Modes alternatifs de règlement des différends).⁵⁰

50. Ces trois renvois n'ont pas pour effet de maintenir ni l'article 403, ni l'annexe 1904.15, ni l'article 2022 de l'ALÉNA en vigueur.

51. Par opposition, les deux renvois qui ont pour effet de maintenir en vigueur certaines obligations de l'ALÉNA le font en des termes clairs :

(i) Chapitre 34 (Dispositions finales), articles 34.1.4 et 34.1.5 :

4. Le chapitre 19 de l'ALÉNA de 1994 continue à s'appliquer aux révisions effectuées par les groupes spéciaux binationaux concernant les décisions définitives publiées par une Partie avant l'entrée en vigueur du présent accord.

5. S'agissant des questions visées au paragraphe 4, le Secrétariat établi en application de l'article 30.6 (Secrétariat) du présent accord s'acquitte des fonctions qui sont attribuées au Secrétariat de l'ALÉNA de 1994 en vertu du chapitre 19 de l'ALÉNA de 1994 et, pour le chapitre 19, des procédures nationales de mise en œuvre adoptées par les Parties à cet égard, jusqu'à ce que le groupe spécial binational ait rendu sa décision et qu'un avis de fin de la révision par un groupe spécial ait été émis par le Secrétariat conformément aux Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux – article 1904.⁵¹

(ii) Chapitre 34 (Dispositions finales), article 34.1.6:

6. S'agissant des demandes de traitement tarifaire préférentiel présentées au titre de l'ALÉNA de 1994, les Parties prennent des dispositions appropriées pour accorder un tel traitement conforme aux dispositions de l'ALÉNA de 1994 après la date d'entrée en vigueur du présent accord. Les dispositions du chapitre 5 de l'ALÉNA de 1994 continueront de s'appliquer par le biais de ces arrangements, mais uniquement pour les produits pour lesquels un traitement tarifaire préférentiel a été revendiqué conformément à l'ALÉNA de 1994, et resteront applicables pendant la période prévue à l'article 505 de l'ALÉNA de 1994.⁵²

52. Le renvoi des articles 34.1.4 et 34.1.5 prévoit que les obligations du chapitre 19 de l'ALÉNA continuent à s'appliquer aux révisions effectuées par les groupes spéciaux binationaux,

⁵⁰ **RL-0187-FRA**, *Accord Canada-États-Unis-Mexique [ACEUM]*, Chapitre 34, article 34.1.3.

⁵¹ **RL-0187-FRA**, *Accord Canada-États-Unis-Mexique [ACEUM]*, Chapitre 34, articles 34.1.4 et 34.1.5.

⁵² **RL-0187-FRA**, *Accord Canada-États-Unis-Mexique [ACEUM]*, Chapitre 34, article 34.1.6.

malgré l'extinction de l'ALÉNA. Le renvoi de l'article 34.1.6 prévoit que les dispositions du chapitre 5 continuent à s'appliquer relativement aux produits pour lesquels un traitement tarifaire préférentiel a été revendiqué en application de l'ALÉNA, malgré l'extinction de l'ALÉNA. Les deux dispositions emploient des termes clairs à cette fin (« continue à s'appliquer aux révisions ») et (« Les dispositions du chapitre 5 de l'ALÉNA de 1994 continueront de s'appliquer [...] »).

53. Cette analyse textuelle est conforme au raisonnement du groupe spécial établi sous le chapitre 31 de l'ACEUM dans l'affaire *Mesure de sauvegarde concernant certaines cellules photovoltaïques à base de silicium cristallin*. Devant répondre à la question de savoir si l'ACEUM reconduit toutes les obligations de fond de l'ALÉNA, le groupe spécial a répondu par la négative. Il a expliqué que dans le cas où les Parties à l'ACEUM ont voulu proroger certaines obligations de l'ALÉNA au-delà de son extinction, comme le chapitre 19 de l'ALÉNA, elles l'ont fait explicitement à l'article 34 de l'ACEUM⁵³.

54. Suivant ce qui précède, la prétention de la demanderesse selon laquelle les termes « sous réserve » signifient le maintien en vigueur automatique de toute disposition de l'ALÉNA à laquelle l'ACEUM fait référence est erronée. Chaque renvoi à l'ALÉNA doit être examiné au cas par cas pour déterminer son effet relativement à l'extinction de l'ALÉNA. En ce qui concerne l'annexe 14-C, le renvoi aux dispositions de la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA qu'elle contient ne signifie pas un maintien en vigueur des obligations de fond du chapitre 11 pour trois ans suivant l'extinction de l'ALÉNA.

55. En somme, l'objet et le but de l'ACEUM tels que reflétés dans le protocole soutiennent l'interprétation du Canada de l'annexe 14-C.

⁵³ **RL-0188-ENG**, *États-Unis – Crystalline Silicon Photovoltaic Cells Safeguard Measure* (Dossier CUSMA No. USA-CDA-2021-31-01), Rapport final, 1 février 2022, ¶ 41: « In the view of the Panel, the NAFTA and the USMCA are separate treaties. Indeed, upon the entry into force of the USMCA, the NAFTA came to an end, “but without prejudice to those provisions set forth in USMCA that refer to the provisions of NAFTA.” It would have been possible for the Parties to have inserted a provision in the USMCA providing for the continuation of all obligations under the NAFTA as obligations under the USMCA. But they did not do so. The Parties created self-standing USMCA obligations even though such obligations were stated in “identical or nearly identical form” to obligations under NAFTA. Where the Parties wanted to carry over specific the [*sic*] NAFTA obligations, such as NAFTA Chapter Nineteen, they did so explicitly in Article 34. »

b) Le préambule de l'ACEUM soutient l'interprétation du Canada

56. Dans son contre-mémoire sur la compétence, la demanderesse tente de justifier son interprétation erronée de l'annexe 14-C en s'appuyant sur le préambule de l'ACEUM. Pour ce faire, elle sélectionne de manière inappropriée certains extraits du préambule et en détourne le sens à travers le prisme étroit de l'opinion présumée des investisseurs du Mexique et des États-Unis.

57. Quant à l'objectif des Parties à l'ACEUM de « remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain de 1994 par un nouvel accord de grande qualité adapté au XXI^{ème} siècle », la demanderesse prétend que l'interprétation du Canada ne s'accorde pas avec cet objectif puisque son issue ne correspondrait pas à la vision qu'ont les investisseurs du Mexique et des États-Unis d'un accord « de grande qualité »⁵⁴. L'opinion de ces investisseurs est hors de propos dans ce contexte. L'ACEUM est un instrument juridique qui appartient au Canada, aux États-Unis et au Mexique et qui exprime leur intention commune et leur vision de ce que constitue un accord de grande qualité. D'autant plus, le préambule renseigne l'interprète du traité sur l'objet et le but du traité dans son ensemble⁵⁵, et non seulement sur l'objet et le but du chapitre sur l'investissement.

58. Par rapport à la septième clause préambulaire, exprimant l'intention des Parties « d'établir un cadre juridique et commercial clair, transparent et prévisible », la demanderesse affirme que l'interprétation du Canada ne s'harmoniserait pas avec cet objectif aux yeux des investisseurs du Mexique et des États-Unis puisqu'elle les laisserait sans autre recours contre le Canada que le règlement des différends État contre État pour remédier à des manquements en matière d'investissement survenus après le 30 juin 2020⁵⁶. Le Canada a déjà expliqué dans son mémoire sur la compétence en quoi l'objectif d'établir un cadre juridique et commercial clair, transparent et prévisible s'aligne parfaitement avec son interprétation de l'annexe 14-C⁵⁷, ce qu'a également reconnu le tribunal dans l'affaire *TC Energy*⁵⁸.

⁵⁴ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 686.

⁵⁵ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 174: « The object and purpose must be assessed from the treaty as a whole; the Protocol, the Preamble, the Initial Provisions and Definitions as well as Chapter 14 are obvious sources of reference for making this assessment. »

⁵⁶ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 689.

⁵⁷ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶¶ 255-256.

⁵⁸ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 174.

59. En tout état de cause, contrairement à ce qu'avance la demanderesse, l'annexe 14-C ne prive pas « abruptement »⁵⁹ les investisseurs du Mexique et des États-Unis de la protection offerte par les obligations de fond et le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'ALÉNA. L'annexe 14-C permet aux investisseurs de continuer à soumettre à l'arbitrage des plaintes relatives à des investissements antérieurs pendant trois ans pour des manquements allégués survenus alors que l'ALÉNA était en vigueur, à condition de respecter toutes les autres exigences de l'annexe 14-C et de la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA.

60. L'annexe 14-C contribue à l'atterrissage en douceur du mécanisme de règlement des différends investisseur-État de l'ALÉNA entre le Canada, d'une part, et les États-Unis et le Mexique, d'autre part, sans lequel les investisseurs du Mexique et des États-Unis auraient perdu toute possibilité de recourir à ce mécanisme à l'encontre du Canada à partir de l'extinction de l'ALÉNA, même pour les faits survenus alors que l'ALÉNA était en vigueur. Le tribunal dans l'affaire *TC Energy* l'a expliqué en ces termes :

Consequently, absent any transitory provision, the termination of NAFTA would have had the consequence not only that its substantive provisions would no longer be applicable past 30 June 2020, but also that investors would no longer be able to accept the offer to arbitrate contained in Section B, irrespective of the date of the alleged breach.⁶⁰

61. En outre, la transition du mécanisme de règlement des différends investisseur-État de l'ALÉNA au mécanisme État contre État de l'ACEUM n'avait rien d'abrupt, puisque le contenu de l'ACEUM a été rendu public bien avant l'entrée en vigueur du traité, afin que tous les investisseurs concernés puissent en prendre connaissance et s'y préparer. C'est d'ailleurs ce qu'a noté le tribunal dans l'affaire *Westmoreland III* :

Moreover, the USMCA did not terminate NAFTA “abruptly”, as the Claimant posits. The draft text of the USMCA, including for all material purposes the final version of Chapter 14 and Annex 14-C, was published on 1 October 2018, well in advance of the USMCA superseding NAFTA.⁶¹

⁵⁹ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 686.

⁶⁰ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 146.

⁶¹ **RL-0184-ENG**, *Westmoreland III – Sentence*, ¶ 167.

62. En conclusion, l'objet et le but de l'ACEUM exprimés dans le préambule s'accordent avec l'interprétation du Canada de l'annexe 14-C.

c) L'article 34.1 de l'ACEUM soutient l'interprétation du Canada

63. Dans son contre-mémoire sur la compétence, la demanderesse réfère également à l'article 34.1 de l'ACEUM, la disposition transitoire de l'ALÉNA, au soutien de son interprétation erronée de l'annexe 14-C. Ses arguments, comme ceux soulevés à l'égard du protocole et du préambule, témoignent d'une vision étriquée de l'objet et du but de l'ACEUM, indûment centrée sur les intérêts économiques des investisseurs étrangers. Elle soutient que son interprétation de l'annexe 14-C permet une transition plus prévisible et harmonieuse de l'ALÉNA à l'ACEUM « for legacy investors sustaining a loss out of wrongful measures taken during the three-year transition period »⁶².

64. L'article 34.1 démontre plutôt que l'annexe 14-C ne prolonge pas les obligations de fond du chapitre 11 de l'ALÉNA pour une durée de trois ans suivant l'extinction du traité, comme le confirme l'omission de toute disposition relative à la section A du chapitre 11 dans cet article. En effet, si les Parties à l'ACEUM avaient voulu maintenir en vigueur toute la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA pendant trois ans, elles auraient inclus une telle disposition dans l'article 34.1, comme elles l'ont fait en termes explicites pour les dispositions du chapitre 19 quant aux révisions des groupes spéciaux binationaux et du chapitre 5 quant aux demandes de traitement tarifaire préférentiel. Sur ce point, le raisonnement du tribunal dans l'affaire *TC Energy* est très à propos :

While Article 34.1(1) states that “*the parties recognize the importance of a smooth transition from NAFTA 1994 to this Agreement*”, the rest of Chapter 34 indicates that this language refers to matters other than investment. Critically, there is no language in Chapter 34, or anywhere else in USCMA, indicating that the parties intended to maintain the substantive provisions of Section A of Chapter 11 in respect of legacy investments.

[...]

From a more general perspective, it is in the Arbitral Tribunal's view extremely unlikely that an agreement to extend for three years not only Section A of Chapter 11 but also article 1503(2), Chapter 14 (referred to in article 1503(2)) and Chapter 17 (referred to in article 1110-7), would have been done by implication in obscure

⁶² *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 699.

terms and not explicitly in Annex 14-C or in the final provisions of USMCA. It is in this respect interesting to note that when the USMCA parties decided to extend Chapter 19 of NAFTA (Review and Dispute Settlement in Antidumping), they did so in express terms in Article 34.1.4 of USMCA. Although the lack of explicit language is not dispositive per se, it indicates the implausibility of Claimants' interpretation of the treaty.⁶³

65. Le tribunal dans cette affaire a insisté sur le fait qu'étant donné l'importance qu'aurait un prolongement des obligations de fond du chapitre 11 de l'ALÉNA au-delà de l'extinction du traité, tout accord à cet effet aurait été inclus au chapitre 34 ou aurait fait l'objet d'une disposition spécifique ailleurs⁶⁴, ce qui n'est pas le cas.

66. La demanderesse allègue également que selon l'interprétation du Canada, seulement certains investisseurs détenant des investissements antérieurs ayant subi une perte ou un dommage avant le 30 juin 2020 seraient capables de soumettre une plainte à l'arbitrage selon le mécanisme de l'ALÉNA et bénéficieraient d'une période de trois ans pour ce faire⁶⁵.

67. Le Canada ne conteste pas le fait que l'annexe 14-C réduit la portée du mécanisme de règlement des différends investisseur-État comparativement à celle du mécanisme de la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA applicable alors que l'ALÉNA était en vigueur. L'annexe 14-C introduit de nouvelles conditions au consentement des Parties à l'arbitrage, comme l'exigence que la plainte se rapporte à un « investissement antérieur », ce qui exclut toute plainte relative à un investissement qui aurait cessé d'exister avant l'extinction de l'ALÉNA. L'annexe 14-C introduit aussi une limite temporelle fixe de trois ans au consentement des Parties, qui ne dépend pas de la connaissance réelle ou présumée des investisseurs ou de leurs entreprises.

68. Le choix des Parties à l'ACEUM de conditionner leur consentement à l'arbitrage de plaintes en instance et de plaintes relatives à des investissements antérieurs à des exigences additionnelles n'a rien d'absurde et n'est en aucun cas contraire à l'objet et au but de l'ACEUM, comme l'a reconnu le tribunal dans l'affaire *Westmoreland III* :

⁶³ CL-270-ENG, *TC Energy – Sentence*, ¶¶ 153 et 163.

⁶⁴ CL-270-ENG, *TC Energy – Sentence*, ¶ 155: « In the Arbitral Tribunal's view, any agreement to extend Section A would either have been mentioned in Chapter 34 or, in view of its significance, be the subject of a specific provision elsewhere. »

⁶⁵ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 692-693.

[...] there is nothing “absurd” about investors, whose claims arise from acts taken while NAFTA was in force but who filed their claims after NAFTA was terminated, having to meet new requirements under the USMCA framework to receive NAFTA protection. [...] Beyond that, the Contracting States were entitled to tailor their consent to ISDS as they saw fit. While this included the option to withhold ISDS protection entirely for NAFTA-era claims, the USMCA Parties instead chose to offer limited protection by prolonging the effects of NAFTA subject to additional conditions, such as the “in existence” language embedded in Paragraph 6(a).⁶⁶

69. En définitive, l’objet et le but de l’ACEUM tels que reflétés dans le protocole, le préambule et l’article 34.1 de l’ACEUM confirment l’interprétation du Canada de l’annexe 14-C. En revanche, l’interprétation erronée de la demanderesse est incohérente avec l’objet et le but du traité, comme l’a conclu le tribunal dans l’affaire *TC Energy* : « Overall, the Tribunal does not find in the Treaty any indication that interpreting Annex 14-C to extend Section A of NAFTA beyond 30 June 2020 would be in harmony with the object and purpose of USMCA. »⁶⁷

4. La pratique ultérieure des Parties à l’ACEUM établit leur accord sur l’interprétation de l’annexe 14-C au sens de l’article 31.3 b) de la CVDT

70. Dans son mémoire sur la compétence, le Canada a démontré que la pratique ultérieure des Parties à l’ACEUM, telle qu’établie dans leurs représentations comme défenderesses et Parties non contestantes dans de nombreux différends soumis à l’arbitrage en vertu du chapitre 11 de l’ALÉNA et de l’annexe 14-C de l’ACEUM, démontre leur accord quant à l’interprétation de l’annexe 14-C au sens de l’article 31.3 b) de la CVDT⁶⁸. Selon le droit international coutumier de l’interprétation des traités, le Tribunal doit tenir compte d’un tel accord à titre d’élément contextuel d’interprétation.

71. Depuis le dépôt du mémoire sur la compétence du Canada le 15 juillet 2024, les trois Parties à l’ACEUM ont continué d’appliquer l’annexe 14-C de manière cohérente en s’opposant systématiquement à ce que le consentement contenu au paragraphe 1 puisse s’appliquer à des différends relatifs à des manquements survenus après l’extinction de l’ALÉNA. Ainsi, en plus des positions exprimées dans les affaires *TC Energy* et *Legacy Vulcan* mentionnées dans le mémoire

⁶⁶ **RL-0184-ENG**, *Westmoreland III – Sentence*, ¶ 166.

⁶⁷ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 174.

⁶⁸ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶¶ 262-264.

du Canada sur la compétence, les États-Unis, le Mexique et le Canada ont exprimé des positions identiques dans les affaires *Cœur Mining*⁶⁹, *Access Business Group*⁷⁰, *Westmoreland III*⁷¹, *APMC*⁷², *Goldgroup Resources*⁷³ et *Cyrus Capital*⁷⁴. D'autres différends portant sur l'application de l'annexe 14-C à des réclamations fondées sur des faits postérieurs à l'ALÉNA sont également en cours d'instance et la défenderesse se réserve le droit de demander l'inclusion au dossier d'arbitrage des représentations des Parties quant à l'application de l'annexe 14-C dans ces affaires lorsqu'elles seront disponibles, tout comme l'inclusion des sentences qui pourraient être rendues dans ces affaires.

72. La demanderesse prétend que le Canada « has not and cannot establish » une pratique sur la base des représentations faites dans le cadre de différends juridiques, parce que de telles positions seraient motivées par les intérêts défensifs des parties à un traité et ne représenteraient pas leurs positions à long terme sur certains enjeux⁷⁵. La demanderesse a tort.

⁶⁹ **RL-0168-ENG**, *Coeur Mining Inc. c. Mexique* (Affaire CIRDI No. UNCT/22/1), Réplique du Mexique sur la compétence, 8 mars 2024; **R-0140-ENG**, *Coeur Mining, Inc. c. Mexique* (Affaire CIRDI No. UNCT/22/1), Mémoire des États-Unis au titre de l'article 1128, 12 février 2024, ¶¶ 2-6

⁷⁰ **R-0141-ENG**, *Access Business Group LLC c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB/23/15), Mémoire du Mexique sur la compétence, 29 novembre 2024; **CL-0310-ENG**, *Access Business Group LLC c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB/23/15), Mémoire du Canada au titre de l'article 1128, 28 mars 2025 (« *Access Business – Mémoire du Canada au titre de l'article 1128* »); **R-0142-ENG**, *Access Business Group LLC c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB/23/15), Mémoire des États-Unis au titre de l'article 1128, 28 mars 2025.

⁷¹ **R-0143-ENG**, *Westmoreland Coal Company c. Canada* (Affaire CIRDI No. UNCT/23/2), Mémoire du Mexique au titre de l'article 1128, 10 avril 2024, ¶ 7.

⁷² **CL-311-ENG**, *Alberta Petroleum Marketing Commission c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. UNCT/23/4), Mémoire des États-Unis sur les objections préliminaires, 15 octobre 2024, ¶ 66, notes 86-87; **C-0593-ENG**, *Alberta Petroleum Marketing Commission c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. UNCT/23/4), Mémoire du Mexique au titre de l'article 1128, 15 janvier 2025; **CL-309-ENG**, *Alberta Petroleum Marketing Commission c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. UNCT/23/4), Mémoire du Canada au titre de l'article 1128, 15 janvier 2025, ¶ 9.

⁷³ **R-0144-ENG**, *Goldgroup Resources, Inc. c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB/23/4), Mémoire du Canada au titre de l'article 1128, 23 juin 2025 (« *Goldgroup - Mémoire du Canada au titre de l'article 1128* »); **R-0145-ENG**, *Goldgroup Resources, Inc. c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB/23/4), Duplique du Mexique, 28 avril 2025 [version caviardée].

⁷⁴ **R-0146-ESP**, *Cyrus Capital Partners, L.P. et Contrarian Capital Management, LLC c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB/23/33), Mémoire sur la compétence, 4 juin 2024. L'échéancier prévoit que les mémoires des Parties non-contestantes au titre de l'article 1128 devront être déposés le 15 juillet 2025. Voir **R-0147-ENG**, *Cyrus Capital Partners, L.P. et Contrarian Capital Management, LLC c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB/23/33), Ordonnance de procédure no.6, 2 avril 2025, annexe A.

⁷⁵ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 704-705.

73. Non seulement n'existe-t-il aucune règle de droit international coutumier permettant au Tribunal d'ignorer ou d'écarter les représentations des trois Parties à l'ACEUM faites « dans le cadre d'un différend d'ordre juridique » mais la Commission du droit international reconnaît au contraire que de telles déclarations sont l'une des sources permettant d'établir un accord par la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b)⁷⁶.

74. Ceci n'est pas surprenant puisque les déclarations du Canada, des États-Unis et du Mexique dans leurs représentations respectives dans de nombreuses affaires introduites en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA et de l'annexe 14-C de l'ACEUM remplissent les trois critères d'une pratique ultérieure établissant un accord sur l'interprétation énoncés au paragraphe 3 b) de l'article 31 :

- (i) la pratique est ultérieure, c'est-à-dire subséquente à la conclusion du traité ;
- (ii) la pratique est suivie dans l'application du traité ;
- (iii) la pratique établit l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité, c'est-à-dire qu'elle « traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes »⁷⁷.

75. La pratique des trois Parties est suivie dans l'application du traité puisque les représentations en tant que partie défenderesse expriment des objections à la compétence du tribunal en application du mécanisme de règlement des différends de l'annexe 14-C, alors que les représentations en tant que Partie non contestante présentent les conclusions quant à

⁷⁶ **RL-0189-FRA**, Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international (Soixante-dixième session) – A/73/10, Chapitre IV - Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, p. 33 : « La pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), doit être un comportement « dans l'application du traité ». Elle comprend non seulement les actes officiels accomplis au niveau international ou au niveau national en vue d'appliquer le traité [...] mais aussi, entre autres, des déclarations officielles concernant l'interprétation du traité, comme les déclarations faites à une conférence diplomatique ou dans le cadre d'un différend d'ordre juridique. » [nous soulignons]

⁷⁷ **RL-0189-FRA**, Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international (Soixante-dixième session) – A/73/10, Chapitre IV - Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, p. 27 : « La Commission considère plutôt qu'un « accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » a pour effet *ipso facto* de constituer une interprétation authentique du traité, alors que la « pratique ultérieure » n'a cet effet que si elle « traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes ».

l'interprétation de l'annexe 14-C, en application de l'article 1128 de l'ALÉNA auquel l'annexe 14-C renvoie à la note de bas de page 20.

76. La pratique établit l'accord des Parties à l'interprétation du traité puisque dans chacune de ces représentations, les Parties expriment clairement et spécifiquement une interprétation commune de l'annexe 14-C, c'est-à-dire qu'elle ne prolonge que le consentement à l'arbitrage pour trois ans après l'extinction de l'ALÉNA, et non l'application des obligations de la section A du chapitre 11. Que ces représentations soient faites dans des documents et des affaires distinctes ne fait pas obstacle à l'atteinte de cet objectif. À cet égard, le tribunal dans l'affaire *Kappes* a noté que « a demonstration that all the State Parties to a particular treaty had expressed a common understanding, albeit through separate submissions in separate cases, could be compelling evidence of subsequent practice »⁷⁸.

77. Depuis qu'elles ont commencé à appliquer l'annexe 14-C et à exprimer leurs opinions sur l'interprétation de cette annexe, la position du Canada, des États-Unis et du Mexique est demeurée constante et cohérente. La demanderesse ne cite d'ailleurs aucune affaire où l'une des Parties aurait modifié sa position quant à l'interprétation de l'annexe 14-C.

78. En revanche, la demanderesse réfère à l'affaire *APMC* et affirme que l'interprétation de l'annexe 14-C qu'y défend l'Alberta Petroleum Marketing Commission (APMC), une société de la province de l'Alberta, constitue un fait de l'État canadien⁷⁹. Dans le cadre de l'arbitrage qui l'oppose aux États-Unis, l'APMC exerce ses droits et exprime ses positions juridiques en sa qualité d'investisseur étranger, en lien avec ses activités commerciales. L'APMC n'est pas une Partie à l'ALÉNA ni à l'ACEUM et n'est pas la partie défenderesse dans cet arbitrage⁸⁰. L'APMC n'exprime pas la position de l'État canadien et le Canada n'a jamais reconnu et adopté comme

⁷⁸ **RL-0190-ENG**, *Kappes c. Guatemala* (Affaire CIRDI No. ARB/18/43), Décision sur l'objection préliminaire de la défenderesse, 13 mars 2020, ¶ 156.

⁷⁹ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 707-708.

⁸⁰ **RL-0189-FRA**, Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international (Soixante-dixième session) – A/73/10, Chapitre IV - Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, pp. 38-39 : « Conclusion 5 – La conduite en tant que pratique ultérieure. 1. Une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité suivie par une partie, dans l'exercice de ses fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres. 2. Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité. »

étant sienne l'interprétation de l'annexe 14-C qu'elle propose. Au contraire, comme le reconnaît la demanderesse⁸¹, le Canada a déposé une déclaration de Partie non contestante dans cette affaire à l'encontre de l'interprétation de l'annexe proposée par l'APMC. L'interprétation proposée par l'APMC dans son différend l'opposant aux États-Unis n'affecte donc en rien l'interprétation constante de l'annexe 14-C qu'a exprimée le Canada.

79. [REDACTED]

80. Notons aussi que la demanderesse a elle-même reconnu qu'une province canadienne ne pouvait être assimilée à une Partie à l'ALÉNA et l'ACEUM. Dans ses observations écrites en réponse à la demande d'intervention du Québec à titre d'*amicus curiae*, la demanderesse remarquait que « [c]ontrary to the European Union's position under the ECT, Québec quite obviously is not a Party to the NAFTA, nor to the USMCA. [...] The Government of Québec tries in vain to assimilate itself to other NAFTA Parties, but it is patently obvious that it is not. As a non-disputing party, Québec has no "significant interest" that could justify its intervention. »⁸⁴ [nous soulignons]. Ayant déjà reconnu qu'une province canadienne ne pouvait être assimilée à une Partie à l'ALÉNA ou l'ACEUM, elle ne peut maintenant prétendre que les arguments exprimés

⁸¹ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 708.

⁸² *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 709; [REDACTED]

⁸³ Le fait que le gouvernement du Canada ait contredit la position exprimée en privé par le gouvernement de l'Alberta fait obstacle à ce que la lettre émanant d'un représentant d'un gouvernement sous-central puisse être considérée comme faisant partie d'une « pratique ultérieure ». Voir, **RL-0189-FRA**, Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international (Soixante-dixième session) – A/73/10, Chapitre IV - Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, p. 40: « La pratique de fonctionnaires de rang inférieur ou locaux peut donc constituer une pratique ultérieure d'une partie « dans l'application d'un traité » si elle est suffisamment univoque, s'il est légitime de considérer que le Gouvernement en avait connaissance et s'il ne l'a pas contredite dans un délai raisonnable. »

⁸⁴ *Claimant's observations on the application for leave to submit a written memorial as amicus curiae by the government of Quebec*, 19 janvier 2024, ¶ 55.

par une société d'une province canadienne dans un arbitrage constituent un exemple de pratique subséquente du Canada dans l'application de l'ACEUM.

81. La pratique ultérieure des Parties à l'ALÉNA a été reconnue à plusieurs reprises comme établissant un accord aux fins de l'interprétation du traité au titre de l'article 31.3 b) de la CVDT. Le Canada a déjà fait référence à l'affaire *Canadian Cattlemen for Fair Trade* dans son mémoire sur la compétence⁸⁵. S'y ajoutent les décisions dans les affaires *Alicia Grace*⁸⁶, *Bilcon*⁸⁷ et *Mobil*⁸⁸ où les tribunaux d'arbitrage constitués en vertu de l'ALÉNA ont également reconnu les représentations des Parties à l'ALÉNA dans des procédures d'arbitrage en tant que pratique ultérieure au sens de l'article 31.3 b) de la CVDT.

82. En réponse à cette pratique arbitrale constante et contemporaine en vertu de l'ALÉNA, la demanderesse cite deux affaires impliquant d'autres parties et d'autres traités, soit *Gas Natural SDG* et *Eskosol S.p.A. in liquidazione*⁸⁹. Ces décisions ne trouvent aucune application en l'espèce.

83. Dans l'affaire *Eskosol S.p.A. in liquidazione*, l'Italie avait plaidé qu'une déclaration signée en 2019 avec 21 autres États membres de l'Union européenne pour mettre fin aux procédures d'arbitrage internes à l'Union européenne constituait un instrument établi à l'occasion de la conclusion du Traité sur la Charte de l'Énergie, au sens de l'article 31.2 b) de la CVDT ainsi qu'un

⁸⁵ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶ 263.

⁸⁶ **RL-0191-ENG**, *Alicia Grace et al. c. Mexique* (Affaire CIRDI No. UNCT/18/4), Sentence finale, 19 août 2024, ¶¶ 473-474: « [T]he concurring statements submitted by the Non-Disputing Parties in the course of this arbitration alongside the positions of Mexico regarding dual nationals are to be understood as subsequent practice for the purposes of Article 31(3)(b) of the VCLT. [...] [I]n light of the common understanding of the NAFTA Parties regarding the application of the dominant and effective nationality test, the Tribunal finds compelling to proceed with its jurisdictional analysis within this framework. »

⁸⁷ **CL-140-ENG**, *Bilcon of Delaware et al c. Canada* (Affaire CPA No. 2009-04), Sentence sur les dommages, 10 janvier 2019, ¶ 379: « [T]he consistent practice of the NAFTA Parties in their submissions before Chapter Eleven tribunals [...] can be taken into account in interpreting the provisions of NAFTA. Thus, the NAFTA Parties' subsequent practice militates in favour of adopting the Respondent's position on this issue[.] »

⁸⁸ **RL-0053-ENG**, *Mobil Investments Canada Inc. c. Canada* (CIRDI, Affaire No. ARB/15/6), Décision sur la compétence et la recevabilité, 13 juillet 2018, ¶¶ 103-104, 158, 160, où le tribunal y explique que l'approche préconisée par la demanderesse a « clearly been rejected by all three NAFTA Parties in their practice subsequent to the adoption of NAFTA, » comme démontré dans « their submissions to other NAFTA tribunals, » et que « [i]n accordance with the principle enshrined in Article 31(3)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, the subsequent practice of the parties to a treaty, if it establishes the agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty, is entitled to be accorded considerable weight. »

⁸⁹ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 705 et note de bas de page 961.

accord ultérieur au sens de l'article 31.3 a) de la CVDT. Elle avait demandé au tribunal d'interpréter le traité à la lumière de cette déclaration pour mettre fin à la procédure d'arbitrage d'Eskosol⁹⁰. Le tribunal avait rejeté cette demande, entre autres pour préserver les droits acquis de la demanderesse dans la procédure considérant que l'Italie avait déjà accordé son consentement à l'arbitrage. Le Canada n'invoque pas le même moyen d'interprétation que ceux invoqués par l'Italie (31.2 b) et 31.3 a)) et n'a jamais accordé son consentement à l'arbitrage du présent différend, contrairement à l'Italie dans l'affaire *Eskosol*. Cette décision n'a donc aucune pertinence pour déterminer si les représentations concordantes des Parties à l'ACEUM sur l'interprétation de l'annexe 14-C constituent un élément contextuel dont le Tribunal doit tenir compte dans son interprétation de l'annexe 14-C au titre de l'article 31.3 b) de la CVDT.

84. Dans l'affaire *Gas Natural*, dont la décision citée par la demanderesse date de 2005, la question d'interprétation en litige était celle de savoir si l'obligation du traitement de la nation la plus favorisée du traité bilatéral d'investissement Argentine-Espagne s'étendait au traitement accordé dans le cadre du mécanisme de règlement des différends⁹¹. L'Argentine s'était appuyée sur les arguments de l'Espagne dans un autre arbitrage impliquant le même traité pour démontrer une pratique ultérieure quant à l'interprétation de l'obligation du traitement de la nation la plus favorisée, sans succès. Le tribunal a rejeté la position de l'Argentine au motif que les arguments présentés dans le cadre d'un arbitrage ne reflètent pas la pratique subséquente au sens de l'article 31.3 b) de la CVDT⁹². Il est important de noter que cette décision a été rendue en 2005, soit avant le rapport de 2018 de la Commission de droit international sur la pratique subséquente, où les déclarations faites dans le cadre de différends d'ordre juridique sont spécifiquement reconnues comme sources valides au titre de l'article 31.3 b) de la CVDT, ce qui affecte la valeur de cette décision en tant que précédent.

85. L'application de l'article 31.3 b) de la CVDT afin d'interpréter des dispositions établissant le consentement d'un État à l'arbitrage présente une particularité qui la distingue de l'application

⁹⁰ **CL-305-ENG**, *Eskosol S.p.A. in liquidazione c. Italie* (Affaire CIRDI No. ARB/15/50), Décision sur la demande de clôture et objection intra-UE, 7 mai 2019, ¶¶ 39-40.

⁹¹ **CL-303-ENG**, *Gas Natural SDG, S.A c. Argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/03/10), Décision sur les questions préliminaires de compétence, 17 juin 2005 (« *Gas Natural SDG – Décision sur les questions préliminaires de compétence* »), ¶ 49.

⁹² **CL-303-ENG**, *Gas Natural SDG – Décision sur les questions préliminaires de compétence*, note de bas de page 12.

de la même disposition pour interpréter des dispositions de fond. Comme nous l'avons noté plus haut, l'un des éléments constitutifs d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31.3 b) est que la pratique soit suivie dans l'application du traité. S'agissant des dispositions de consentement à l'arbitrage, le seul moyen dont dispose un État pour les mettre en application est dans le cadre d'un arbitrage, en soulevant une objection à la compétence du tribunal fondée sur l'absence de consentement. Autrement dit, la seule occasion qu'a un État d'appliquer les dispositions de consentement survient dans un contexte où l'État est partie défenderesse à un arbitrage, ou dans le cas particulier de l'ALÉNA et l'ACEUM, Partie non contestante. En ce sens, les dispositions de consentement diffèrent fondamentalement des obligations de fond – comme le traitement de la nation la plus favorisée – qui peuvent être mises en application notamment par des lois et règlements de mise en œuvre en droit interne, en dehors d'un contexte d'arbitrage.

86. Par conséquent, l'appel de la demanderesse à disqualifier pour les fins de l'article 31.3 b) les représentations des Parties à l'ALÉNA faites dans le cadre de procédures d'arbitrage au motif qu'elles visent à assurer leur défense reviendrait à priver entièrement les États d'un moyen authentique d'interprétation à l'égard des dispositions prévoyant le consentement à l'arbitrage.

87. L'appel de la demanderesse aurait également pour effet de vider de sa substance le droit des Parties à l'ALÉNA de l'article 1128 de présenter à un tribunal « des conclusions sur une question d'interprétation du présent accord ». En effet, si les tribunaux institués sous l'ALÉNA devaient automatiquement disqualifier la conclusion d'une Partie non contestante chaque fois que cette conclusion pourrait éventuellement lui être favorable en tant que partie défenderesse dans un autre arbitrage, le droit de présenter de telles conclusions serait sérieusement amoindri. Par conséquent, cela priverait l'article 1128 d'une partie importante de son effet utile.

88. Finalement, contrairement à ce que prétend la demanderesse⁹³, le Canada a toujours maintenu une position constante et cohérente quant à l'interprétation de l'annexe 14-C depuis qu'il a pris position publiquement pour la première fois sur cet enjeu dans son mémoire sur la compétence dans la présente affaire⁹⁴. Le choix du Canada de ne pas intervenir comme Partie non

⁹³ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 710.

⁹⁴ **CL-0309-ENG**, *Alberta Petroleum Marketing Commission c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. UNCT/23/4), Mémoire du Canada au titre de l'article 1128, 15 janvier 2025, ¶ 9; **CL-0310-ENG**, *Access Business – Mémoire du Canada au titre de l'article 1128*; **R-0144-ENG**, *Goldgroup - Mémoire du Canada au titre de l'article 1128*.

contestante dans certaines affaires portant sur l'interprétation de l'annexe 14-C ne démontre pas de désaccord avec les États-Unis et le Mexique sur ce point. En outre, l'article 31.3 b) de la CVDT n'impose aucun délai à l'intérieur duquel un État doit débiter sa pratique pour qu'une pratique ultérieure se matérialise. La seule condition temporelle applicable est que la pratique soit subséquente à la conclusion du traité. La pratique du Canada se conforme à cette condition. La première occurrence de la pratique du Canada est survenue en juillet 2024 lors du dépôt de son mémoire sur la compétence dans la présente affaire, et s'est répétée jusqu'à maintenant à plusieurs reprises en 2025 avec le dépôt de la présente réplique sur la compétence et de ses représentations comme Partie non contestante dans les affaires *APMC*⁹⁵, *Access Business Group*⁹⁶ et *Goldgroup*⁹⁷. En plus de ses représentations écrites, le Canada a également présenté des arguments oralement à l'audience portant sur les objections préliminaires du Mexique dans l'affaire *Access Business Group*. Comme nous l'avons souligné ci-dessus, le Canada aura l'occasion au cours des prochains mois de soumettre des représentations dans d'autres arbitrages invoquant le consentement prévu à l'annexe 14-C de l'ACEUM.

89. En somme, il existe une pratique ultérieure par laquelle les Parties à l'ACEUM ont établi leur accord quant à l'interprétation de l'annexe 14-C au sens de l'article 31.3 b) de la CVDT, dont le Tribunal doit tenir compte. De plus, étant donné la spécificité, la clarté et la répétition de cette pratique ultérieure⁹⁸, le Tribunal devrait y accorder un poids considérable dans son examen au titre de l'article 31 de la CVDT.

⁹⁵ **CL-0309-ENG**, *Alberta Petroleum Marketing Commission c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. UNCT/23/4), Mémoire du Canada au titre de l'article 1128, 15 janvier 2025.

⁹⁶ **CL-0310-ENG**, *Access Business – Mémoire du Canada au titre de l'article 1128*.

⁹⁷ **R-0144-ENG**, *Goldgroup - Mémoire du Canada au titre de l'article 1128*.

⁹⁸ **RL-0189-FRA**, Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international (Soixante-dixième session) – A/73/10, Chapitre IV - Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, p. 74 : « Conclusion 9 - Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation 1. Le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyens d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3, dépend, entre autres, de leur clarté et de leur spécificité. 2. En outre, le poids de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), dépend, entre autres, de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée. »

5. Les moyens complémentaires d'interprétation confirment que l'annexe 14-C ne prolonge pas l'application des obligations de la section A du chapitre 11

90. Dans son mémoire sur la compétence, le Canada a démontré que les moyens complémentaires d'interprétation au titre de l'article 32 de la CVDT ne sont pas nécessaires pour déterminer le sens de l'annexe 14-C puisque l'application de l'article 31 ne donne pas lieu à une interprétation laissant le sens de l'annexe 14-C ambigu ou obscur ou menant à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable⁹⁹.

91. Cela étant, même si le Tribunal décide d'examiner les moyens complémentaires d'interprétation, les déclarations des plus hauts membres des gouvernements canadien et mexicain chargés de la négociation de l'ACEUM corroborent l'interprétation résultant de l'application de la règle générale d'interprétation selon laquelle l'annexe ne prolonge pas les obligations de fond du chapitre 11 de l'ALÉNA¹⁰⁰. La manière dont les autorités canadiennes et mexicaines ont décrit l'issue de la négociation en ce qui concerne l'application au Canada du mécanisme de règlement des différends investisseur-État – c'est-à-dire que l'ACEUM y met fin – concorde avec celle de monsieur Robert Lighthizer, ancien représentant au commerce et responsable de la négociation de l'ACEUM pour les États-Unis¹⁰¹.

92. Dans son contre-mémoire sur la compétence, la demanderesse réfère à des documents de négociation internes du gouvernement canadien pour tenter d'appuyer son interprétation erronée de l'annexe 14-C¹⁰². Aucun des documents cités n'appuie ses prétentions. Ces documents indiquent seulement que par l'effet de l'extension dans le temps du consentement, l'annexe 14-C prolonge de trois ans l'application du mécanisme de règlement des différends de la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA.

⁹⁹ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶ 266.

¹⁰⁰ *Contre-mémoire sur le fond et Mémoire sur la Compétence-FRA*, ¶¶ 268-269.

¹⁰¹ **RL-0192-ENG**, Robert Lighthizer, "No Trade is Free", Broadside Books, 2023, Chapitre 12: From NAFTA to USMCA, p. 227: « In the end, we crafted a solution that would allow for continued ISDS protections for energy companies and a handful of similarly situated investors in Mexico. But we eliminated ISDS with Canada and, more importantly, ended the thirty-year-long US policy of effective government subsidies for offshoring. »

¹⁰² *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 733-736.

93. Dans la pièce C-0594-ENG, il est indiqué que le « original NAFTA ISDS mechanism will remain available [...] for a period of three years after entry-into-force of the new NAFTA ». Il en est de même pour la pièce C-0595-ENG, qui énonce que le « ISDS under the original NAFTA will continue to apply only for investments made prior to the entry into force ». Ces deux références ne concernent que le mécanisme de règlement des différends (Section B) et non les obligations de fond en tant que telles (Section A).

94. La question à laquelle les documents de négociation cités ne permettent pas de répondre directement – c’est à dire ce qu’il advient des obligations de fond de la section A du chapitre 11 de l’ALÉNA à l’expiration du traité – est déjà réglée par l’application de l’article 70.1 a) de la CVDT. Cet article prévoit les conséquences par défaut de l’extinction du traité, c’est-à-dire la libération des parties de leurs obligations.

95. La demanderesse réfère également à des extraits, cités dans l’opinion dissidente de M. Alvarez dans l’affaire *TC Energy*, de documents internes de négociation des États-Unis. Le Canada s’oppose vigoureusement à cette tentative de la demanderesse d’établir un historique des négociations de l’ACEUM en s’appuyant sur des extraits incomplets tirés de pièces qu’elle n’a pas produites au dossier et dont la valeur probante est impossible à examiner pour cette raison. Le fait qu’elle cite une opinion dissidente en tant qu’autorité (CL-290-ENG) pour indirectement mettre en preuve des éléments factuels est une manœuvre inadmissible, que le Tribunal devrait rejeter.

96. En tout état de cause, le tribunal dans l’affaire *TC Energy* a déterminé qu’aucun des documents internes introduits par la demanderesse TC Energy, à une exception, ne reflète le contenu des discussions entre les trois Parties à l’ACEUM quant à l’annexe 14-C¹⁰³. C’est le cas notamment du courriel de M. Mandell à M. Gharbieh cité aux paragraphes 29 et 31 de l’opinion dissidente de M. Alvarez¹⁰⁴, que le tribunal dans l’affaire *TC Energy* a rejeté comme non

¹⁰³ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 184: « In the present case, however, save for Exhibit R-140, which will be discussed further, none of the internal documents relied upon by the Claimants is susceptible to reflect the content of the discussions that took place between the USMCA parties before the Treaty was concluded. Rather, these documents reflect the post hoc views of certain U.S. officials as to what they believed the meaning of Annex 14-C to be. »

¹⁰⁴ À l’époque où ce courriel a été envoyé, après l’entrée en vigueur de l’ACEUM, M. Mandell ne travaillait plus au gouvernement et était en pratique privée pour représenter des investisseurs dans des procédures d’arbitrage. Ce courriel ne constitue ni un document de travaux préparatoires ni un document contemporain aux négociations de

pertinent¹⁰⁵. Quant aux « autres documents reflétant les vues des négociateurs de l'ACEUM » auxquels réfère la demanderesse¹⁰⁶, ils sont tout autant inutiles à l'exercice d'interprétation du Tribunal.

97. C'est le cas de la pièce C-0596-ENG qui fait référence à une « three-year ISDS grandfather clause ». Le terme « grandfather clause » est clairement qualifié par le terme « ISDS », ce qui signifie que la portée de la clause d'antériorité se limite au mécanisme de règlement des différends de la section B, et ne s'étend pas aux obligations de fond de la section A du chapitre 11. C'est ce qu'a conclu le tribunal dans l'affaire *TC Energy* après avoir examiné certains documents référant à une clause d'antériorité en matière de règlement des différends :

Communications referring to the “grandfathering” of ISDS do not provide evidence that the parties intended to extend NAFTA’s substantive provisions past the treaty termination date. The terms “grandfathering” or “transition”, if unqualified, refer to a transitory provision maintaining the benefit of certain clauses of a treaty, but in and by themselves they say nothing more.¹⁰⁷

98. Pareillement, la pièce C-0599-ENG, soit le rapport sur les négociations de l'ACEUM du Comité consultatif de l'industrie pour le commerce des services (ITAC), n'offre aucun soutien aux prétentions de la demanderesse. Comme ce comité n'est ni un organe de l'État américain ni ne le représente dans le contexte des négociations de l'ACEUM, son rapport n'a aucune valeur pour aider le Tribunal dans l'interprétation de l'annexe 14-C, comme l'a conclu le tribunal dans l'affaire *TC Energy* : « However, apart the fact that the ITAC is a consultative group of experts that was not part of the negotiating team, this document has not been shared with the other State parties and says nothing about their intention. »¹⁰⁸

l'ACEUM. En tout état de cause, l'usage des termes « we intended » ne signifie aucunement que les propos reflètent la position des négociateurs de toutes les autres Parties à l'ACEUM.

¹⁰⁵ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 190: « First, the only document authored by Mr. Mandell in which clear reference is made to the fact that Section A would continue to apply after the termination of NAFTA postdates the USMCA. Second, it cannot be excluded that Mr. Mandell misunderstood the legal implications of the language of Paragraph 1 of Annex 14-C limiting the offer to arbitrate to a breach of NAFTA. »

¹⁰⁶ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 742-748.

¹⁰⁷ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 188.

¹⁰⁸ **CL-270-ENG**, *TC Energy – Sentence*, ¶ 193.

99. Finalement, la demanderesse tente d'introduire la preuve testimoniale de M. Smith-Ramos, l'ancien négociateur en chef du Mexique à l'époque de la négociation de l'ACEUM, en se contentant de faire référence aux plaidoiries d'un investisseur américain dans une procédure d'arbitrage initiée contre le Mexique et sans présenter aucune déclaration de la part de M. Smith-Ramos qui permette au Canada ou au Tribunal de l'interroger à l'audience pour examiner la valeur probante de son témoignage. Le Canada s'oppose à une telle manœuvre et rappelle que la demanderesse est maintenant forclosée de présenter un témoignage de M. Smith-Ramos après avoir présenté son dossier complet dans son mémoire et son contre-mémoire sur la compétence. En tout état de cause, les propos de M. Smith-Ramos dans une autre affaire ne peuvent pas constituer un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 puisque sa déclaration a été faite en 2024 dans l'affaire *Cyrus Capital* alors qu'il n'était plus à l'emploi du gouvernement du Mexique¹⁰⁹.

100. En conclusion, les moyens complémentaires d'interprétation confirment l'interprétation du Canada de l'annexe 14-C et infirment celle de la demanderesse.

B. Les décisions de refus de juillet 2021 et février 2022 ne peuvent fonder une plainte au titre de l'annexe 14-C

101. Comme nous l'avons démontré dans la section précédente, l'annexe 14-C de l'ACEUM ne prolonge pas l'application des obligations de la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA pour une durée de trois ans après l'expiration du traité. Pour cette raison, les seuls faits générateurs de responsabilité pouvant fonder une plainte au titre du paragraphe 1 de l'annexe 14-C « où il est allégué qu'il y a eu manquement à une obligation prévue à la section A du chapitre 11 » sont ceux survenus avant l'extinction de l'ALÉNA le 1^{er} juillet 2020.

102. Pour cette raison, ni la décision de refus du projet Énergie Saguenay prise par le gouvernement du Québec en juillet 2021 ni celle du gouvernement du Canada de février 2022 n'est

¹⁰⁹ **RL-0189-FRA**, Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international (Soixante-dixième session) – A/73/10, Chapitre IV - Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, pp. 38-39 : « Conclusion 5 – La conduite en tant que pratique ultérieure. 1. Une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité suivie par une partie, dans l'exercice de ses fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres. 2. Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité. »

susceptible de constituer un manquement du Canada à ses obligations de la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA. Il en va de même du refus allégué du projet Gazoduq en juillet 2021. En effet, ces obligations étaient toutes éteintes au moment où les faits allégués sont survenus et le Canada n'était donc plus tenu de les exécuter en application du principe d'intertemporalité énoncé à l'article 13 des Articles de la CDI.

103. Par conséquent, le Tribunal n'a pas compétence *ratione voluntatis* pour entendre les plaintes de la demanderesse fondées sur ces mesures.

III. LES AUTRES MESURES ALLÉGUÉES COMME DES MANQUEMENTS AUTONOMES NE RELÈVENT PAS DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL

104. En plus des refus du projet Énergie Saguenay par les gouvernements du Québec et du Canada, la demanderesse conteste pour la première fois dans son contre-mémoire sur la compétence neuf autres actes et omissions en tant que manquements autonomes du Canada à ses obligations au titre de l'ALÉNA. Les plaintes visant ces mesures ne ressortissent pas à la compétence du Tribunal pour plusieurs raisons. Premièrement, elles ne font pas partie du présent différend puisque la demanderesse les a omises de son avis d'intention et sa demande d'arbitrage. Deuxièmement, tel que nous venons de le voir, le Canada ne consent pas à l'arbitrage, au titre de l'annexe 14-C, de plaintes fondées sur des faits générateurs de responsabilité survenus après l'extinction de l'ALÉNA. Troisièmement, les plaintes relatives aux mesures antérieures au 17 février 2020 sont prescrites en application de l'article 1117(2) de l'ALÉNA. Quatrièmement, la demanderesse a fait défaut d'établir l'existence de dommages relatifs aux neuf autres mesures qui sont indépendants de ceux qui auraient été causés par les décisions de refus.

A. Les plaintes omises dans l'avis d'intention et la demande d'arbitrage ne font pas partie du différend

105. Dans son contre-mémoire sur la compétence, la demanderesse énumère onze actes et omissions allégués qu'elle caractérise comme étant à la fois des manquements autonomes à l'ALÉNA, et collectivement, un manquement composite. Ces mesures sont :

- (i) La décision du gouvernement du Québec en décembre 2015 de mener une évaluation environnementale du projet Énergie Saguenay ou l'omission de mener une évaluation conjointe avec l'Agence en janvier 2016;

- (ii) L'omission de l'Agence de notifier le MELCC en décembre 2015 qu'elle mènerait l'évaluation environnementale du projet ou l'omission d'invoquer l'Entente Canada-Québec et mener une évaluation conjointe avec le MELCC en janvier 2016;
- (iii) La demande du MELCC à GNL Québec du 22 mai 2019 de fournir un bilan des coûts et avantages du projet Énergie Saguenay;
- (iv) La décision de l'Agence du 20 août 2019 d'étendre la portée géographique de l'étude des effets de la navigation dans le cadre de l'évaluation du projet Énergie Saguenay;
- (v) La prétendue fuite de renseignements à propos du retrait de l'investisseur ██████ des projets Énergie Saguenay et Gazoduq à une date indéterminée en mars 2020;
- (vi) La participation des chercheurs MM. Chion et Michaud aux audiences du BAPE sur le projet Énergie Saguenay en septembre 2020;
- (vii) L'annonce par le ministre québécois de l'Environnement de trois conditions relatives à l'approbation du projet Énergie Saguenay en mars 2021;
- (viii) La décision du gouvernement du Québec du 21 juillet 2021 de refuser le projet Énergie Saguenay;
- (ix) Le gazouillis (*tweet*) d'un représentant du Parti libéral du Canada à propos du projet Énergie Saguenay lors de la campagne électorale fédérale en septembre 2021;
- (x) La décision du ministre fédéral de l'Environnement quant aux effets environnementaux négatifs importants du projet Énergie Saguenay du 9 décembre 2021 et

- (xi) La décision du gouvernement du Canada du 7 février 2022 à l'effet que les effets environnementaux négatifs importants du projet Énergie Saguenay ne peuvent être justifiés¹¹⁰.

106. Pour la plupart de ces actes et omissions allégués, c'est la première fois que la demanderesse allègue qu'ils constituent des manquements à l'ALÉNA autonomes des décisions de refus des gouvernements du Québec et du Canada de juillet 2021 et février 2022. Ces allégations de manquements autonomes n'étaient pas incluses dans l'avis d'intention ni dans la demande d'arbitrage. Certains faits allégués – comme le bilan des coûts et avantages et l'absence de justification des effets environnementaux négatifs importants – n'étaient même pas inclus dans le mémoire sur le fond qui doit pourtant contenir le dossier complet de la demanderesse¹¹¹.

107. Pour prendre toute la mesure de la nouveauté des plaintes de la demanderesse et des contradictions qu'elles recèlent, le Canada résume ce qu'a plaidé la demanderesse à chaque étape des procédures.

108. Dans son avis d'intention du 19 octobre 2022, les seules mesures que la demanderesse identifie comme des manquements à l'ALÉNA sont les décisions respectives des gouvernements du Québec et du Canada de refuser le projet Énergie Saguenay en juillet 2021 et février 2022 et l'annonce du gouvernement du Québec relative au projet Gazoduc en juillet 2021¹¹². Elle précise que seules ces mesures auraient causé un dommage et une perte à Symbio¹¹³.

109. En outre, l'exposé des faits et des allégations de l'avis d'intention n'identifie pas un seul fait de l'État antérieur au mois de février 2020 au soutien des allégations de la demanderesse. Elle identifie le mois de février 2020 comme le moment à partir duquel le gouvernement du Québec aurait commencé à changer son comportement à l'égard du projet Énergie Saguenay, menant

¹¹⁰ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 574.

¹¹¹ Article 30(2) du Règlement d'arbitrage

¹¹² Claimant's Notice of Intent, 22 October 2022 (« *Notice of Intent-ENG* »), ¶¶ 133, 135, 138, 140, 142.

¹¹³ *Notice of Intent-ENG*, ¶ 142.

ultimement au rejet du projet en juillet 2021¹¹⁴. Il n'est nulle part fait mention d'une mesure prise entre 2015 et 2021 qui constituerait un manquement autonome à l'ALÉNA, comme le prétend maintenant la demanderesse dans son contre-mémoire sur la compétence. Au contraire, la demanderesse a admis dans son avis d'intention qu'à l'égard du processus d'évaluation environnementale québécois, « [b]y the first quarter of 2021, all appeared to be proceeding as planned. The Environmental impact assessment and review procedure set forth in the Environment Quality Act (Q-2) (the EQA), was duly followed. »¹¹⁵

110. Dans sa demande d'arbitrage du 17 février 2023, la demanderesse fonde sa plainte sur les mêmes mesures qu'elle a exposées dans son avis d'intention, soit les décisions des gouvernements du Québec et du Canada de refuser le projet Énergie Saguenay en juillet 2021 et février 2022 et l'annonce du gouvernement du Québec à l'égard du projet Gazoduq en juillet 2021¹¹⁶. Elle réitère que jusqu'au premier trimestre de 2021, l'évaluation environnementale du projet Énergie Saguenay auprès du MELCC se déroulait comme prévu et que la procédure de la LQE était dûment suivie¹¹⁷.

111. Le 21 novembre 2023, dans son mémoire sur le fond, la demanderesse allègue à nouveau que les seules mesures qui lui auraient causé un dommage sont les décisions des gouvernements du Québec et du Canada de refuser le projet Énergie Saguenay en juillet 2021 et février 2022, et l'annonce du gouvernement du Québec à l'égard du projet Gazoduq en juillet 2021. Elle l'exprime clairement en ces termes :

855. In the circumstances of the present case, the economic damage suffered by Symbio was the direct, foreseeable and intended consequence of the Respondent's wrongful conduct. The destruction of the Claimant's investments would not have occurred, "but for" the Respondent's wrongful conduct. The Respondent's wrongful conduct consists in the arbitrary, discriminatory and unfair refusal by the

¹¹⁴ *Notice of Intent-ENG*, ¶ 52: « In February 2020, notwithstanding its years of specific encouragement for the Projects, the Québec Government began changing its behaviour vis-à-vis GNLQ, in a manner ultimately resulting in the Project's manifestly arbitrary and discriminatory refusal. »

¹¹⁵ *Notice of Intent-ENG*, ¶ 58.

¹¹⁶ Claimant's Request for Arbitration, 17 February 2023 (« *Request for Arbitration-ENG* »), ¶¶ 34, 153, 155, 158, 160, 162.

¹¹⁷ *Request for Arbitration-ENG*, ¶ 73: « By the first quarter of 2021, all appeared to be proceeding as planned. The Environmental impact assessment and review procedure set forth in the *Environment Quality Act (Q-2) (the EQA)*, was duly followed. »

Québec Government of the GNLQ Project, and its simultaneous decision that the Gazoduc Project “died” together with GNLQ. [...] The Decision Statement of the Federal Government to reject the GNLQ Project on 7 February 2022 merely confirmed what was essentially a *fait accompli*.

856. Taken together, the decisions of the Provincial and Federal Governments were the root cause of the economic destruction of GNLQ and Gazoduc, and ultimately Symbio. By refusing the environmental approval of the Projects, the Québec and Federal Government of Canada knowingly destroyed the economic value of the Projects, and any reasonably-to-be-expected economic benefit Symbio could derive therefrom.¹¹⁸

112. Bien que la demanderesse s’appuie sur certains éléments des processus fédéral et québécois d’évaluation environnementale en appui à sa plainte selon laquelle les décisions de juillet 2021 et février 2022 lui auraient causé un dommage¹¹⁹, elle n’allègue pas que ces éléments constituent de manière autonome des manquements à l’ALÉNA.

113. Toutefois, en parallèle de ces allégations de manquements en 2021 et 2022, elle allègue pour la première fois dans son mémoire des manquements continus. Elle affirme que « [t]he facts that form the basis of the claims set out in the present Memorial include breaches that were continuing in the first half of 2020, as well as specific measures that were adopted adopted [sic] in March 2020 so as improperly to target the Claimant, Symbio and their investments in Canada. The measures continued through to 21 July 2021 and 7 February 2022. »¹²⁰ Nous notons que la demanderesse n’a pas maintenu ces allégations de manquements continus dans sa réplique et nous présumons qu’elle les a abandonnées au profit de sa nouvelle théorie fondée sur l’existence d’un fait illicite composite¹²¹.

114. Le 5 février 2024, dans sa réponse à la demande de bifurcation du Canada, la demanderesse confirme que les seules mesures qui constituent, selon elle, des manquements à l’ALÉNA lui ayant

¹¹⁸ Claimant’s Memorial on Jurisdiction and the Merits, 21 November 2023 (« *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG* »), ¶¶ 855-856 (nos soulignements).

¹¹⁹ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 855.

¹²⁰ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 382.

¹²¹ Dans la mesure où ce ne serait pas le cas, nous référons le Tribunal à nos arguments contenus aux paragraphes 54 à 57 de la Réplique à la Réponse de la Demanderesse quant à la demande de bifurcation du Canada, 26 février 2024 (« *Réplique à la Réponse de la demanderesse quant à la demande de bifurcation du Canada-FRA* »).

causé une perte ou un dommage sont les décisions finales de refus du projet Énergie Saguenay et l'annonce sur le projet Gazoduq :

As the Claimant explained in its Memorial, the Respondent's measures that breached the NAFTA and directly caused loss or damage to the Claimant are: (i) the Québec Government's refusal of the GNLQ Project dated 21 July 2021; (ii) its simultaneous decision that the Gazoduq Project "died" together with GNLQ; and (iii) the Decision Statement of the Federal Government refusing to authorise the GNLQ Project dated 7 February 2022.¹²²

115. Compte tenu de la manière dont la demanderesse a présenté sa plainte dans son avis d'intention et sa demande d'arbitrage et de la manière dont elle l'a plaidée dans son mémoire et ses plaidoiries sur la bifurcation, elle est maintenant forclosée de plaider dans sa réplique neuf nouveaux manquements à l'ALÉNA qui seraient autonomes des décisions de refus de juillet 2021 et février 2022.

116. En outre, même si la demanderesse était autorisée à soumettre les nouvelles plaintes, elles sont soit : hors de la portée de l'annexe 14-C; prescrites en application de l'article 1117(2) de l'ALÉNA ou échouent à établir l'existence d'un dommage indépendant de celui qu'auraient causé les décisions de refus de juillet 2021 et février 2022. Le Canada résume à l'**ANNEXE I - Tableau résumé des objections à la compétence** les objections à la compétence qui s'appliquent à chacun des manquements autonomes allégués dans la réplique. Il fournit aussi à l'Error! Reference source not found. un schéma pour situer chacun de ces manquements allégués dans le temps, par rapport au délai de prescription et à l'extinction de l'ALÉNA.

117. Quant à la nouvelle théorie du fait illicite composite, le Canada démontre dans la **section IV ci-dessous** que le fait composite allégué ne ressortit pas non plus à la compétence du Tribunal.

1. Les exigences quant à l'avis d'intention et la demande d'arbitrage

118. Le Canada conditionne son consentement à l'arbitrage de plaintes au titre du paragraphe 1 de l'annexe 14-C au respect des conditions énoncées à la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA, ce qui inclut l'article 1119 sur l'avis d'intention. L'article 1119 exige que l'avis d'intention

¹²² *Claimant's Response to Respondent's Request for Bifurcation-ENG*, ¶ 177.

contienne « les points contestés et les faits sur lesquels repose la plainte »¹²³. En outre, comme la demanderesse a soumis sa plainte à l'arbitrage en vertu de la Convention CIRDI, les règles d'arbitrage du CIRDI régissent l'arbitrage, en application de l'article 1120.2 de l'ALÉNA. L'article 2 du *Règlement d'introduction des instances du CIRDI* précise que la demande d'arbitrage doit notamment contenir « un résumé des faits pertinents et des allégations »¹²⁴.

119. L'exigence du *Règlement d'introduction des instances* de 2022 de fournir un « résumé des faits pertinents et des allégations » est plus détaillée et onéreuse que celle prévue aux versions de 1984¹²⁵, 2003¹²⁶ et 2006¹²⁷ du même règlement de fournir « des informations concernant l'objet du différend »¹²⁸. Le but de l'article 2 du *Règlement d'introduction des instances* est de permettre à la partie défenderesse d'évaluer les allégations, de retenir les services appropriés d'avocats et de prendre des décisions procédurales qui peuvent réduire la durée des procédures¹²⁹.

120. L'alinéa (2) a) de l'article 2 du Règlement de 2022 n'est pas qu'une simple formalité. Cette exigence définit l'objet du différend juridique entre les parties. En ce sens, elle fait écho aux exigences relatives à la compétence établies à l'article 25 de la Convention CIRDI. En effet, l'alinéa (2) a) de l'article 2 du Règlement de 2022 exige un résumé des faits et des allégations pour démontrer qu'il y a entre les parties un différend d'ordre juridique qui est en relation directe avec un investissement, comme le stipule l'article 25(1) de la Convention CIRDI¹³⁰.

¹²³ **CD-0096-FRA**, ALÉNA, Chapitre 11, article 1119.

¹²⁴ Règlement d'introduction des instances du CIRDI, ¶ 2(2) : « (2) La requête contient : (a) une description de l'investissement, ainsi que de la propriété et du contrôle de celui-ci, un résumé des faits pertinents et des allégations, les demandes, notamment une estimation du montant des dommages réclamés, et une indication qu'il existe un différend d'ordre juridique entre les parties qui est en relation directe avec l'investissement; »

¹²⁵ **RL-0193-FRA**, Règlement d'introduction des instances de 1984, article 2(1)(e), CIRDI Documents de Base, janvier 1985.

¹²⁶ **RL-0194-FRA**, Règlement d'introduction des instances de 2003, article 2(1)(e), Convention et Règlements du CIRDI, janvier 2003.

¹²⁷ **RL-0195-FRA**, Règlement d'introduction des instances de 2006, article 2(1)(e), Convention et Règlements du CIRDI, avril 2006.

¹²⁸ **RL-0196-ENG**, Richard Happ and Stephan Wilske (eds), *ICSID Rules and Regulations 2022: Article-by-Article Commentary* (Beck/Hart/Nomos, 2022), ICSID Institution Rule, Rule 2 (« Happ et Wilske »), p. 86.

¹²⁹ **RL-0196-ENG**, Happ et Wilske, p. 87.

¹³⁰ **RL-0197-ENG**, Schreuer, *The ICSID Convention: A commentary, Second Edition*, Article 36, p. 463. Schreuer note que la version précédente de l'article 2(2)(a) du Règlement de 2022, c'est-à-dire l'article 2(1)(e) du Règlement

121. Ce faisant, le défaut de la partie demanderesse à résumer adéquatement les faits et les allégations dans sa demande d'arbitrage peut nuire à la capacité de la partie défenderesse à examiner les allégations et préparer sa défense en conséquence, incluant la considération de toute objection préliminaire et juridictionnelle à l'égard de celles-ci.

122. En l'espèce, le remède approprié pour remédier au défaut de la demanderesse de présenter les nouvelles allégations de manquement autonome dans sa demande d'arbitrage est le rejet des allégations au motif qu'elles ne font pas partie du différend juridique entre les parties. Si la demanderesse était autorisée à soumettre ces nouvelles allégations à un stade aussi avancé de la procédure, cela aurait un effet préjudiciable pour la défense du Canada, qui n'a pas eu l'occasion de répondre à ces nouvelles allégations de manquement à ses obligations dans son contre-mémoire.

123. En soulevant ces allégations pour la première fois dans sa réplique sur le fond, la demanderesse a également privé le Canada de la possibilité de soulever des demandes de production documentaire se rapportant à ces allégations. En outre, la manière dont la demanderesse a présenté les allégations faisant l'objet du différend dans son mémoire a très probablement guidé les déterminations du Tribunal quant à la résolution des objections aux demandes de production documentaire. Par exemple, il est possible que le Tribunal n'ait pas rejeté la demande no 3 du Canada au motif de manque de pertinence des documents demandés pour la résolution du litige¹³¹ si la demanderesse avait inclus les allégations (i) et (ii) du paragraphe **105 ci-dessus** dans sa demande d'arbitrage et les avait formulées comme des allégations de manquements autonomes dans son mémoire.

124. En somme, le fait d'autoriser la demanderesse à soumettre de nouvelles allégations de manquements autonomes à un stade aussi tardif de la procédure minerait le droit du Canada à une défense pleine et entière. Pour remédier à ce défaut, le Canada demande au Tribunal de rejeter ces nouvelles allégations.

de 2006, « requires information on the issues in dispute to show that there is between the parties a legal dispute arising directly out of an investment. »

¹³¹ Ordonnance procédurale 5, 20 décembre 2014, Annexe A, p. 9. Cette demande visait « Les documents traitant d'une demande aux autorités fédérales ou québécoises afin que le projet Énergie Saguenay soit soumis à une évaluation coopérative fédérale-provinciale par commission d'examen conjoint »

2. La demanderesse n'a soumis aucune allégation de manquement autonome à l'égard des autres mesures dans son avis d'intention ou sa demande d'arbitrage

a) La décision du gouvernement du Québec en décembre 2015 de mener une évaluation environnementale du projet Énergie Saguenay ou l'omission de mener une évaluation conjointe avec l'Agence en janvier 2016

125. Nulle part dans l'avis d'intention ni la demande d'arbitrage la demanderesse n'allègue que la décision du gouvernement du Québec en décembre 2015 de mener une évaluation environnementale du projet Énergie Saguenay ou l'omission de mener une évaluation conjointe avec l'Agence en janvier 2016 constitue un manquement autonome de l'ALÉNA. Au contraire, la demanderesse énumère la directive du MELCC de décembre 2015 parmi les éléments de la procédure de la LQE qui a été « duly followed », « as planned »¹³².

126. La nouvelle plainte de la demanderesse selon laquelle cette mesure serait une violation autonome de l'ALÉNA ne fait donc pas partie du différend, puisque la demanderesse l'a omise de son avis d'intention et de sa demande d'arbitrage.

b) L'omission de l'Agence de notifier le MELCC en décembre 2015 qu'elle mènerait l'évaluation environnementale du projet ou l'omission d'invoquer l'Entente Canada-Québec et mener une évaluation conjointe avec le MELCC en janvier 2016

127. Ni l'avis d'intention ni la demande d'arbitrage ne traitent de l'omission de l'Agence de notifier le MELCC en décembre 2015 qu'elle mènerait l'évaluation environnementale du projet ou l'omission d'invoquer l'Entente Canada-Québec et mener une évaluation conjointe avec le MELCC en janvier 2016. Dans sa chronologie des événements, le premier fait dont se plaint la demanderesse quant au processus fédéral d'évaluation environnementale est le gazouillis d'un représentant du Parti libéral du Canada en septembre 2021 à propos du projet Énergie Saguenay¹³³. Elle ne réfère à aucun fait antérieur à septembre 2021 en ce qui concerne la conduite du gouvernement fédéral.

¹³² *Notice of Intent-ENG*, ¶ 58; *Request for Arbitration-ENG*, ¶ 73.

¹³³ *Notice of Intent-ENG*, ¶ 105; *Request for Arbitration-ENG*, ¶¶ 8 et 120.

128. Sa nouvelle plainte dans son contre-mémoire sur la compétence selon laquelle la conduite de l'Agence en décembre 2015 et janvier 2016 constitue un manquement autonome à l'ALÉNA ne fait donc pas partie du présent différend, puisque la demanderesse l'a omise de son avis d'intention et sa demande d'arbitrage.

c) La demande du MELCC à GNL Québec de fournir un bilan des coûts et avantages du projet Énergie Saguenay en mai 2019

129. La demanderesse n'a pas inclus une seule mention du bilan coûts et avantages demandé par le MELCC dans son avis d'intention, sa demande d'arbitrage ou son mémoire. Ce faisant, sa nouvelle plainte selon laquelle la demande du MELCC de fournir un tel bilan équivaut à une violation autonome de l'ALÉNA ne fait pas partie du présent différend.

d) La décision de l'Agence d'étendre la portée géographique de l'étude des effets de la navigation dans le cadre de l'évaluation du projet Énergie Saguenay en août 2019

130. Ni l'avis d'intention ni la demande d'arbitrage ne réfèrent à la décision de l'Agence d'étendre la portée géographique de l'étude des effets de la navigation du projet Énergie Saguenay en août 2019. Comme mentionné ci-haut, le premier fait que mentionne la demanderesse dans sa chronologie des événements du processus fédéral est le gazouillis du Parti libéral en 2021. Par conséquent, la nouvelle plainte de la demanderesse selon laquelle la décision de l'Agence en août 2019 constitue un manquement autonome à l'ALÉNA ne fait pas partie du présent différend.

e) La prétendue fuite de renseignements à propos du retrait de l'investisseur ██████ en mars 2020

131. L'avis d'intention et la demande d'arbitrage ne mentionnent nulle part la prétendue fuite de renseignements à propos du retrait de ██████ des projets de la demanderesse en mars 2020. Pour cette raison, le Canada a souligné dans ses plaidoiries sur la bifurcation que les faits allégués relatifs à cette prétendue fuite de renseignements ne font pas partie du présent différend¹³⁴.

132. Dans sa réponse à la demande de bifurcation du Canada, la demanderesse a répondu que « even assuming that the facts relating to the media leak were not implicitly included in the Notice

¹³⁴ *Demande de bifurcation du Canada-FRA*, ¶¶ 65-70; *Reply to the Response on the Request for Bifurcation-FRA*, ¶¶ 62-82.

of Intent and Request for Arbitration, this is not a “new claim” [...], but simply additional factual matters in support of an existing claim »¹³⁵. Elle a souligné que la plainte existante à laquelle se rapportaient ces faits allégués était celle pour violation de l'article 1105¹³⁶. Or, les seules plaintes pour violation de l'article 1105 mentionnées dans l'avis d'intention et la demande d'arbitrage concernent la décision du gouvernement du Québec de refuser le projet Énergie Saguenay et son annonce relative au projet Gazoduq en juillet 2021¹³⁷. L'ajout dans la réplique d'une plainte fondée sur la fuite alléguée d'informations confidentielles est ainsi en flagrante contradiction avec les représentations antérieures de la demanderesse à l'effet que la fuite alléguée constitue « simply additional factual matters in support of an existing claim ».

133. Ainsi, comme la plainte selon laquelle la prétendue fuite de renseignements en mars 2020 constitue un manquement à l'ALÉNA autonome des décisions de juillet 2021 n'était pas incluse dans l'avis d'intention ni la demande d'arbitrage, elle ne fait pas partie du présent différend.

f) La participation des chercheurs MM. Chion et Michaud aux audiences du BAPE sur le projet Énergie Saguenay en septembre 2020

134. Dans son avis d'intention et sa demande d'arbitrage, la demanderesse a inclus les faits relatifs à la participation des chercheurs MM. Chion et Michaud aux audiences du BAPE en septembre 2020. Toutefois, elle a énuméré les audiences du BAPE parmi sa liste d'exemples d'étapes de la procédure de la LQE qui a été, jusqu'au premier trimestre de 2021, « duly followed », « as planned »¹³⁸. Cela démontre que la demanderesse ne considérait pas les audiences du BAPE en elles-mêmes comme le fondement d'un manquement à l'ALÉNA.

¹³⁵ *Response to Respondent's Request for Bifurcation-ENG*, ¶ 219.

¹³⁶ *Response to Respondent's Request for Bifurcation-ENG*, ¶ 217.

¹³⁷ *Notice of Intent-ENG*, ¶¶ 133 et 135; *Request for Arbitration-ENG*, ¶ 153: « With its refusal to authorise the GNLQ Project, the Québec Government repudiated GNLQ's reasonable and legitimate expectations that it had fostered and which must be taken into account when ascertaining a breach of NAFTA Article 1105(1). » et ¶ 155: « The Québec Government's decision also to unilaterally terminate the Gazoduq Project as a direct result of its refusal to authorise the GNLQ Project, without any decision, process or forewarning, was in and of itself an additional instance of illegal and manifest arbitrariness and gross procedural unfairness toward Symbio, which also violates NAFTA Article 1105(1). »

¹³⁸ *Notice of Intent-ENG*, ¶ 58; *Request for Arbitration-ENG*, ¶ 73.

135. Par conséquent, sa nouvelle plainte selon laquelle la participation de MM. Chion et Michaud à ces audiences constitue un manquement autonome à l'ALÉNA ne fait pas partie du présent différend, puisque la demanderesse a omis de l'inclure dans son avis d'intention et sa demande d'arbitrage.

g) L'annonce par le ministre québécois de l'Environnement de trois conditions relatives à l'approbation du projet Énergie Saguenay en mars 2021

136. La demanderesse traite dans son avis d'intention et sa demande d'arbitrage des trois conditions annoncées par le ministre de l'Environnement en mars 2021. Toutefois, elle n'y allègue pas que cette annonce constitue en elle-même un manquement autonome à l'ALÉNA. Au contraire, elle aborde cette annonce seulement pour soutenir son allégation selon laquelle le refus du projet Énergie Saguenay en juillet 2021 a contrevenu à l'article 1105 de l'ALÉNA parce qu'il était fondé sur les trois conditions annoncées en mars 2021¹³⁹.

137. Ainsi, la nouvelle plainte de la demanderesse voulant que l'annonce des trois conditions en mars 2021 constitue une violation de l'ALÉNA autonome de la décision de juillet 2021 ne fait pas partie du présent différend, puisqu'elle était omise de l'avis d'intention et de la demande d'arbitrage.

h) Le gazouillis (tweet) d'un représentant du Parti libéral du Canada à propos du projet Énergie Saguenay lors de la campagne électorale fédérale en septembre 2021

138. Dans son avis d'intention et sa demande d'arbitrage, la demanderesse a abordé la publication, par un représentant du Parti libéral du Canada, d'un gazouillis à propos du projet Énergie Saguenay en septembre 2021. Toutefois, elle ne l'a pas présenté comme la source d'une violation à l'ALÉNA qui serait autonome du refus du projet Énergie Saguenay par le gouvernement fédéral. Elle présente ce gazouillis comme un signe précurseur de la décision

¹³⁹ *Notice of Intent-ENG*, ¶¶ 6, 81, 99, 132; *Request for Arbitration-ENG*, ¶ 6: « To attain its objective, Québec at the eleventh hour moved the goalposts of the review process, abruptly announcing that compliance with newly-framed “core criteria” would be required to obtain its approval; applied these new criteria in a manner never before nor subsequently applied to comparable projects in Québec; granted Symbio little time to assemble evidence demonstrating its compliance with the newly-framed criteria; ignored Symbio’s expert demonstration and even its own experts’ conclusions that GNLQ in fact met such criteria on the basis of scientific evidence; and ultimately, in July 2021, refused the GNLQ Project based on these newly-framed core criteria, not applied to other similar projects approved either before or since. » *Voir aussi*, ¶¶ 149, 153.

officielle qui suivra quelque mois plus tard¹⁴⁰ ou comme une preuve du refus du projet Énergie Saguenay officialisé en février 2022¹⁴¹. Selon la demanderesse, le gazouillis de septembre 2021 et la déclaration de décision de février 2022 se rapportent donc au même manquement allégué associé au refus du projet Énergie Saguenay par le gouvernement fédéral.

139. Par conséquent, sa nouvelle plainte selon laquelle le gazouillis du Parti libéral du Canada en septembre 2021 constitue une violation autonome à l'ALÉNA ne fait pas partie du présent différend, puisque la demanderesse ne l'a pas incluse dans son avis d'intention et sa demande d'arbitrage.

i) La décision du ministre fédéral de l'Environnement quant aux effets environnementaux négatifs importants du projet Énergie Saguenay du 9 décembre 2021

140. Dans son avis d'intention et sa demande d'arbitrage, la demanderesse n'aborde nulle part la décision du ministre fédéral de l'Environnement quant à l'importance des effets environnementaux négatifs importants du projet Énergie Saguenay en décembre 2021. Dans son exposé des faits, elle traite du gazouillis du Parti libéral du Canada en septembre 2021, puis de la déclaration de décision de février 2022 mais ne mentionne pas l'étape de la décision du ministre en décembre 2021¹⁴².

141. Puisque la plainte selon laquelle la décision du ministre fédéral de l'Environnement en décembre 2021 constitue un manquement à l'ALÉNA autonome du refus du projet Énergie Saguenay par le gouvernement fédéral n'était pas incluse dans l'avis d'intention ni la demande d'arbitrage, elle ne fait pas partie du présent différend.

¹⁴⁰ *Notice of Intent-ENG*, ¶ 106; *Request for Arbitration-ENG*, ¶ 121: « Therefore, the federal rejection of the GNLQ Project was a foregone conclusion at least as early as September 2021. »

¹⁴¹ *Notice of Intent-ENG*, ¶¶ 8, 107; *Request for Arbitration-ENG*, ¶¶ 8, 122: « The formal decision issued in February 2022 simply rendered concrete what was already a *fait accompli*, further to the Liberal Party policy announcement of September 2021. »

¹⁴² *Notice of Intent-ENG*, ¶¶ 106-107; *Request for Arbitration-ENG*, ¶¶ 121-122.

B. Les faits allégués postérieurs au 30 juin 2020 ne peuvent fonder une plainte au titre de l'annexe 14-C

142. Comme nous l'avons démontré dans la **section A**, l'annexe 14-C de l'ACEUM ne prolonge pas l'application des obligations de la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA pendant trois ans après l'expiration du traité. Pour cette raison, les seuls faits générateurs de responsabilité pouvant fonder une plainte au titre du paragraphe 1 de l'annexe 14-C « où il est allégué qu'il y a eu manquement à une obligation prévue à la section A du chapitre 11 » sont ceux survenus avant l'extinction de l'ALÉNA le 1^{er} juillet 2020.

143. Parmi les neuf mesures autres que les décisions des gouvernements du Québec et du Canada de refuser les projets Énergie Saguenay et Gazoduq, dont nous avons déjà traité dans la **section II.B**, aucune de celles qui sont postérieures au 30 juin 2020¹⁴³ n'est susceptible de pouvoir constituer un manquement autonome aux obligations de la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA. Il en est ainsi puisque ces obligations étaient toutes éteintes au moment où les faits allégués sont survenus et le Canada n'était donc plus tenu de les exécuter en application du principe d'intertemporalité énoncé à l'article 13 des Articles de la CDI.

144. Par conséquent, le Tribunal n'a pas compétence *ratione voluntatis* pour entendre les plaintes de la demanderesse fondées sur ces mesures, soit les plaintes visant : la participation des chercheurs MM. Chion et Michaud aux audiences du BAPE sur le projet Énergie Saguenay en septembre 2020; l'annonce par le ministre québécois de l'Environnement de trois conditions relatives à l'approbation du projet Énergie Saguenay en mars 2021; le gazouillis (*tweet*) d'un représentant du Parti libéral du Canada à propos du projet Énergie Saguenay lors de la campagne électorale fédérale en septembre 2021; et la décision du ministre fédéral de l'Environnement quant aux effets environnementaux négatifs importants du projet Énergie Saguenay en décembre 2021.

¹⁴³ C'est-à-dire la participation des chercheurs MM. Chion et Michaud aux audiences du BAPE sur le projet Énergie Saguenay en septembre 2020; l'annonce par le ministre québécois de l'Environnement de trois conditions relatives à l'approbation du projet Énergie Saguenay en mars 2021; la décision du gouvernement du Québec du 21 juillet 2021 de refuser le projet Énergie Saguenay; le gazouillis (*tweet*) d'un représentant du Parti libéral du Canada à propos du projet Énergie Saguenay lors de la campagne électorale fédérale en septembre 2021 ; la décision du ministre fédéral de l'Environnement quant aux effets environnementaux négatifs importants du projet Énergie Saguenay du 9 décembre 2021 et la décision du gouvernement du Canada du 7 février 2022 de refuser le projet Énergie Saguenay.

C. Les plaintes relatives aux mesures antérieures au 17 février 2020 sont prescrites en application de l'article 1117(2) de l'ALÉNA

145. Dans son contre-mémoire sur la compétence, la demanderesse reconnaît que l'article 1117(2) de l'ALÉNA s'applique quant au dépôt de sa plainte à l'arbitrage. Toutefois, elle maintient qu'elle s'y conforme puisqu'elle n'aurait eu connaissance des manquements allégués et de la perte ou du dommage allégué en résultant qu'en juillet 2021 et février 2022, lorsque les gouvernements du Québec et du Canada ont annoncé leurs décisions respectives de refuser le projet Énergie Saguenay¹⁴⁴.

146. Il ne suffit pas pour la demanderesse de prétendre qu'elle a subjectivement acquis pour la première fois la connaissance des manquements et de la perte ou du dommage allégués à la date qui lui semble la plus commode pour les fins du dépôt de sa plainte. La prise de connaissance pour la première fois d'un manquement et de la perte ou du dommage allégués est une question de fait, qu'il incombe à la demanderesse de démontrer¹⁴⁵.

147. En outre, le délai de prescription de l'article 1117(2) de l'ALÉNA peut débiter à partir de deux évènements : (1) lorsque l'entreprise « a eu » pour la première fois la connaissance du manquement et de la perte ou du dommage subi ou (2) lorsque l'entreprise « aurait dû avoir » pour la première fois connaissance du manquement allégué et de la perte et du dommage subi. Autrement dit, le délai de l'article 1117(2) peut être déclenché soit par la connaissance réelle ou par la connaissance présumée¹⁴⁶.

¹⁴⁴ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶¶ 566-567.

¹⁴⁵ **RL-0030-ENG**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al c. États-Unis* (CNUDCI), Décision sur la compétence, 20 juillet 2006 (« *Grand River - Décision sur la compétence* »), ¶ 54: « This is foremost a question of fact. » Dans le cas de la connaissance présumée, cette connaissance est imputée à la demanderesse; **RL-0198-ENG**, *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz et Trevor B. Berkowitz (Spence International Investments and others) c. Costa Rica* (Affaire CIRDI No. UNCT/13/2), Sentence provisoire corrigée, 30 mai 2017 (« *Berkowitz – Sentence provisoire corrigée* »), ¶ 163: « If the Claimants cannot establish, to an objective standard, that they first acquired knowledge of the breaches and losses that they allege in the period after 10 June 2010, they fall at the first hurdle. To surmount this obstacle, each claimant must show, in respect of each property claim, that they have a cause of action, a distinct and legally significant event that is capable of founding a claim in its own right, of which they first became aware in the period after 10 June 2010. » Voir aussi ¶¶ 166, 239.

¹⁴⁶ **RL-0030-ENG**, *Grand River - Décision sur la compétence*, ¶¶ 53, 58; **CL-0024-ENG**, *Bilcon of Delaware et al c. Canada* (Affaire CPA No. 2009-04), Décision sur la compétence et l'admissibilité, 17 mars 2015 (« *Bilcon - Décision sur la compétence et l'admissibilité* »), ¶ 273. **RL-0200-ENG**, *Corona Materials LLC c. République dominicaine* (Affaire CIRDI No. ARB(AF)/14/3), Sentence sur les objections préliminaires, 31 mai 2016 (« *Corona – Sentence sur les objections préliminaires* »), ¶¶ 193, 217; **RL-0198-ENG**, *Berkowitz – Sentence provisoire corrigée*, ¶ 170.

148. La notion de connaissance réelle réfère à ce que l'investisseur savait subjectivement¹⁴⁷. En revanche, la notion de connaissance présumée réfère à ce que l'investisseur devait objectivement savoir. Investi de la tâche d'interpréter une disposition de prescription du traité entre les États-Unis, la République dominicaine et l'Amérique centrale (CAFTA-DR) similaire à celle des articles 1116 et 1117¹⁴⁸, le tribunal dans l'affaire *Berkowitz* a décrit le test de la connaissance présumée (« aurait dû avoir connaissance » ou « should have first acquired, knowledge ») comme une norme objective, soit « what a prudent claimant should have known or must reasonably be deemed to have known »¹⁴⁹.

149. La notion de connaissance présumée exige des investisseurs qu'ils exercent un certain degré de « soin raisonnable » et de « diligence » selon la norme de « l'investisseur raisonnablement prudent »¹⁵⁰. Par conséquent, le délai de prescription de trois ans ne peut pas être étendu, par exemple, par aveuglement volontaire de la part de l'entreprise, c'est-à-dire la négligence par l'entreprise de reconnaître qu'une mesure lui cause une perte ou un dommage, ou un manque de prudence de la part de l'entreprise à remarquer toute perte ou dommage qu'elle aurait subi. À plus forte raison, un investisseur ne peut pas non plus choisir d'ignorer un préjudice subi en toute connaissance de cause au moment de l'adoption des mesures contestées et ne réclamer de manière stratégique une compensation que pour un préjudice subi plusieurs années plus tard dans le seul but de contrecarrer l'application du délai de prescription.

¹⁴⁷ **RL-0200-ENG**, *Corona – Sentence sur les objections préliminaires*, ¶ 217: « As already noted above, DRCAFTA Article 10.18.1 contemplates two forms of knowledge of breach and loss or damage: actual knowledge – what the Claimant did in fact know at a given time – and constructive knowledge – what the Claimant should have known at a given time. » Le tribunal dans l'affaire *Grand River* a qualifié la connaissance réelle de question de fait : **RL-0030-ENG**, *Grand River - Décision sur la compétence*, ¶ 54.

¹⁴⁸ **RL-0201-ENG**, US-Dominican Republic-Central America FTA (CAFTA-DR), Chapter 10 – Investment, article 10.18.1: « 1. No claim may be submitted to arbitration under this Section if more than three years have elapsed from the date on which the claimant first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach alleged under Article 10.16.1 and knowledge that the claimant (for claims brought under Article 10.16.1(a)) or the enterprise (for claims brought under Article 10.16.1(b)) has incurred loss or damage. »

¹⁴⁹ **RL-0198-ENG**, *Berkowitz – Sentence provisoire corrigée*, ¶ 209, en référence à la disposition sur le délai de prescription du CAFTA-DR (Article 10.18.1). Le tribunal dans l'affaire *Berkowitz* a aussi noté au ¶ 209: « As the actual knowledge of a claimant will often be difficult to determine, tribunals are frequently called upon to consider what a claimant must be deemed to have known. ». Voir aussi, **RL-0200-ENG**, *Corona – Sentence sur les objections préliminaires*, ¶¶ 195 et 217.

¹⁵⁰ **RL-0030-ENG**, *Grand River - Décision sur la compétence*, ¶¶ 59 et 66.

1. Les actes et omissions allégués du MELCC et de l'Agence ayant mené à la tenue de deux évaluations environnementales du projet Énergie Saguenay en décembre 2015 et janvier 2016

150. La demanderesse allègue dans sa réplique que les actes et omissions du MELCC et de l'Agence, c'est-à-dire le défaut allégué du MELCC de décliner compétence sur l'évaluation environnementale du projet Énergie Saguenay ou de mener une évaluation environnementale collaborative du projet avec l'Agence et le défaut allégué de l'Agence de prendre les devants dans la conduite de l'évaluation environnementale ou de mener une évaluation environnementale collaborative du projet avec le MELCC, constituent un manquement à l'article 1105¹⁵¹. Elle allègue également que le défaut du Canada et du Québec de mener une seule évaluation environnementale fédérale du projet, ou à tout le moins une seule évaluation coopérative, constitue un manquement à l'article 1102¹⁵².

151. L'experte de la demanderesse, Me Duchaine, admet que les actes et omissions allégués du MELCC et de l'Agence en 2015 et 2016 ont « causé un préjudice » à la demanderesse incluant « la complexité des processus auxquels elle a dû adhérer et des coûts en découlant » et « les chevauchements et empiètements qu'il y a eu dans le cadre des processus d'évaluation environnementale fédéral et provincial »¹⁵³. Aux dires de cette experte, « il est en effet évident que le fait de procéder à deux procédures d'évaluation environnementale distinctes pour chaque palier de gouvernement est préjudiciable pour GNL Québec, tant en ce qui concerne la complexité et les coûts du processus qui en découlent que les risques de chevauchements et d'empiètement d'un palier envers les compétences de l'autre. » [nous soulignons]¹⁵⁴ Par conséquent, Symbio savait ou aurait dû savoir qu'une telle mesure engendrerait un niveau de complexité accru et des coûts additionnels dès le moment où à la fois le MELCC et l'Agence ont débuté leurs évaluations environnementales respectives.

¹⁵¹ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 850.

¹⁵² *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 1023 et 1028.

¹⁵³ **CER-1 (Second)**, *Expert Report -Christine Duchaine-Reply Memorial on Jurisdiction and the Merits-FRA*, 7 avril 2025, ¶ 17. Voir aussi ¶¶ 117, 139 et 424.

¹⁵⁴ **CER-1**, *Expert Report -Christine Duchaine-Memorial on Jurisdiction and the Merits-FRA*, 21 novembre 2023, p. 75.

152. Comme nous l'avons souligné dans nos représentations écrites au soutien de notre demande de bifurcation,¹⁵⁵ un tribunal arbitral établi en vertu de l'ALÉNA a déjà rejeté sur la base d'absence de compétence une allégation similaire se rapportant à la tenue d'une évaluation environnementale au Canada au motif qu'elle était prescrite. Dans l'affaire *Bilcon*, les demandeurs se plaignaient, entre autres, d'une décision des gouvernements du Canada et de la Nouvelle-Écosse d'harmoniser leurs évaluations environnementales en renvoyant l'examen de leur projet de carrière de basalte et de terminal maritime en Nouvelle-Écosse à une commission d'examen conjoint. Le tribunal conclut que la réclamation des demandeurs était prescrite en vertu de l'article 1116(2) de l'ALÉNA puisque les demandeurs avaient ou auraient dû avoir connaissance du manquement allégué et du dommage prétendument subi en raison de cette harmonisation bien avant la période de trois ans précédant le dépôt de la demande d'arbitrage¹⁵⁶. Bien que dans le présent différend la demanderesse conteste paradoxalement la tenue de deux évaluations environnementales plutôt que le renvoi à une seule commission d'examen, la question temporelle fondant le rejet de l'allégation sur la base de la compétence du tribunal demeure la même.

153. Dans sa duplique à la requête en bifurcation, la demanderesse tente de distinguer les faits dans l'affaire *Bilcon* de la présente affaire en plaidant que, contrairement à l'affaire *Bilcon*, il n'y a aucune preuve qu'elle ait eu connaissance du manquement allégué et de l'existence d'un préjudice découlant de l'assujettissement de son projet à deux évaluations environnementales¹⁵⁷. Comme nous l'avons vu, le rapport de sa propre experte dément cette affirmation.

154. La demanderesse a indiqué dans ses plaidoiries sur la bifurcation qu'elle ne réclame pas de dommages pour la complexité, les délais et les coûts additionnels découlant de l'assujettissement de son projet Énergie Saguenay à deux évaluations environnementales¹⁵⁸. Le fait que la demanderesse ne réclame pas de dommages en raison de ce préjudice n'est pas pertinent. Ce qui importe, comme nous l'avons établi précédemment, c'est que la demanderesse avait connaissance

¹⁵⁵ Demande de bifurcation, 5 janvier 2024, ¶ 72; *Réplique à la Réponse de la demanderesse quant à la demande de bifurcation du Canada-FRA*, ¶ 53.

¹⁵⁶ **CL-0024-ENG**, *Bilcon – Sentence sur la compétence et la responsabilité*, ¶ 281.

¹⁵⁷ *Rejoinder on the Respondent's Request for Bifurcation-ENG*, ¶ 93.

¹⁵⁸ *Response to Respondent's Request for Bifurcation-ENG*, ¶ 89: « First, the Claimant does not claim damages on the basis that undergoing two EAs instead of one increased its costs. »

ou aurait dû avoir connaissance que le manquement allégué lui occasionnait un préjudice et non pas que la demanderesse ait effectivement réclamé des dommages à titre de compensation pour ce préjudice.

155. Étant donné que Symbio a eu pour la première fois la connaissance réelle ou présumée du manquement et des dommages subis plus de trois ans avant le dépôt de la demande d'arbitrage, cette plainte est prescrite en application de l'article 1117(2) de l'ALÉNA.

2. La demande du MELCC à GNL Québec de fournir un bilan des coûts et avantages du projet Énergie Saguenay en mai 2019

156. Dans sa réplique, la demanderesse allègue pour la première fois que la demande du MELCC à GNL Québec en mai 2019 de fournir un bilan des coûts et avantages du projet Énergie Saguenay en mai 2019 constitue un manquement autonome à l'ALÉNA¹⁵⁹. Si cette mesure lui a occasionné un dommage indépendant du refus de juillet 2021, par exemple sous forme de complexité, délais et coûts additionnels, elle en a pris connaissance dès que le MELCC lui a formulé sa demande en mai 2019 puisqu'elle a manifestement dû engager des coûts supplémentaires pour les heures que ses consultants ont consacrées à préparer le bilan.

157. Par conséquent, cette plainte est prescrite en application de l'article 1117(2) de l'ALÉNA puisque Symbio a eu pour la première fois la connaissance présumée du manquement et des dommages qui auraient été directement causés par ce manquement vers mai 2019, soit plus de trois ans avant le dépôt de la demande d'arbitrage.

3. La décision de l'Agence du 20 août 2019 d'étendre la portée géographique de l'étude des effets de la navigation du projet Énergie Saguenay

158. La demanderesse conteste également pour la première fois, en tant que manquement distinct, la décision de l'Agence du 20 août 2019 d'étendre la portée géographique de l'étude des

¹⁵⁹ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 574.

effets de la navigation du projet Énergie Saguenay¹⁶⁰. Elle prétend que cette décision constitue une violation autonome des articles 1105¹⁶¹ et 1102¹⁶² de l'ALÉNA.

159. Quant aux dommages, l'expert de la demanderesse, M. Northey, souligne que la modification de la portée géographique de l'évaluation environnementale le 20 août 2019 « would clearly have added time and costs to the proponent's efforts ». Il ajoute qu'une telle modification aurait été « highly prejudicial » pour GNL Québec¹⁶³. Ainsi, si la modification de la portée géographique de l'évaluation était illégale comme le prétend maintenant la demanderesse, elle aurait dû se rendre compte du préjudice allégué immédiatement lorsque la modification a été communiquée à GNL Québec, et non pas seulement deux ans et demi plus tard comme elle le prétend.

160. Toutefois, la demanderesse ne semble pas réclamer de dommage relatif à ce manquement allégué qui soit distinct de ceux émanant de la décision de refus de février 2022. En effet, la demanderesse réfère à cette mesure essentiellement pour appuyer son argument selon lequel les motifs du refus du projet Énergie Saguenay en février 2022 par le gouvernement du Canada étaient en dehors des lignes directrices, rendant ainsi la décision de refus illégale¹⁶⁴.

161. Que la demanderesse ait choisi ou non de réclamer des dommages relativement à ce manquement n'importe pas. Ce qui importe, comme nous l'avons vu ci-dessus, c'est qu'elle aurait dû avoir connaissance de ce dommage allégué dès que la décision de l'Agence quant à la modification de la portée du projet lui a été communiquée. Comme elle a acquis la connaissance présumée du dommage qui aurait directement découlé de la décision de l'Agence plus de trois ans avant le dépôt de la demande d'arbitrage, sa plainte pour manquement autonome à l'égard de cette mesure est prescrite en application de l'article 1117(2) de l'ALÉNA.

¹⁶⁰ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 574.

¹⁶¹ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 953-959.

¹⁶² *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 1135.

¹⁶³ **CER-2 (Second)**, Expert Report of Rodney Northey, 14 April 2025 [corrected 23 April 2025], ¶¶ 25-26: « This late timing would clearly have added time and cost to the proponent's efforts. My greater concern is prejudice. [...] As such, it would have been highly prejudicial to GNLQ for the Agency to unilaterally amend the EIS Guidelines in August 2019 to include what was expressly excluded in 2016 after the EIS was submitted. » [nous soulignons].

¹⁶⁴ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, section 2.6.2.

D. Le Tribunal doit rejeter les plaintes relatives aux manquements autonomes autres que celles relatives aux décisions de refuser le projet car la demanderesse a fait défaut d'établir l'existence de dommages relatifs à ces mesures qui sont indépendants des décisions de refus

162. La demanderesse fonde sa plainte, entre autres, sur l'article 1117 de l'ALÉNA. Cette disposition autorise un investisseur, au nom d'une entreprise qu'elle possède ou contrôle, à soumettre une plainte à l'arbitrage selon laquelle une Partie a manqué à une obligation de l'ALÉNA et que l'entreprise « a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement ». Conséquemment, lorsqu'un investisseur omet d'établir l'existence même de dommages, un tribunal d'arbitrage se doit de décliner compétence.

163. Ainsi, dans l'affaire *Tennant Energy*, un tribunal constitué sous le chapitre 11 de l'ALÉNA déclina compétence à l'égard d'une réclamation d'un investisseur des États-Unis contre le Canada au motif que la demanderesse n'avait pas établi l'existence de dommages. Dans cette affaire, la demanderesse détenait des actions d'une entreprise qui avait soumis une demande au gouvernement de l'Ontario pour l'octroi d'un contrat d'énergie renouvelable. Elle alléguait que ce contrat lui avait été illégalement refusé. Or, la demanderesse n'avait acquis ses actions qu'après que l'Ontario eut refusé d'accorder le contrat à l'entreprise de telle sorte que le prix payé pour les actions reflétait déjà le fait que l'entreprise n'obtiendrait pas de contrat. Dans ces circonstances, le tribunal détermina que la demanderesse avait fait défaut de prouver, de manière *prima facie*, l'existence de dommages et déclina compétence pour ce motif¹⁶⁵.

164. En l'espèce, non seulement la demanderesse n'a-t-elle pas établi, de manière *prima facie*, que les manquements autonomes (autres que les décisions de refus) lui ont causé un dommage, mais elle admet ne réclamer aucun dommage qui soit distinct des dommages occasionnés en raison des refus des gouvernements du Québec et du Canada. Ce faisant, elle semble plaider que chacun des neuf manquements autonomes qu'elle allègue lui a occasionné, en soi, les mêmes dommages que ceux qu'elle réclame en raison des refus, à savoir 588,140,000 \$US.

¹⁶⁵ **RL-0202-ENG**, *Tennant Energy, LLC c. Canada* (Affaire CPA No. 2018-54), Sentence, 25 octobre 2022, ¶¶ 443-444: « the Tribunal finds that the Claimant has not proved, on a *prima facie* basis, that it incurred any loss or damage by reason of or arising from the Respondent's alleged breach [...] The Tribunal's decision means that a condition under Article 1116(1) of the NAFTA is not satisfied, and consequently, that the Tribunal lacks jurisdiction to hear the claim. »

165. L'argument de la demanderesse implique donc, par exemple, que la demande du MELCC à GNL Québec de fournir un bilan des coûts et avantages du projet Énergie Saguenay, la participation des chercheurs MM. Chion et Michaud aux audiences du BAPE en septembre 2020 et la prétendue fuite d'information aux médias ██████████

██████████ lui auraient occasionné dans les trois cas exactement les mêmes dommages de 588,140,000 \$US et ce, indépendamment de la licéité des refus du Québec et du Canada. Un tel argument est manifestement infondé et le Tribunal devrait par conséquent décliner compétence à l'égard de ces neuf manquements autonomes au motif que la demanderesse a fait défaut d'établir l'existence de dommages en découlant.

IV. L'ACTE COMPOSITE ALLÉGUÉ NE RELÈVE PAS DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL

166. La demanderesse avance dans sa réplique une nouvelle théorie afin de contourner l'application du principe d'intertemporalité aux décisions du Canada et du Québec de refuser les projets Énergie Saguenay et Gazoduq. Elle y allègue pour la première fois que les décisions de refuser ses projets auraient constitué le point culminant d'une série d'actes et d'omissions constituant dans leur ensemble un fait illicite composite¹⁶⁶. Cette allégation devrait être rejetée pour plusieurs motifs. Premièrement, n'ayant pas été soulevée dans la demande d'arbitrage, ni dans le mémoire, cette mesure ne fait pas partie du différend que le Tribunal est appelé à trancher. Deuxièmement, la demanderesse n'a pas fait la preuve que les actes et les omissions allégués présentent entre eux le degré de connexité requis pour établir l'existence d'un fait illicite composite. Troisièmement, plus de la moitié des actes et des omissions qui servent de fondement à cette nouvelle théorie sont survenus après l'extinction de l'ALÉNA et ils ne peuvent donc servir d'éléments constitutifs du manquement composite allégué. Quatrièmement, le fait illicite allégué n'est pas différent des allégations visant les décisions des gouvernements du Québec et du Canada de refuser le projet Énergie Saguenay. Cinquièmement, en ce qui a trait aux actes et omissions

¹⁶⁶ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 572, 574. Voir aussi, le paragraphe 565 dans lequel la demanderesse répète une allégation faite dans sa réponse à la demande de bifurcation du Canada sans toutefois alléguer l'existence d'un fait illicite composite : « *These decisions [the 2015-2016 Québec and Federal Government decisions to hold separate environmental assessments for the GNLQ Project] are equally inseparable from the facts that follow these decisions and which include the conduct of these distinct environmental assessments beginning in December 2015 and culminating in the 21 July 2021 provincial refusal and the 7 February 2022 federal refusal to authorise the GNLQ Project* » (nous soulignons).

reprochés survenus pendant que l'ALÉNA était en vigueur, la demanderesse n'allègue pas qu'ils établissent, indépendamment des autres mesures, un acte illicite composite. Quoiqu'il en soit, les actes et les omissions survenus entre 2015 et le 30 juin 2020 sont loin de franchir le seuil requis pour établir une violation de la norme minimale de traitement ou une expropriation et n'établissent pas l'existence d'un traitement discriminatoire.

A. La demanderesse est forclosée de plaider l'existence d'un fait illicite composite

167. L'avis d'intention et la demande d'arbitrage ne contiennent aucune allégation visant un fait illicite composite. Tel que nous l'avons vu¹⁶⁷, les seules mesures contestées étaient les décisions des gouvernements du Québec et du Canada de refuser le projet Énergie Saguenay ainsi que la décision alléguée du gouvernement du Québec de refuser le projet Gazoduq. La demanderesse n'a alors identifié aucune mesure antérieure à ces décisions comme étant contraire aux obligations internationales du Canada.

168. À ces mesures se sont greffées dans le mémoire des allégations de manquements continus que la demanderesse n'a jamais pris la peine d'énumérer, ni même de clairement identifier, et qu'elle semble depuis avoir abandonnées¹⁶⁸. Notamment, le mémoire ne contient aucune allégation de manquement résultant d'un fait illicite composite.

169. Le paragraphe 30(2) du Règlement d'arbitrage prévoit que « [l]e mémoire contient un exposé des faits pertinents, du droit et des arguments, ainsi que les demandes. [...] La réponse et la réplique se limitent à répondre aux écritures précédentes et à traiter de tous faits pertinents qui sont nouveaux ou ne pouvaient pas avoir été connus avant le dépôt de la réponse ou de la réplique. » Le nouveau manquement allégué fondé sur l'existence d'un fait illicite composite n'est manifestement pas une réponse aux arguments présentés par le Canada dans son contre-mémoire et il devrait par conséquent être rejeté.

¹⁶⁷ Section III(A).

¹⁶⁸ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 382: « The facts that form the basis of the claims set out in the present Memorial include breaches that were continuing in the first half of 2020, as well as specific measures that were adopted in March 2020 so as improperly to target the Claimant, Symbio and their investments in Canada. The measures continued through to 21 July 2021 and 7 February 2022. »

170. Dans l'affaire *Agility Public Warehousing*, un arbitrage initié en vertu de la Convention CIRDI et régi par le Règlement d'arbitrage de 2006, le tribunal rejeta une allégation fondée sur l'existence d'un fait illicite composite au motif que cette allégation n'avait pas été incluse dans le mémoire de la demanderesse. Le litige concernait l'investissement d'Agility dans une société de télécommunications irakienne à laquelle la Commission irakienne des communications et des médias (« CMC ») avait accordé une licence de télécommunications mobiles en 2007. À la suite d'un différend portant sur la structure corporative de la société irakienne, la CMC ordonna en 2014 l'annulation de la cession d'actions de la société irakienne à la demanderesse. Après avoir entrepris des recours infructueux devant les tribunaux judiciaires irakiens, la demanderesse invoqua la protection du traité bilatéral d'investissement entre le Kuwait et l'Irak qui est entré en vigueur en 2015. À la suite d'une objection juridictionnelle de l'Irak, le tribunal déclina compétence quant aux manquements antérieurs à l'entrée en vigueur du traité mais se déclara compétent quant aux manquements postérieurs. Tout comme dans la présente affaire, la demanderesse tenta de contourner le principe d'intertemporalité des obligations en invoquant l'existence d'un fait illicite composite englobant des faits survenus avant ainsi qu'après l'entrée en vigueur du traité. Le tribunal rejeta cette tentative tardive car « It is clear to the Tribunal that the composite breach claim was not pleaded in the Claimant's Memorial. Whilst the Claimant pointed to two sentences in the Memorial which made oblique references to a need to consider all of the Respondent's acts cumulatively, an examination of the context in which these statements were made reveals that the Claimant's intention was not to plead a composite claim. »¹⁶⁹

171. Pareillement, il est impossible de déceler dans le mémoire de la demanderesse une allégation de manquement aux obligations du Canada fondé sur un fait illicite composite. Compte tenu de la manière dont la demanderesse a présenté sa plainte dans son avis d'intention et sa demande d'arbitrage et de la manière dont elle l'a plaidée dans son mémoire et ses plaidoiries sur la bifurcation, elle est maintenant forclosée de plaider dans sa réplique une nouvelle allégation de fait illicite composite englobant onze faits et omissions ayant culminé avec les décisions du Québec et du Canada de refuser les projets Énergie Saguenay et Gazoduc.

¹⁶⁹ **RL-0211-ENG**, *Agility Public Warehousing Company K.S.C. c. Irak* (Affaire CIRDI No. ARB/17/7), Décision sur la compétence, 9 juillet, 2019 (« *Agility Public Warehousing - Décision sur la compétence* »), ¶ 250.

B. Les actes et les omissions allégués ne présentent pas le degré de connexité requis

172. Afin d'établir l'existence d'un fait illicite composite, un investisseur doit faire plus qu'énumérer une liste disparate d'actes ou d'omissions et demander à un tribunal d'arbitrage de les analyser dans leur ensemble afin de déterminer s'ils contreviennent aux obligations internationales d'un État. En l'espèce, la demanderesse a tout au plus tenté d'établir que les actes et omissions dont elle se plaint forment des maillons dans la chaîne de causalité ayant mené au refus du Canada et du Québec d'accepter leur projet¹⁷⁰. Or, un lien plus substantiel est requis. En effet, les tribunaux d'arbitrage ont maintes fois énoncé qu'un investisseur doit établir que les actes ou les omissions dont il se plaint sont étroitement interreliés de sorte que l'on puisse dire qu'ils poursuivent un même objectif.

173. Ainsi, dans l'affaire *Cyprus Popular Bank*, la demanderesse, une institution financière, alléguait qu'une série d'actes et d'omissions du gouvernement grec en réponse à la crise financière qui sévissait dans ce pays dans les années 2010 avait eu pour effet d'accorder un traitement plus favorable à des institutions financières d'États tiers. La demanderesse alléguait que ces actes et omissions, dans leur ensemble, contrevenaient à la norme de traitement juste et équitable et à la protection à l'encontre des expropriations sans compensation garanties par le traité bilatéral d'investissement entre la Grèce et Chypre. En rejetant les allégations de violation composite, le tribunal a énoncé :

Previous investment arbitration tribunals have confirmed that a series of isolated acts by the State that affect the investment are not in themselves sufficient to characterize the aggregate of those acts as a composite breach. The acts must be interconnected, in the sense that they are adopted as part of a systematic policy of the State to target the investor. Thus a composite breach may only arise “where the actions in question disclose some link of underlying pattern or purpose between them”, or adopted “under a common denominator”. An assessment of the series of events leading to the composite breach will usually reveal the purpose intended by the host State.¹⁷¹

¹⁷⁰ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 579.

¹⁷¹ **RL-0203-ENG**, *Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. c. Grèce* (Affaire CIRDI No. ARB/14/16), Sentence, 15 avril 2021, ¶ 1511.

174. Après avoir analysé les actes et omissions reprochés, le tribunal dans cette affaire détermina que la demanderesse n'avait pas démontré que la Grèce avait mis en œuvre une politique systématique de discrimination à l'égard de la demanderesse qui aurait abouti à l'expropriation progressive de son investissement ou une violation composite de la norme de traitement juste et équitable.

175. Plus récemment, le tribunal dans l'affaire *Gabriel Resources* a rendu une décision au même effet. Dans cette affaire, un différend opposait les parties relativement à un projet minier qui prévoyait l'extraction de métaux précieux en Roumanie. La demanderesse alléguait, entre autres, que le gouvernement roumain avait, par une série d'actes et d'omissions entre 2011 et 2013, indûment politisé le traitement de sa demande de permis environnemental qui lui a ultimement été refusé. Elle alléguait que ces actes et omissions constituaient, ensemble, un fait composite qui contrevenait aux obligations de la Roumanie prévues aux traités bilatéraux d'investissement conclus avec le Canada et le Royaume-Uni. Après avoir d'abord établi que les obligations servant de fondement à la réclamation de la demanderesse étaient de nature à pouvoir donner lieu à un manquement composite,¹⁷² le tribunal a analysé le degré de connexité requis entre les actes et omissions allégués afin qu'ils puissent être considérés comme établissant un fait illicite composite:

the Tribunal finds the following definitions / approaches of investor State tribunals (relied also by Claimants) appropriate:

- There must be a “clear link between these series of events and that they all culminated in the taking over” of the investment;
- There must be “some link of underlying pattern or purpose between them”.

Accordingly, in the present case, the Tribunal must find that the series of acts or omissions of Respondent between August 2011 and September 2013 were clearly related, connected by an underlying pattern or purpose such that are collectively characterized as wrongful. While pattern or purpose does not necessarily require that the conduct at issue be “carried out in an organized and deliberate way” or with

¹⁷² **RL-0204-ENG**, *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) c. Roumanie (I)* (Affaire CIRDI No. ARB/15/31), Sentence, 8 mars 2024 (« *Gabriel Resources – Sentence* »), ¶ 826: « a simple obligation which can indeed be found in many of the international obligations in an investor-State treaty can be breached by a composite act i.e., a series of acts or omissions defined in aggregate as wrongful. This has been recognized by commentators as well as many investor-State tribunals. »

malicious intent, some sort of proof of motive or purpose is called for.¹⁷³ [références omises]

176. Selon le tribunal, l'analyse de la preuve administrée lors de cet arbitrage ne permettait pas d'établir un lien inapproprié entre la procédure d'autorisation environnementale et la renégociation entre l'État et l'investisseur des aspects économiques du projet¹⁷⁴.

177. D'autres tribunaux ont pareillement refusé de conclure à l'existence d'un fait illicite composite en l'absence d'une ligne de conduite systématique démontrant un objectif commun et coordonné entre les actes ou omissions allégués¹⁷⁵.

178. En l'espèce, la demanderesse, tout comme les investisseurs dans les affaires *Cyprus Popular Bank* et *Gabriel Resources*, n'a pas établi le degré de connexité requis entre les actes et omissions qui auraient prétendument constitué, dans leur ensemble, une violation des obligations du Canada. Outre le fait qu'ils s'inscrivent tous, à une exception près,¹⁷⁶ dans le cadre des évaluations environnementales du projet de la demanderesse, ces faits et omissions n'ont aucun lien entre eux. Parmi les onze actes ou omissions reprochés, six sont postérieurs à l'extinction de l'ALÉNA et ne peuvent donc pas, comme nous l'établirons dans la section suivante, servir d'éléments constitutifs d'un fait illicite composé. Quant aux cinq éléments restants qui sont antérieurs au 1^{er} juillet 2020, il est impossible d'y voir des éléments étroitement interreliés qui participent au même objectif de refuser le projet Énergie Saguenay.

179. Les deux premiers éléments invoqués par la demanderesse ont trait à l'omission des gouvernements du Canada et du Québec de laisser libre cours à l'Agence afin de mener une évaluation environnementale fédérale ou de mener une évaluation environnementale conjointe

¹⁷³ **RL-0204-ENG**, *Gabriel Resources – Sentence*, ¶¶ 827, 828.

¹⁷⁴ **RL-0204-ENG**, *Gabriel Resources – Sentence*, ¶ 1165.

¹⁷⁵ **RL-0137-ENG**, *Rompertrol Group c. Roumanie* (Affaire CIRDI No. ARB/06/3), Sentence, 6 mai 2013, ¶¶ 271-273; **RL-0205-FRA**, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c. Chili* (Affaire CIRDI No. ARB/98/2), Sentence, 8 mai 2008, ¶ 619; **RL-0206-ENG**, *Fengzhen Min c. République de Corée* (Affaire CIRDI No. ARB/20/26), Décision sur l'objection préliminaire de la partie défenderesse conformément à la règle 41(5) des Règles d'arbitrage de la CIRDI, 18 juin 2021, ¶¶ 93-94.

¹⁷⁶ La prétendue fuite de renseignements confidentiels à la presse en mars 2020 n'a aucun lien avec les évaluations environnementales alors en cours.

avec le MELCC¹⁷⁷. Ces éléments ne peuvent servir à établir l'existence d'un fait illicite composite qui aurait culminé avec le rejet du projet Énergie Saguenay car il est impossible d'y voir l'amorce d'un dessein délictueux qui sous-tend les autres faits auxquels ils seraient prétendument reliés. Non seulement la demanderesse n'allègue-t-elle pas que l'assujettissement de son projet à deux évaluations environnementales avait pour but ultime de rejeter le projet, mais l'omission de l'Agence de mener une évaluation environnementale unique ou conjointe avec le MELCC était de nature à rendre plus difficile le rejet du projet. En effet, si le dessein délictueux sous-jacent avait été de rejeter le projet Énergie Saguenay, il aurait été plus facile pour les gouvernements du Canada et du Québec de le faire à la suite d'une seule évaluation environnementale, que celle-ci soit menée par l'Agence ou qu'elle soit conjointe. L'omission en question n'est donc pas de nature à faciliter la réalisation du dessein délictueux et il est par conséquent peu crédible de prétendre que cette omission ait pu s'inscrire dans une ligne de conduite visant à refuser le projet.

180. Aussi, l'omission de l'Agence de mener une évaluation environnementale unique ou conjointe avec le MELCC du projet Énergie Saguenay n'est pas un fait inhabituel. Comme les experts du Canada, Me Yergeau et Mme Powell ont déjà eu l'occasion de l'établir, il n'y a jamais eu d'évaluation conjointe fédérale-Québec sous l'égide de la LCÉE 2012 et plusieurs autres projets ont été assujettis à deux évaluations fédérale et québécoise¹⁷⁸.

181. En ce qui a trait à la demande du MELCC le 22 mai 2019 que la demanderesse prépare un bilan des coûts et des avantages du projet, une telle demande n'est pas de nature à favoriser la réalisation du dessein sous-jacent, à savoir le rejet du projet Énergie Saguenay. En effet, ce n'est pas la demande d'un bilan en tant que telle qui est de nature à favoriser ou non le rejet d'un projet mais bien le contenu du bilan réalisé par l'initiateur. Si le bilan préparé par GNL Québec avait pu faire la démonstration que son projet présentait un avantage net pour le Québec, le dessein délictueux (si tant est qu'il y en avait un) aurait été plus difficile à accomplir. Aussi, tel que nous le démontrerons dans la duplique, il n'est pas inhabituel que le MELCC demande à un initiateur

¹⁷⁷ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 574.

¹⁷⁸ **RER-2**, Expert Report-Me Michel Yergeau-Provincial Environment Law-Counter-Memorial on the Merits-FRA, 12 July 2024, ¶¶ 372, 376; **RER-3**, Expert Report-Sarah Powell-Federal Environment Law-Counter-Memorial on the Merits-ENG, 12 July 2024 (« RER-3, Powell-ENG »), ¶¶ 32-35.

de synthétiser et de chiffrer les répercussions identifiées dans son étude d'impact sous la forme d'un bilan avantages-coûts.

182. Pour ce qui est de la modification de la portée géographique de l'évaluation environnementale fédérale le 20 août 2019 afin d'englober les impacts du passage de navires-citernes dans l'habitat essentiel du béluga situé dans l'ESL, il est également impossible d'y voir un élément d'une ligne de conduite poursuivant un dessein délictueux. Comme l'explique madame Bélanger dans sa première déclaration, cette modification découlait de nouveaux renseignements contenus dans l'étude d'impact transmise par l'initiateur qui démontraient que celui-ci était en mesure d'exercer un certain contrôle sur les navires-citernes qui s'approvisionneraient à son terminal¹⁷⁹. Madame Bélanger explique aussi qu'un jugement de la Cour d'appel fédérale rendu en août 2018 avait également influencé la décision de l'Agence de modifier la portée géographique de l'évaluation fédérale¹⁸⁰. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'Office national de l'énergie avait exclu à tort le transport maritime de la portée géographique d'un projet d'expansion d'un oléoduc qui achemine du pétrole de l'Alberta vers la côte pacifique en Colombie-Britannique¹⁸¹.

183. La demanderesse ne peut donc voir dans cette modification de la portée géographique de l'évaluation fédérale du projet Énergie Saguenay l'expression d'un dessein inavoué de rejeter son projet.

184. Finalement, en ce qui a trait à la fuite alléguée de renseignements confidentiels aux médias concernant un investisseur potentiel dans le projet, il ne peut, à lui seul, établir l'existence d'un fait illicite composite qui, par définition, doit englober plus qu'un seul acte ou une seule omission.

¹⁷⁹ **RWS-1**, Witness Statement-Geneviève Bélanger-Counter-Memorial on the Merits-FRA, 11 juillet 2024 (« **RWS-1**, Bélanger-FRA »), ¶ 79.

¹⁸⁰ **RWS-1**, Bélanger-FRA, ¶ 80; *Voir aussi*, **RER-3**, Powell-ENG, ¶ 70; **SP-0035-ENG**, *Tsleil-Waututh Nation v Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153.

¹⁸¹ **SP-0035-ENG**, *Tsleil-Waututh Nation v Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, ¶ 764.

C. Les actes et les omissions allégués postérieurs au 30 juin 2020 ne peuvent servir à établir l'existence d'un fait illicite composite

185. L'article 15 des Articles de la CDI codifie les règles de droit international coutumier applicables à une violation constituée par un fait composite de la manière suivante :

1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.

2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale.¹⁸²

186. Les commentaires précisent que ces règles n'ont pas pour effet de supplanter la règle d'intertemporalité codifiée à l'article 13 des Articles de la CDI :

Le mot «restent» est inséré à la fin du paragraphe 2 pour tenir compte du principe de l'intertemporalité énoncé à l'article 13. Conformément à ce principe, l'État doit être lié par l'obligation internationale pendant la période durant laquelle la série d'actions ou d'omissions constituant la violation est commise. Dans les cas où l'obligation en question n'existait pas au début de la conduite mais est née par la suite, la «première» des actions ou omissions de la série, aux fins de la responsabilité des États, sera la première à s'être produite après la naissance de l'obligation. Cela n'exclut pas pour autant que les tribunaux puissent prendre en considération des actions ou omissions antérieures à d'autres fins (par exemple, pour établir la base factuelle de violations ultérieures ou pour prouver l'intention)¹⁸³

187. Bien que l'exemple dans ce commentaire vise une situation où l'obligation liant un État n'existait pas au début de la conduite reprochée, ce commentaire visant l'application du principe d'intertemporalité s'applique tout autant à la situation, comme celle en l'espèce, où les obligations ont cessé de lier un État avant la fin de la conduite reprochée. Dans un tel cas, le corollaire de ce commentaire est que dans les cas où l'obligation en question était en vigueur durant une partie de la conduite mais cesse par la suite de lier les parties à un traité, la « dernière » des actions ou omissions de la série, aux fins de la responsabilité des États, sera la dernière à s'être produite avant

¹⁸² **RL-0064-FRA**, Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, p.154.

¹⁸³ **RL-0064--FRA**, Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, p.158.

l'extinction de l'obligation. En l'espèce, le dernier acte parmi ceux énumérés par la demanderesse comme constituant le fait illicite composite est la fuite alléguée d'informations confidentielles visant le retrait de [REDACTED] au mois de mars 2020.

188. La doctrine¹⁸⁴ et de nombreuses décisions arbitrales investisseur-État¹⁸⁵ consacrent aussi le principe à l'effet que les actes ou omissions ne peuvent constituer un fait illicite composite que dans la mesure où l'État était lié par l'obligation dont le manquement est reproché lorsque les actes ou les omissions sont survenus. Le tribunal dans l'affaire *Société générale*, dans un paragraphe cité par plusieurs autres tribunaux¹⁸⁶, a résumé les principes applicables au manquement résultant d'un acte composite de la manière suivante :

While normally acts will take place at a given point in time independently of their continuing effects, and they might at that point be wrongful or not, it is conceivable also that there might be situations in which each act considered in isolation will not

¹⁸⁴ **RL-0235-ENG**, Claudia Annacker and Eniko Horvath, « Article 15 of the ARSIWA Breach consisting of composite act », dans Andreas Kulick and Michael Waibel, dir., « General International Law in International Investment Law », Oxford University Press, 2024, p.325 à la p. 328: « [Investment tribunals] consistently affirm that a composite act may give rise to State responsibility for breach of an investment treaty even if the conduct began before the critical date for jurisdiction, so long as the portion of the composite act that occurred after that date by itself constitutes a treaty violation »; **RL-0236-FRA**, Giovanni Distefano, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité » (2006) 52 A.F.D.I. 1, pp. 19-21: « la question de la « vigueur » de l'obligation à l'égard du fait étatique « composé » est ainsi résolue par le rapporteur spécial suivant le principe incontesté de la simultanéité entre la « vigueur » de l'obligation et la violation de cette dernière »; **RL-0237-ENG**, Zachary Douglas, « The International Law of Investment Claims », Cambridge University Press, 2009 [Extrait], pp. 335-336: « But the legal foundation for this approach falls away if the first acts of the series are alleged to have occurred before the treaty enters into force. In that situation, the intertemporal principle once again trumps all other considerations »; **RL-0238-ENG**, Nick Gallus, « The Temporal Jurisdiction of International Tribunals », Oxford University Press, 2017, pp. 6-10.

¹⁸⁵ **RL-0065-ENG**, *OOO Manolium Processing c. République du Bélarus* (Affaire CPA No. 2018-06), Sentence finale, 22 juin 2021, ¶¶ 304, 309; **RL-0207-ENG**, *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. République dominicaine* (LCIA No. UN 7927), Sentence sur les objections préliminaires à la compétence, 19 septembre 2008, ¶ 91, 94; **RL-0208-ENG**, *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Company c. Équateur* (PCA No. 2007-02/AA277), Sentence Partielle, 1 décembre 2008, ¶¶ 300-301; **RL-0070-ENG**, *Hydro S.r.l. et autres c. Albanie* (Affaire CIRDI No. ARB/15/28), Sentence, 24 avril 2019; **RL-0209-ENG**, *Walter Bau AG c. Thaïlande* (CNUDCI), Sentence, 1 juillet 2009 (« *Walter Bau – Sentence* »), ¶¶ 9.85-9.93; **RL-0210-FRA**, *ABCI Investments N.V. c. Tunisie* (Affaire CIRDI No. ARB/04/12), Décision sur la compétence, 18 février 2011, ¶¶ 178-179; **CL-0037-ENG**, *Mondev International Ltd. c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. ARB(AF)99/2), Sentence, 11 octobre 2002, ¶ 70 ; **RL-0199-ENG**, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador* (Affaire CIRDI No. ARB/09/12), Décision sur les objections juridictionnelles de la défenderesse, 1 juin 2012 (« *Pac Rim Cayman – Décision sur les objections juridictionnelles de la défenderesse* »), ¶¶ 2.71-2.85.

¹⁸⁶ **RL-0211-ENG**, *Agility Public Warehousing - Décision sur la compétence*, ¶ 253; **RL-0199-ENG**, *Pac Rim Cayman – Décision sur les objections juridictionnelles de la défenderesse*, ¶ 2.71; **CL-0083-ENG**, *El Paso Energy International Company c. Argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/03/15), Sentence, 31 octobre 2011, ¶ 516; **RL-0212-ENG**, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company et CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie* (CNUDCI), Sentence sur la compétence et la responsabilité, 28 avril 2011, ¶ 494; **RL-0209-ENG**, *Walter Bau – Sentence*, ¶¶ 9.84-9.85.

result in a breach of a treaty obligation, but if considered as a part of a series of acts leading in the same direction they could result in a breach at the end of the process of aggregation, when the treaty obligation will have come into force. This is what normally will happen in situations in which creeping or indirect expropriation is found, and could also be the case with a denial of justice as a result of undue delays in judging a case by a municipal court. As noted in Article 15 of the Articles on State Responsibility, the series of actions or omissions must be defined in the aggregate as wrongful and when taken together it “is sufficient to constitute the wrongful act”. But of course the latter determination can only be made when the obligation is in force. [nous soulignons]

189. Le tribunal dans l’affaire *TC Energy* a aussi confirmé l’application du principe d’intertemporalité dans le cas d’une allégation de manquement composite dans le passage de la décision que nous avons précédemment citée traitant de la note de bas de page 21 du Chapitre 14 de l’ACEUM : « It is true that a NAFTA tribunal would in case of a continuous or composite breach have no jurisdiction to assess the parts of that breach occurring after the NAFTA termination; equally, a USMCA tribunal would not have jurisdiction to assess facts occurring before USMCA’s entry into force »¹⁸⁷. C’est possiblement pour cette raison que la demanderesse dans cette affaire n’a pas cru bon d’alléguer l’existence d’un fait illicite composite ayant débuté en 2016 (lorsque l’ALÉNA était en vigueur et lorsque la demanderesse aurait été incitée à se désister de sa première demande d’arbitrage) et s’étant terminé lors de la révocation en janvier 2021 du permis présidentiel autorisant la construction de l’oléoduc Keystone XL¹⁸⁸.

190. En l’espèce, la demanderesse ignore ce principe fondamental lorsqu’elle se sert d’actes et d’omissions survenus alors que l’ALÉNA était en vigueur pour englober dans le fait illicite composite des actes et omissions survenus après le 1^{er} juillet 2020. En effet, la majorité des actes et des omissions qui constituent, selon elle, le fait illicite composite, de même que son point culminant (soit les refus des gouvernements du Canada et du Québec), sont survenus après l’extinction de l’ALÉNA. Contrairement à ce que plaide la demanderesse, ils ne peuvent donc permettre d’établir un fait composite qui contreviendrait aux obligations internationales du Canada. Tout comme un fait composite ne peut servir à étendre la portée temporelle d’obligations de manière rétrospective à des faits et omissions survenus avant qu’un traité n’entre en vigueur,

¹⁸⁷ CL-270-ENG, *TC Energy – Sentence*, ¶¶ 166-167.

¹⁸⁸ CL-270-ENG, *TC Energy – Sentence*, ¶ 209.

un fait composite ne peut non plus étendre la portée d'obligations de manière prospective à des actes et omissions survenus après qu'un traité est éteint.

D. Le manquement résultant du fait illicite composite n'est pas différent des manquements résultant des actes et omissions qui le composent

191. Afin de constituer un fait illicite composite, les actes et omissions qui le composent ne doivent pas, de manière indépendante et autonome, constituer une violation de la même obligation.

192. Dans l'affaire *Pacific Rim*, le tribunal rejeta une allégation de fait illicite composite au motif que la mesure alléguée, à savoir une pratique refusant la délivrance de permis d'exploitation de ressources métalliques, n'était pas distincte des refus la composant. Selon le tribunal, « [t]hese [les refus de délivrer des permis] are similar acts the aggregation of which does not produce a different composite act under international law. »¹⁸⁹

193. Dans l'affaire *Agility Public Warehousing* citée précédemment, le tribunal détermina que même dans l'hypothèse où la réclamation concernant le fait illicite composite n'aurait pas été tardive, le tribunal l'aurait quand même rejetée au motif que les actes identifiés comme constituant le manquement composite formaient déjà individuellement le fondement d'un manquement qui n'est pas distinct du manquement composite : « [i]n the present case, the Tribunal finds that the acts identified by the Claimant as constituting the composite breach already individually form the basis for claims of the breach of international law. »¹⁹⁰

194. Le même raisonnement s'applique à la réclamation de la demanderesse car celle-ci allègue dans sa réplique que les mesures qui sous-tendent son allégation de fait illicite composite constituent aussi, individuellement, des manquements aux mêmes obligations de l'ALÉNA : « In this case, as explained below, the claims before the Tribunal arise out of actions and omissions that started in 2015, some of which, on their own, amount to a breach of the NAFTA. »¹⁹¹; « [h]ere,

¹⁸⁹ **RL-0199-ENG**, *Pac Rim Cayman – Décision sur les objections juridictionnelles de la défenderesse*, ¶ 2.88.

¹⁹⁰ **RL-0211-ENG**, *Agility Public Warehousing - Décision sur la compétence*, ¶ 254.

¹⁹¹ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 572.

the series of actions and omissions by the Québec and federal authorities which, when taken individually and « in aggregate », were wrongful comprise the following [...] »¹⁹²

E. La demanderesse n'allègue pas que les actes et omissions reprochés survenus entre 2015 et le 30 juin 2020 établissent l'existence d'un fait illicite composite

195. En ce qui a trait aux cinq premiers éléments mentionnés au paragraphe 574 de la réplique, bien qu'il s'agisse d'actes et d'omissions qui ont eu lieu pendant que l'ALÉNA était en vigueur, la demanderesse ne prétend pas que ceux-ci, dans leur ensemble, constituent un fait illicite composite qui se serait concrétisé lors de la fuite alléguée d'information confidentielle [REDACTED]

[REDACTED]⁹³. En effet, les actes et omissions qui constitueraient, selon la demanderesse, un fait illicite composite sont ceux survenus durant la période de 2015 à 2022 et qui auraient culminé avec les refus des gouvernements du Québec et du Canada¹⁹⁴.

196. Par ailleurs, comme nous le démontrerons dans notre duplique sur le fond, aucune des onze mesures ne contrevient, individuellement ou dans leur ensemble, aux obligations du Canada à l'ALÉNA.

V. LE TRIBUNAL N'A PAS COMPÉTENCE RATIONE MATERIAE POUR ENTENDRE LA PRÉSENTE AFFAIRE PUISQU'IL N'Y A PAS DE DIFFÉREND EN RELATION DIRECTE AVEC UN INVESTISSEMENT AU SENS DE L'ARTICLE 25 DE LA CONVENTION CIRDI

197. Pour les motifs invoqués au soutien de sa demande de bifurcation du 5 janvier 2024 et sa réplique du 26 février 2024 à la réponse de la demanderesse, le Canada maintient que le Tribunal n'a pas compétence pour trancher le différend qui lui a été soumis, car il n'est pas en relation directe avec un investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI. Dans son contre-mémoire sur la compétence d'avril 2025, la demanderesse traite de cette question en à peine deux paragraphes et n'avance aucun nouvel argument ni de nouvelle preuve, pour établir qu'il existe un

¹⁹² *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 574.

¹⁹³ Nous rappelons que la fuite alléguée d'information confidentielle concernant [REDACTED] est la dernière mesure contestée avant l'extinction de l'ALÉNA. Elle est aussi la seule mesure, parmi les onze énumérées au paragraphe 574 du Contre-mémoire sur la compétence, qui n'est pas prescrite par l'article 1117(2) et qui est antérieure à l'extinction de l'ALÉNA.

¹⁹⁴ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 565, 572, 574.

investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI¹⁹⁵ et que le différend est en relation directe avec cet investissement. Le Canada se limite donc à résumer les points de divergence entre les parties et la preuve présentée au Tribunal sur cette question.

198. La demanderesse réitère qu'elle détient plusieurs actifs qui constituent des investissements au sens de l'article 1139 de l'ALÉNA, notamment ses entreprises GNL Québec Inc. et Gazoduc Inc. Elle maintient qu'il importe peu que les projets aient été à une phase préliminaire de développement puisque les entreprises ont participé à des « activités commerciales » et ont engagé des dépenses en relation avec le développement des projets qui ont donné lieu à des intérêts dans les bénéfices futurs qui en découleraient. Selon la demanderesse, considérant tous ces éléments dans leur ensemble, ceux-ci permettent d'établir qu'il y a un investissement au sens de l'article 1139 de l'ALÉNA et de l'article 25 de la Convention CIRDI. Quant à l'absence de notification en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*, la demanderesse admet qu'elle n'a pas notifié le Canada qu'elle avait établi un investissement au Canada. Toutefois, elle affirme que cette absence de notification n'affecte pas la compétence du Tribunal.

199. Les parties sont en désaccord sur la nature de l'investissement requis afin d'établir la compétence du Tribunal et sur l'existence d'un différend en relation directe avec un investissement.

A. La demanderesse doit démontrer qu'elle a un investissement au sens de l'article 1139 de l'ALÉNA ainsi que de la Convention CIRDI et que le différend est en relation directe avec cet investissement

200. La demanderesse semble accepter la nécessité de démontrer l'existence d'un investissement qui répond aux critères de l'affaire *Salini*, et d'un différend en relation avec cet investissement, afin d'établir la compétence du Tribunal¹⁹⁶. Toutefois, elle se limite principalement à démontrer qu'elle a un actif qui relève d'une des catégories de l'article 1139 de l'ALÉNA.

201. Selon le sens ordinaire, un « investissement » présente généralement plusieurs caractéristiques essentielles, notamment : l'engagement de capitaux ou d'autres ressources,

¹⁹⁵ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 559-560.

¹⁹⁶ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 422; Claimant's Response to the Respondent's Request for Bifurcation, 5 February 2024 (« *Claimant's Response to the Respondent's Request for Bifurcation-ENG* »), ¶ 16.

l'attente d'un gain ou d'un profit, l'acceptation d'un risque ou une certaine durée¹⁹⁷. Les tribunaux d'investissement acceptent que la notion d'investissement à laquelle réfère l'article 25 de la Convention CIRDI est une notion objective et ne peut être modifiée par des parties à un traité bilatéral d'investissement¹⁹⁸. Un traité d'investissement peut donc restreindre le champ d'application de la Convention CIRDI en ce qui concerne l'exigence d'un investissement, mais ne peut pas l'élargir. La jurisprudence en matière d'investissement est d'ailleurs claire à savoir que les critères de l'article 25 et ceux du traité substantif doivent tous les deux être considérés afin d'établir la juridiction du tribunal¹⁹⁹. C'est le *double-barrelled test*.

202. Dans l'affaire *Cyprus Popular Bank*, le tribunal a noté que le simple fait qu'un actif soit mentionné dans la définition de l'investissement d'un traité n'implique pas nécessairement que l'actif puisse également être considéré comme un investissement protégé en vertu de la Convention CIRDI. En effet, l'actif doit également avoir les caractéristiques objectives et inhérentes d'un investissement pour satisfaire l'exigence de l'article 25²⁰⁰. Dans l'affaire *Fedax*, le tribunal a expliqué qu'il faut d'abord examiner la signification du terme « investissement » en vertu de l'article 25 de la Convention CIRDI, puis examiner la définition fournie dans le traité d'investissement²⁰¹.

¹⁹⁷ **CL-0014-ENG**, *Mr. Saba Fakes c. Turquie* (Affaire CIRDI No. ARB/07/20) Sentence, 14 juillet 2010 (« *Saba Fakes – Sentence* »), ¶ 110; **RL-0213-FRA**, *AHS Niger and Menzies c. Niger* (Affaire CIRDI No. ARB/11/11), Sentence sur la compétence, 13 mars 2013, ¶ 210; **RL-0214-ENG**, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún c. Bolivie* (Affaire CIRDI No. ARB/06/2), Sentence sur la compétence, 27 septembre 2012 (« *Quiborax - Sentence sur la compétence* »), ¶ 227; **RL-0215-ENG**, *Rasia FZE and Joseph K. Borkowski c. Arménie* (Affaire CIRDI No. ARB/18/28), Sentence, 20 janvier 2023, ¶ 376; **RL-0160-ENG**, *Rand Investments c. Serbie* (Affaire CIRDI No. ARB/18/8), Sentence, 29 juin 2023 [version caviardée], ¶ 228; **RL-0216-ENG**, *Orazul International España Holdings S.L. c. Argentine* (Affaire CIRDI ARB/19/25), Sentence, 14 décembre 2023, ¶ 446. Voir aussi, **RL-006-ENG**, S. W. Schill, C. Schreuer and A. Sinclair, *The ICSID Convention*, 2010, Article 25, § 162.

¹⁹⁸ **RL-0217-ENG**, *CSOB c. Slovaquie* (Affaire CIRDI No. ARB/97/4), Sentence sur la compétence, 24 mai 1999, ¶ 68; **CL-0013-ENG**, *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte* (Affaire CIRDI No. ARB/03/11), Sentence sur la compétence, 6 août 2004, ¶ 50; **RL-0218-ENG**, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie* (Affaire CIRDI No. ARB/05/10), Sentence sur la compétence, 17 mai 2007, ¶ 55; **CL-0014-ENG**, *Saba Fakes – Sentence*, ¶¶ 108-109; **RL-0214-ENG**, *Quiborax - Sentence sur la compétence*, ¶¶ 211-213.

¹⁹⁹ **RL-0219-ENG**, M. Waibel, *Subject Matter Jurisdiction: The Notion of Investment*, Published online by Cambridge University Press, 2021, ¶ 6.

²⁰⁰ **RL-0220-ENG**, *Cyprus Popular Bank c. Grèce* (Affaire CIRDI No. ARB/14/16), Sentence sur la compétence et la responsabilité [version caviardée], 8 janvier 2019, ¶ 879.

²⁰¹ **RL-0018-ENG**, *Fedax c. Venezuela* (Affaire CIRDI No. ARB/96/3), Décision sur l'exception d'incompétence, 11 juillet 1997, ¶¶ 21, 30.

203. Finalement, pour que le Tribunal ait compétence, il faut que le différend soit en relation directe avec l'investissement que la demanderesse prétend détenir. En d'autres termes, les violations et les dommages allégués doivent être directement reliés aux droits qui constituent l'investissement. Cela n'a pas été établi par la demanderesse.

B. La demanderesse n'a pas démontré qu'elle a un investissement au sens de la Convention CIRDI et que le différend est en relation directe avec cet investissement

204. Dans sa réplique du 18 avril 2025, la demanderesse n'a avancé aucune preuve additionnelle pouvant établir l'existence d'un investissement. Le Canada résume donc brièvement la preuve au dossier qui démontre que le projet en était à une phase préliminaire, préalable à la décision finale d'investissement et que la demanderesse n'avait aucun droit acquis à la réalisation des projets. Dans les faits, on ne peut conclure que la demanderesse avait déjà effectué un investissement et ce, malgré l'incorporation d'entreprises au Canada par le biais desquelles la demanderesse a effectué certaines dépenses en relation avec la promotion des projets. Le Canada ne conteste pas que le Tribunal puisse considérer l'ensemble des éléments identifiés par la demanderesse pour déterminer s'il y a eu un investissement. Toutefois, les éléments auxquels fait référence la demanderesse à l'appui de ses prétentions ne permettent pas d'établir qu'il y ait eu un investissement, que ces éléments soient considérés individuellement ou dans leur ensemble. Les projets, n'ayant pas reçu les autorisations nécessaires, ne peuvent constituer un investissement; les dépenses reliées à la promotion de ces projets par le biais des entreprises incorporées pour ces fins non plus. Le différend relié à l'autorisation des projets n'est donc pas un différend directement relié à un investissement.

1. Il n'y a pas eu d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI étant donné l'état d'avancement du projet et l'absence de droits acquis en relation avec le projet

205. Dans sa réplique du 18 avril 2025, la demanderesse réitère qu'il peut y avoir un investissement même lorsqu'il s'agit d'un projet à la phase de développement. Le Canada admet qu'il est possible qu'il y ait un investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI avant que le développement d'un projet ne soit complété et que le projet ait atteint la phase d'exploitation commerciale. Toutefois, il faudra tout de même que l'investissement qui a été réalisé présente les caractéristiques économiques et juridiques nécessaires. En l'absence de matérialisation

économique et juridique d'un investissement, le Tribunal n'a pas compétence *ratione materiae*²⁰². Sur le plan économique, la matérialisation nécessite que l'investissement présente généralement des caractéristiques essentielles, tel que décrit plus haut. Sur le plan juridique, la protection en droit international ne se matérialise qu'une fois que des capitaux ont été engagés en échange d'un droit réel reconnu par le droit municipal et légalement situé dans l'État hôte²⁰³.

206. Avant d'entreprendre la construction du complexe de liquéfaction et du gazoduc et de réaliser leurs projets, GNL Québec Inc. et Gazoduc Inc. devaient obtenir les approbations reliées aux projets qui dépendaient notamment des évaluations environnementales²⁰⁴. La demanderesse accepte qu'elle n'avait aucun droit acquis à la réalisation des projets Énergie Saguenay et Gazoduc. La preuve au dossier ne révèle, par ailleurs, aucun droit réel acquis par la demanderesse ou aucun autre actif pouvant constituer un investissement. Le Canada réitère ses arguments aux paragraphes 38 à 40 de sa réplique à la réponse de la demanderesse sur la demande de bifurcation du 26 février 2024 où il est souligné qu'aucun des droits que la demanderesse avait identifiés ne peuvent constituer un investissement au sens de la Convention CIRDI. La demanderesse n'a pas avancé d'argument supplémentaire en ce sens.

207. Le Canada ne conteste pas que la demanderesse et ses entreprises aient déployé des efforts reliés à la promotion des projets proposés: lobbying, relations publiques, relations gouvernementales, etc. De même, le Canada ne nie pas qu'il y ait eu des efforts engagés pour attirer des investisseurs potentiels, y compris des investisseurs canadiens, pour financer les projets.

²⁰² **RL-0009-ENG**, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims: Preliminary Issues and Awards*, 1st Edition, Cambridge University Press, 2009, ¶ 340. Voir aussi, **RL-0221-ENG**, Zachary Douglas, « *Property, Investment, and the Scope of Investment Protection Obligations* » in Zachary Douglas, Joost Pauwelyn and Jorge Vinuales (eds), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (OUP 2014) pp. 363-406.

²⁰³ **CL-0297-ENG**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie* (PCA No. AA 227), Sentence provisoire sur la compétence et l'admissibilité, 30 novembre 2009, ¶¶ 448-449; **RL-0222-ENG**, *KT Asia Investment Group B.V. c. Kazakhstan* (Affaire CIRDI No. ARB/09/8), Sentence, 17 octobre 2013, ¶¶ 166-167.

²⁰⁴ **RN-0012-ENG**, *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c.19, articles 6-7; **CD-0003-FRA**, *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2 (LQE), article 154.

Cependant, ces démarches reliées à un projet qui ne s'est pas concrétisé n'ont pas effectué de contribution significative au Canada et ne sont pas en elles-mêmes un investissement²⁰⁵.

208. La demanderesse a également fait référence à certaines études menées en relation avec le projet, notamment des études techniques préliminaires par des ingénieurs en relation avec le design et le développement du projet de gazoduc. Il s'agit manifestement d'études très préliminaires (deux études « pre-FEED » et une étude FEED qui avait été commandée à Bechtel-Chiyoda et qui venait à peine de débiter) pour présenter le projet pour les fins des évaluations environnementales. De plus, comme discuté dans la section suivante, elles auraient été réalisées par des consultants américains ou internationaux²⁰⁶. Ces études ne sont pas en elles-mêmes un investissement, mais des études reliées à un investissement éventuel, et, puisque le projet ne s'est pas matérialisé, elles ne sont pas reliées à un investissement au Canada.

209. M. Illich indique dans sa deuxième déclaration que le Projet Symbio prévoyait un début des travaux de préparation du site et d'autres travaux préliminaires, mais que cela n'a pas été fait en raison du rejet par le Québec du projet Énergie Saguenay. Il réfère aux paragraphes 85 et suivants de sa deuxième déclaration à certains travaux additionnels et achats d'équipements qui auraient pu être faits avant la DFI (« Décision finale d'investissement », « Final Investment Decision » ou « FID » en anglais), mais cela est pure spéculation – ces travaux de construction n'ont pas eu lieu.

2. Les dépenses engagées en relation avec le projet Symbio ne constituent pas un investissement

210. Toute dépense n'est pas nécessairement un investissement. Comme le notent Yas Banifatemi et Elise Edson dans une compilation récente de commentaires sur la Convention CIRDI:

²⁰⁵ **RL-0223-ENG**, *William Nagel c. République tchèque* (SCC Case No. 049/2002), Sentence, 9 septembre 2003, ¶¶ 325-329; **RL-0014-ENG**, *Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited c. Sri Lanka* (Affaire CIRDI No. ARB/16/25), Sentence, 5 mars 2020 (« *Montrose – Sentence* »), ¶¶ 301-302.

²⁰⁶ **CWS-2**, Second Witness Statement of Vivek Bidwai, 15 April 2025 (« **CWS-2**, *Bidwai-Second-ENG* »), ¶ 70: « Until around 2018, Freestone was also responsible for hiring key consultants and contractors, such as Poten and Partners [REDACTED]

[REDACTED] ». Voir aussi, **CWS-2**, Vivek Bidwai, Witness Statement, 21 November 2023, ¶ 94ss.

Absent any specific language in the parties' investment agreement, costs and expenses incurred in the preparation and establishment of an investment usually will not amount to an investment for the purposes of Article 25(1) of the Convention – at least where the relevant project has not come to fruition. Where, however the parties' negotiations have led to a valid and binding contract, ICSID tribunals have been more willing to find that pre-investment expenditures form part of the overall investment.²⁰⁷

211. L'engagement de capitaux en relation avec un actif ne suffit pas à faire de cet actif un investissement²⁰⁸. Il faut plutôt se pencher sur la nature des dépenses et des intérêts découlant de ces dépenses. En d'autres mots, il faut considérer si les dépenses ont donné lieu à des droits réels et à l'acquisition d'actifs qui pourraient faire partie d'un investissement²⁰⁹. La preuve au dossier ne fait pas état de tels droits. Contrairement à ce que prétend la demanderesse, le Canada n'a pas admis que la demanderesse détenait des actifs reliés aux projets qui pourraient être qualifiés d'investissements²¹⁰. L'équipement de bureau, les études et autres actifs similaires auxquels fait référence la demanderesse ne sont pas suffisants pour remplir le critère d'engagement de capitaux de nature à constituer un investissement²¹¹. De toute manière, le différend et les réclamations de la demanderesse ne sont pas en relation avec ces actifs.

²⁰⁷ **RL-0224-ENG**, J. Fouret et. al., «The ICSID Convention, Regulations and Rules, A Practical Commentary », Edgard commentaries, 2019 (« Foutet »), pp. 137-138; **RL-0011-ENG**, *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka* (Affaire CIRDI No. ARB/00/2), Sentence, 15 mars 2002, ¶ 60; **RL-0012-ENG**, *Zhinvali Development Ltd c. Géorgie* (Affaire CIRDI No. ARB/00/1), Sentence, 24 janvier 2003, ¶¶ 415-417; **RL-0013-ENG**, *F-W Oil Interests, Inc v. c. Trinité-et-Tobago* (Affaire CIRDI No. ARB/01/14), Sentence, 3 mars 2006 (« *F-W Oil – Sentence* »), ¶ 141: « Competitors for a project often expend work or deploy equipment and materials in advance to gain a tendering advantage or a flying start on the project once it is underway. This may be an expensive gamble, yet nobody could assert that if the gamble does not succeed the loser can simply look to the employer to get its money back ».

²⁰⁸ **RL-0225-ENG**, *Kaloti Metals & Logistics, LLC c. Pérou* (Affaire CIRDI No. ARB/21/29), Sentence, 14 mai 2024 (« *Kaloti Metals – Sentence* »), ¶¶ 348, 355-356, 363 et 365. Le tribunal a examiné si les salaires des employés, la location d'un bureau, ainsi que des installations pour peser et analyser l'or au Pérou pouvaient constituer un investissement et a conclu que non.

²⁰⁹ **RL-0009-ENG**, *The International Law of Investment Claims: Preliminary Issues and Awards*, 1st Edition, Cambridge University Press, 2009, pp.187-189.

²¹⁰ Claimant's Rejoinder on Respondent's Request for Bifurcation, 14 March 2024, ¶ 52.

²¹¹ *Réplique à la Réponse de la demanderesse quant à la demande de bifurcation du Canada-FRA*, ¶ 39. Dans **RL-0225-ENG**, *Kaloti Metals – Sentence*, ¶¶ 363 et 365, le tribunal a conclu que les salaires et la location d'un bureau d'une entreprise ne constituent pas un engagement de capital ou d'autres ressources.

212. Le professeur Schreuer est d'avis que « *[s]teps preparatory to an investment will not by themselves be accepted as an investment* »²¹². En ce sens, les tribunaux comme celui dans l'affaire *Pantehniki* ont reconnu que des dépenses préalables à l'investissement ne rencontrent pas le seuil d'investissement sous la Convention CIRDI²¹³. Elles peuvent toutefois faire éventuellement partie de l'« investissement » s'il se concrétisait²¹⁴.

213. Ici, l'investissement envisagé n'était pas « en cours de réalisation » ou « sur le point d'être réalisé »²¹⁵. Ce dont la demanderesse se plaint en réalité est que le Canada ait empêché la réalisation de son investissement. Comme l'a conclu le tribunal dans l'affaire *F-W Oil*, il ne s'agit pas là d'un différend en relation avec un investissement²¹⁶.

214. Dans les affaires où les tribunaux ont conclu à l'existence d'un investissement malgré le fait qu'un projet en était à la phase de développement, l'investisseur avait déjà une entreprise commerciale en activité dans l'État hôte ou encore avait obtenu de l'État un droit acquis comme un contrat de concession²¹⁷. Dans la présente affaire, les dépenses de la demanderesse sont reliées à la promotion d'un projet qui n'a pas obtenu les autorisations nécessaires afin de procéder et la demanderesse n'avait obtenu aucun droit acquis en relation avec son projet. Il n'y a eu aucun engagement juridique de la part du Canada en relation avec le projet. Comme dans l'affaire *Mihaly*, les dépenses reliées à un projet qui n'a pas obtenu les autorisations de l'État hôte pour sa réalisation ne peuvent elles-mêmes constituer un investissement²¹⁸. La situation aurait été différente si les

²¹² **RL-0226-ENG**, Schreuer, C.H., Malintoppi, L., Reinisch, A. and Sinclair, A., *The ICSID Convention – A Commentary*, 2nd ed., 2009, p. 134, ¶ 175.

²¹³ **RL-0227-ENG**, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie* (Affaire CIRDI No. ARB/07/21), Sentence, 30 juillet 2009, ¶¶ 39-48. Voir aussi, **RL-0228-ENG**, *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. c. Ukraine* (Affaire CIRDI No. ARB/09/11), Sentence, 1 décembre 2010, ¶ 56 où le tribunal a conclu que des transactions purement commerciales ne constituent pas d'un investissement. Voir aussi, **RL-0229-ENG**, C. Chatterjee, « When Pre-Investment or Development Costs May or May Not Be Regarded as Part of 'Investment' under Article 25(1) of the ICSID Convention : *The Mihaly Case* », p. 919.

²¹⁴ **RL-0230-ENG**, Yannaca-Small, K. and Katsikis, D., « *The Meaning of 'Investment' in Investment Treaty Arbitration* », in Yannaca-Small, K. (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2nd edition, 2018, p. 279, ¶ 11.45; **RL-0224-ENG**, Fouret, pp. 137-138, ¶ 2.58.

²¹⁵ **RL-0025-ENG**, *Nordzucker AG c. Pologne* (CNUDCI), Sentence partielle, 10 décembre 2008, ¶ 185.

²¹⁶ **RL-0013-ENG**, *F-W Oil – Sentence*, ¶ 213.

²¹⁷ *Demande de bifurcation du Canada*, 5 janvier 2024, ¶ 34. *Réplique à la Réponse de la demanderesse quant à la demande de bifurcation du Canada-FRA*, ¶ 23.

²¹⁸ *Demande de bifurcation du Canada*, 5 janvier 2024, ¶¶ 30-31.

dépenses avaient mené à l'acquisition de droits de propriété, d'un contrat avec l'État ou si l'État avait approuvé le projet ou consenti des droits à l'investisseur en relation avec le projet²¹⁹.

215. Deuxièmement, les dépenses que la demanderesse prétend avoir engagées en relation avec le projet Symbio²²⁰ n'ont pas été étayées de façon suffisamment détaillée pour déterminer s'il y a réellement eu un investissement au Canada. Les documents produits par la demanderesse sont insuffisants à cet égard. Aucune facture, aucun bon de commande, aucune preuve de paiement n'a été produit²²¹ à l'appui des prétentions de la demanderesse et ce, malgré les demandes du Canada²²². Il ne s'agit pas simplement d'une question de quantification des coûts pour les fins de dommages²²³. La demanderesse ne s'est pas déchargée de son fardeau de preuve afin d'établir la compétence *ratione materiae* du Tribunal. L'absence de preuves et de détails reliés à ces dépenses ne permet

²¹⁹ **RL-0154-ENG**, *PSEG Global Inc and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie* (Affaire CIRDI n° ARB/02/5) Sentence, 19 janvier 2007 (« *PSEG – Sentence* »), ¶ 304: « An investment can take many forms before actually reaching the construction stage, including most notably the cost of negotiations and other preparatory work leading to the materialization of the Project, even in connection with pre-investment expenditures, particularly when, like in this case, there is a valid and binding Contract duly executed between the parties »; **RL-0021-ENG**, *Malicorp Limited c. Égypte* (Affaire CIRDI No. ARB/08/18), Sentence, 7 février 2011, ¶¶ 113-114 (le tribunal a noté que les dépenses engagées en relation avec la négociation d'un contrat avec l'État n'auraient pas été caractérisées comme un investissement si le contrat n'avait pas été signé).

²²⁰ Contrairement à ce qu'a prétendu la demanderesse, le Canada n'a pas admis que la demanderesse a engagé de telles dépenses. Claimant's rejoinder on the respondent's request for bifurcation, March 14, 2024, ¶ 52 (suggérant que « the Respondent does not contest...that the Claimant committed millions of dollars in Canada to develop the Projects, including through incorporation of companies »).

²²¹ **RER-1**, Expert Report-Accuracy-Damages-Counter-Memorial on the Merits-FRA, 14 July 2024, ¶ 485.

²²² Dans l'ordonnance de procédure No 5, le Tribunal a ordonné « la communication des documents sur lesquels la Demanderesse s'est appuyée pour préparer la pièce **C-0346** », qui est un résumé des dépenses ventilées par entreprise des années financières 2014-2020 (demande No 30). Or, la demanderesse, dans son courriel du 20 janvier 2025, a refusé de produire les factures et preuves de paiement, prétextant que les états financiers suffiraient. Voir **R-0148-ENG**, Courriel de la demanderesse au Canada, 20 janvier 2025.

²²³ L'expert de la demanderesse, Secretariat, a calculé dans son premier rapport que les dépenses engagées reliées au projet Symbio entre 2014 et 2022 s'élevaient à USD 125 millions. Bien que ces calculs reposent sur des états financiers vérifiés entre 2014 et 2019, les dépenses entre 2020 et 2022 reposent sur les états financiers non vérifiés. Voir **CER-3**, Second Expert Report of Secretariat, 18 April 2025 (« **CER-3**, Secretariat Second Report-ENG ») ¶ 6.3. Secretariat se contente de souligner que plusieurs compagnies n'ayant pas encore d'activités se transigent sur la base des états financiers non vérifiés et qu'il n'y a pas de règle empêchant l'utilisation d'états non vérifiés. Voir **CER-3**, Secretariat Second Report-ENG, ¶ 6.5. Or, le contexte est indéniablement différent lorsqu'il s'agit d'une question de détermination juridique de l'existence d'un investissement en vertu de l'article 25 de la Convention CIRDI. Le fait que les états financiers n'aient pas été vérifiés a un impact direct sur la force probante de l'ensemble de la preuve relative aux dépenses. D'ailleurs, la demanderesse cite uniquement l'affaire PSEG Global Inc. pour appuyer l'argument que « unaudited financial statements “have been consistently used as evidence by tribunals to quantify costs.” » - *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 1399. Or, dans cette affaire-là, les états financiers étaient justement vérifiés de façon détaillée par l'expert de l'investisseur pour en assurer la fiabilité – **RL-0154-ENG**, *PSEG – Sentence*, ¶ 320. En l'espèce, les états financiers 2020-2022 de la demanderesse n'ont été vérifiés ni par des auditeurs indépendants, ni par Secretariat.

pas de confirmer qu'elles sont reliées à des investissements au Canada en lien avec le projet et que les dépenses reliées au développement du projet ont été faites au Canada. Cela s'applique tant aux dépenses incluses dans les états financiers de 2014-2019 que ceux de 2020-2022. Le fait que les états financiers de 2014-2019 ont été vérifiés par [REDACTED] et « were represented fairly in all material respects », ne clarifie pas la nature des dépenses.

216. Finalement, tout indique qu'une partie significative des dépenses prétendument engagées sont reliées à des services et des frais professionnels de fournisseurs non canadiens fournis à l'étranger, y compris des salaires d'employés américains de Freestone²²⁴. Les contrats de services pré-FEED et FEED indiquent que le travail a été entrepris par des entités non canadiennes dont le principal lieu de travail était à Houston ou ailleurs à l'extérieur du Canada²²⁵. En elles-mêmes, ces dépenses ne peuvent pas être considérées comme une contribution ou un investissement au Canada²²⁶ et, comme discuté ci-dessous, elles ne sont pas non plus en lien avec un investissement effectué au Canada.

217. En effet, les tribunaux d'investissement ont décliné compétence sur des différends impliquant des activités commerciales situées dans l'État d'origine des fonds, car elles ne

²²⁴ **CWS-2**, *Bidwai-Second-ENG*, ¶¶ 70-72. Cela inclurait les salaires dans le cadre d'un contrat de services facturés par la compagnie affiliée américaine Freestone pour les salaires [REDACTED]

[REDACTED] Voir, **SS-0014-FRA**, [REDACTED]

[REDACTED] ¶ 3.2.6.

²²⁵ Voir par exemple, les factures de [REDACTED] en dollars américains envoyées à GNLQ Development Inc. à [REDACTED] (**SEC-0472-ENG**, [REDACTED])

[REDACTED] voir aussi **R-**

0150-ENG, le contrat de services professionnels [REDACTED] et **R-0151-ENG**, [REDACTED] and GNLQ Development, Inc., **Work Order #01**; **R-0152-ENG**, [REDACTED] and GNLQ Development, Inc., **Work Order #02**; et **R-0153-ENG**, [REDACTED] and GNLQ Development, Inc., **Work Order #03**, [REDACTED]

[REDACTED] ».

²²⁶ Les documents suivants sont des exemples de factures que la demanderesse a payées aux consultants hors du Canada. **R-0154-ENG**, [REDACTED] facture à GNL Quebec, facture # FWC-GNLQ DEC MKTG 19, 7 janvier 2020; **R-0155-ENG**, [REDACTED] facture à Gazoduc Inc., facture # WUC00000950, 1 mars 2020; **R-0156-ENG**, [REDACTED] facture à GNL Quebec, facture # 100-484-358, 19 mars 2020; **R-0157-ENG**, [REDACTED] facture à GNLQ Development, Inc., facture #241928-05, 10 mars 2020; **R-0158-ENG**, [REDACTED] facture à GNLQ Development Inc., facture #N002804, 14 septembre 2020; **R-0159-ENG**, [REDACTED] facture à GNL Quebec, facture #870010150158, 12 août 2021.

constituent pas un investissement dans l'État hôte²²⁷. En l'espèce, le Tribunal doit conclure que ces dépenses ne peuvent pas être qualifiées d'engagements de capitaux au Canada.

3. Les entreprises Symbio Infrastructure Limited Partnership, Symbio Infrastructure GP Inc., GNL Québec Inc. et Gazoduc Inc ne constituent pas des investissements

218. Dans sa réplique du 18 avril 2025, la demanderesse met l'accent sur les intérêts qu'elle détient dans les compagnies Symbio Infrastructure Limited Partnership, Symbio Infrastructure GP Inc., GNL Québec Inc. et Gazoduc Inc. afin d'établir qu'elle a un investissement au Canada.

219. L'incorporation d'une entreprise au Canada n'est pas en soi un investissement. D'ailleurs, l'incorporation d'une entreprise ne demande aucun engagement de capital. Tel qu'indiqué dans les mémoires précédents du Canada, l'existence de filiales incorporées localement n'a pas empêché certains tribunaux de décliner compétence au motif qu'il n'y avait pas d'investissement²²⁸. Il n'est donc pas suffisant de constater l'existence des entreprises; il faut plutôt considérer les activités de ces entreprises afin de déterminer s'il y a véritablement un investissement.

220. Dans sa réponse du 5 février 2024 à la demande de bifurcation du Canada, la demanderesse déforme l'argument du Canada quant à la possibilité qu'une entreprise incorporée ou que les actions dans une société de celle-ci puissent constituer un investissement²²⁹. Le Canada ne prétend

²²⁷ **CL-0032-ENG**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. États-Unis* (CNUDCI), Sentence, 12 janvier 2011, ¶ 5 (concluant que des « activities centered on the manufacture of cigarettes at Grand River's manufacturing plant in Canada for export to the United States » ne sont pas un investissement); voir, ¶ 6 (notant que les investisseurs doivent avoir des activités commerciales substantielles dans l'État hôte); voir aussi, **CL-0033-ENG**, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB (AF)/04/5), Sentence, 21 novembre 2007, ¶ 273: « In a case such as the one at bar, this would exclude investments of ADM and TLIA located outside of Mexico, even if such investments are destined to promote fructose sales in Mexico. »; **RL-0085-ENG**, *The Canadian Cattlemen for Fair Trade (formerly Consolidated Canadian Claims) c. États-Unis* (UNCITRAL) Sentence sur la compétence, 28 janvier 2008, ¶ 233 (dans cette affaire le tribunal déterminait qu'il n'était pas compétent pour statuer sur une violation alléguée de l'ALÉNA « where all of the Claimants' investments at issue are located in the Canadian portion of the North American Free Trade Area »); **RL-0031-ENG**, *Apotex Inc. c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. UNCT/10/2), Sentence sur la compétence et la recevabilité, 14 juin 2013 ¶ 160 (déclinant compétence sur les réclamations parce que « all the activities relied upon in relation to both sertraline and pravastatin products occur in Canada, not in the territory of the United States »); **RL-0054-ENG**, *Bayview Irrigation District et al. c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB(AF)/0501), Sentence sur la compétence, 19 juin 2007 ¶ 104 (statuant que les demanderessees ne sont pas des investisseurs américains au Mexique).

²²⁸ *Demande de bifurcation du Canada*, 5 janvier 2024, ¶¶ 44-46; **RL-0014-ENG**, *Montrose – Sentence*, ¶¶ 296 et 301-306; **RL-0023-ENG**, *Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited c. Sri Lanka* (Affaire CIRDI No. ARB/16/25), Extraits de la décision sur l'annulation, 2 décembre 2020, ¶ 152.

²²⁹ *Claimant's Response to the Respondent's Request for Bifurcation*, 5 February 2024, ¶¶ 27-29.

pas qu'une entreprise ou des actions ne peuvent jamais constituer un investissement. Au contraire, il importe d'examiner, pour les fins de la Convention CIRDI, si l'entreprise en question a des activités commerciales dans l'État hôte et la nature de ces activités et des actifs qu'elle détient. La demanderesse cite l'affaire *Vivendi* pour prétendre que « foreign shareholding is by definition an “investment” and its holder an “investor” »²³⁰. Or, le différend dans cette affaire concernait un contrat de concession en vertu duquel une société française et sa filiale argentine opéraient le système de gestion d'eaux usées dans la province de Tucumán, en Argentine²³¹. En d'autres termes, la société française avait des droits contractuels avec l'État et avait déjà des activités commerciales concrètes dans l'État hôte en opérant le système de gestion d'eaux usées, et ce, contrairement à la demanderesse en l'espèce.

221. Dans la même réponse, la demanderesse cite aussi des décisions du CIRDI voulant que ces tribunaux « have accepted that direct and indirect shareholding qualify as an “investment” under Article 25(1) of the ICSID Convention. »²³² Or, ces affaires doivent être distinguées de la présente, car elles concernent toutes des entreprises qui étaient en activité et avaient de véritables activités commerciales ou un contrat de concession leur permettant de développer un projet. Dans *Dan Cake S.A.*, le tribunal a conclu qu'il avait compétence dans une affaire où la compagnie en question avait des activités économiques et était rentable²³³. Dans *IBM World Trade Corporation*, un contrat de concession régissait la relation entre l'investisseur américain et l'État équatorien²³⁴. Dans *Continental Casualty Company*, l'investisseur américain possédait des actions dans une compagnie bien établie en Argentine, pleinement opérationnelle, qui était décrite comme « one of Argentina's leading providers of workers compensation insurance services. »²³⁵ Dans *Mera Investment Fund Limited*, le tribunal a reconnu que l'entreprise en question avait des activités

²³⁰ *Claimant's Response to the Respondent's Request for Bifurcation*, 5 February 2024, ¶ 29.

²³¹ **RL-0231-ENG**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A and Vivendi Universal c. Argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/97/3), Sentence, 21 novembre 2000, ¶¶ 24-39.

²³² *Claimant's Response to the Respondent's Request for Bifurcation*, 5 February 2024, ¶ 29.

²³³ **CL-0188-ENG**, *Dan Cake S.A. c. Hongrie* (Affaire CIRDI No. ARB/12/9), Décision sur la compétence et la recevabilité, 24 août 2015, ¶ 33.

²³⁴ **CL-0189-ENG**, *IBM World Trade Corporation c. Équateur* (Affaire CIRDI No. ARB/02/10), Décision sur la compétence, 22 décembre 2003, ¶ 3.

²³⁵ **CL-0190-ENG**, *Continental Casualty Company c. Argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/03/9), Décision sur la compétence, 22 février 2006, ¶ 22.

commerciales reliées aux services financiers en Serbie²³⁶. Dans *Unión Fenosa Gas, S.A.*, l'entreprise en question SEGAS contrôlait et opérait Damietta Plant qui produisait du gaz naturel liquéfié en Égypte pendant une dizaine d'années²³⁷. Dans *Vigotop Limited*, les entreprises que détenait l'investisseur possédaient un contrat de concession de l'État hongrois leur permettant de développer le complexe hôtelier en litige²³⁸.

222. La demanderesse semble par ailleurs reconnaître dans sa réplique sur le fond du 18 avril 2025 qu'il faut considérer la nature des activités des entreprises afin de déterminer s'il y a un investissement, mais prétend que ses compagnies auraient été impliquées et auraient participé à des activités commerciales en relation avec le développement du projet Symbio (« extensive commercial activities related to the development of the Symbio Project » « their commercial activity involved pursuing the development phase of each projet »)²³⁹.

223. Pourtant, la demanderesse reconnaît que les activités de ces entreprises étaient de nature « préparatoire » en lien avec les projets Énergie Saguenay et Gazoduc (« Symbio invested a significant amount of time, energy, effort and resources to the preparatory phase of the Projects for their technical/engineering planning as well as the preparation of their legal, financial, commercial, environmental and social aspects »²⁴⁰) et qu'elles étaient principalement un véhicule pour les levées de financement reliées aux projets²⁴¹. De la propre admission de la demanderesse, les projets n'en étaient pas au stade de construction et d'opération commerciale.

²³⁶ **RL-0039-ENG**, *Mera Investment Fund Limited c. Serbie* (Affaire CIRDI No. ARB/17/2), Décision sur la compétence, 30 novembre 2018, ¶ 11 (les activités sont décrites comme étant le fait d'avoir « purchased shares in Serbian banks, offered fixed-term RSD deposits and made investments into related and non-related Serbian entities. »).

²³⁷ **CL-118-ENG**, *Unión Fenosa Gas, S.A. c. Égypte* (Affaire CIRDI No. ARB/14/4), Sentence, 31 août 2018, ¶¶ 5.136 et 5.305.

²³⁸ **CL-191-ENG**, *Vigotop Limited c. Hongrie* (Affaire CIRDI No. ARB/11/22), Sentence, 1 octobre 2014, ¶¶ 5 et 248.

²³⁹ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶¶ 559; *Claimant's Response to the Respondent's Request for Bifurcation*, 5 February 2024, ¶ 25. La demanderesse prétend que les compagnies étaient « fully operational and fully engaged in commercial activity ». Pourtant il est clair que leurs activités et « opérations » étaient entièrement reliées au projet potentiel qui n'avait pas encore obtenu les autorisations nécessaires.

²⁴⁰ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 407.

²⁴¹ *Claimant's Response to the Respondent's Request for Bifurcation*, 5 February 2024, ¶ 23: « these entities were the corporate vehicles through which Symbio raised and channelled foreign capital into the GNLQ and Gazoduc Projects and pursued its investments in the territory of Canada ».

224. Par ailleurs, la demanderesse prétend à tort qu'Investissement Québec (IQ) aurait reconnu que les projets « generated significant economic value »²⁴² et que cela indique qu'il existe un investissement. Tel que l'a expliqué la défenderesse, et comme plus amplement élaboré dans la déclaration de monsieur Simon Sanschagrín, le projet Énergie Saguenay, pour lequel la demanderesse souhaitait obtenir du financement de la part du gouvernement du Québec, a toujours été considéré par IQ comme étant un projet dont le niveau de risque était élevé, notamment en ce qui concerne la question du financement²⁴³. [REDACTED]

[REDACTED]²⁴⁴.

225. Il est vrai que dans certains cas, il peut y avoir un investissement même si l'entreprise n'est pas en activité (« going concern »). Il n'en demeure pas moins qu'il doit exister des droits juridiques et des engagements de fonds qui permettent de conclure qu'il y a eu un investissement tel que discuté dans la section précédente. Par exemple, dans l'affaire *Tethyan Cooper* citée par la demanderesse, même si la mine n'était pas opérationnelle, l'investisseur avait un droit de convertir son permis d'exploration minière en un permis d'exploitation en vertu d'un contrat de coentreprise avec le gouvernement du Baloutchistan, l'une des provinces fédérées du Pakistan²⁴⁵. En l'espèce, la demanderesse n'a pas de tel droit. Ainsi, comme dans l'affaire *Patel Engineering*, où il n'y avait qu'une possibilité d'obtenir une concession pour la construction d'un projet, sujet à de multiples

²⁴² *Claimant's Response to the Respondent's Request for Bifurcation*, 5 February 2024, ¶ 26. La demanderesse ne cite d'ailleurs aucun document émanant d'Investissement Québec qui peut appuyer cette affirmation.

²⁴³ **RWS-10**, Witness Statement-Simon Sanschagrín-Counter-Memorial on the Merits-FRA, 12 July 2024, ¶¶ 31-32, 41-54.

²⁴⁴ **SS-0004-FRA**, [REDACTED]

p. 2.

²⁴⁵ **CL-186-ENG**, *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan* (Affaire CIRDI No. ARB/12/1), Sentence sur la compétence et la responsabilité, 10 novembre 2017, ¶¶ 914, 928-929, 942, 958. L'investisseur et le gouvernement de Baloutchistan sont liés par un contrat de coentreprise (The CHEJVA) en vertu duquel celui-là a investi des sommes importantes pour des travaux d'exploration d'une mine, y compris des études de faisabilité. Ces études font partie des conditions pour présenter une demande qui répond aux exigences préétablies en vue de l'obtention d'un permis d'exploitation minière. Bien que ces exigences contiennent des éléments discrétionnaires, le tribunal a conclu que l'investisseur, en raison notamment de son droit de conversion enchâssé à la clause 11.8.2 du CHEJVA, droit qui est assimilable à un droit de concession, pouvait s'attendre légitimement à l'obtention d'un permis d'exploitation.

conditions²⁴⁶, ici le projet de la demanderesse était uniquement un projet potentiel sujet à approbation.

226. Finalement, même si les entreprises elles-mêmes pouvaient constituer un investissement comme le prétend la demanderesse, la mesure n'est pas en relation directe avec les entreprises, mais en relation avec l'autorisation du projet, qui lui ne peut être qualifié d'investissement. D'ailleurs, la demanderesse reconnaît que le droit canadien interdisait la réalisation du projet et de toute mesure visant à entamer le projet sans les autorisations environnementales nécessaires²⁴⁷. Tout investissement visant la construction et la réalisation du projet dépendait donc de ces autorisations.

227. Dans l'affaire *Accession Mezzanine*, le tribunal a examiné si les actions des demanderesse dans une entreprise locale pouvaient constituer un investissement au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI. Le différend portait sur des allégations d'expropriation d'une entreprise hongroise, ancienne titulaire d'un permis de radiodiffusion, que détenaient les demanderesse. Le permis avait expiré en 2009 sans que l'entreprise ait un droit de renouvellement. Le tribunal n'a pas trouvé d'investissement au sens de la Convention CIRDI, étant donné que le différend découlait non pas de l'investissement des demanderesse dans des actions de l'entreprise ou de ses prêts, mais plutôt d'un droit de renouvellement du permis de radiodiffusion, que les demanderesse n'avaient jamais eu²⁴⁸. De même, Ruby River et ses entreprises n'ont aucun droit de développer le projet, n'ont pas de contrat de concession ni de permis d'exploitation des autorités canadiennes. En ce sens, la demanderesse ne peut prétendre avoir un différend en relation directe avec un investissement si les mesures contestées ne sont pas reliées à ses actions dans les entreprises, que l'investissement dépend d'un droit inexistant au développement des projets et que l'entreprise n'a aucune véritable activité commerciale au Canada.

²⁴⁶ **RL-0232-ENG**, *Patel Engineering c. Mozambique* (Affaire CPA No. 2020-21) Sentence finale, 7 février 2024, ¶ 383.

²⁴⁷ La demanderesse n'a pas contredit l'existence de cette interdiction que le Canada a soulevée aux paragraphes 26 à 28 de *Réplique à la Réponse de la demanderesse quant à la demande de bifurcation du Canada-FRA*.

²⁴⁸ **RL-0119-ENG**, *Accession Mezzanine Capital LP c. Hongrie* (Affaire CIRDI No. ARB/12/3) Sentence, 17 avril 2015, ¶¶ 145 et 185.

4. La demanderesse n'a pas notifié le Canada qu'elle a fait un investissement tel que requis par la *Loi sur Investissement Canada*

228. Dans sa réplique sur le fond, la demanderesse admet qu'elle n'a pas envoyé d'avis d'investissement au ministère de l'Innovation, Sciences et Développement économique Canada tel que requis par la *Loi sur Investissement Canada*²⁴⁹. Elle soutient que l'absence d'avis n'affecte pas la compétence du Tribunal. Pourtant, il s'agit d'une obligation de tout investisseur étranger lors de l'établissement d'un investissement au Canada. Il aurait fallu qu'un avis soit envoyé avant qu'un investissement ne soit effectué ou dans les trente jours suivant celui-ci afin de se conformer aux obligations contenues à la *Loi sur Investissement Canada*²⁵⁰. L'avis d'investissement requis par la *Loi sur Investissement Canada* remplit plusieurs fonctions importantes ayant trait à la révision des investissements étrangers et au refus potentiel d'un investissement. L'absence d'avis indique qu'il n'y a pas eu de révision de « l'investissement » par les autorités canadiennes et donc pas d'investissement établi en conformité avec les lois du Canada. Cette absence de notification est également une confirmation de la nature très préliminaire des activités de la demanderesse et suggère qu'il n'y avait pas encore eu de réel investissement au Canada²⁵¹.

229. La demanderesse a tort d'affirmer que la conformité avec la *Loi sur Investissement Canada* n'est pas pertinente à la compétence du Tribunal. Pour qu'il y ait un investissement permettant de fonder la compétence du tribunal, cet investissement doit avoir été établi en conformité avec le droit applicable²⁵². La suggestion de la demanderesse que les règles d'admission des investissements ne sont pas une question de compétence, mais une question de fond confond deux

²⁴⁹ *Reply on the Merits and Counter-Memorial on Jurisdiction-ENG*, ¶ 560 « while it is undisputed that the Claimant did not file such a notice ».

²⁵⁰ **R-0047-ENG-FRA**, *Loi sur Investissement Canada*, LR.C. (1985), ch.28, article 12.

²⁵¹ L'article 11 de la *Loi sur Investissement Canada* stipule que la constitution d'une nouvelle « entreprise » canadienne par un non-Canadien fait l'objet d'un avis d'investissement. La note explicative no. 4 du ministre de l'Industrie précise qu'« Une entreprise doit être capable de générer un revenu et être exploitée dans le but de réaliser un profit avant de pouvoir être considérée comme une entreprise. Elle doit donc gagner un revenu ou être en mesure d'offrir des biens ou des services qui rapportent. La recherche de marchés, les essais de mise en marché et les études de faisabilité, en soi, ne sont pas considérés comme capables de générer un revenu. Si une activité est au stade pré-opérationnel faute d'un actif essentiel, d'une source d'approvisionnement ou de main-d'œuvre, elle n'est pas considérée comme une entreprise d'après la définition de la Loi. » Voir **R-0160-FRA**, *Loi sur Investissement Canada*, Notes Explicatives, Note explicative no 4 – Entreprise.

²⁵² **RL-0233-ENG**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines II* (Affaire CIRDI No. ARB/11/12), Sentence, 10 décembre 2014, ¶ 332; **CL-0074-ENG**, *Saluka c. République tchèque* (CNUDCI, CPA No. 2001-04), Sentence partielle, 17 mars 2006, ¶ 204; **RL-0234-ENG**, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie* (Affaire CIRDI No. ARB/03/24), Sentence, 27 août 2008, ¶¶ 138-140.

questions : celle de la compétence d'un tribunal constitué en vertu du Chapitre 11 de l'ALÉNA et de la Convention CIRDI qui requiert qu'un investissement ait été admis en conformité avec le droit applicable; et celle permettant aux Parties à l'ALÉNA de contester un refus d'admettre un investissement si celui-ci était en violation des obligations d'accès au marché consenties par les Parties à l'ALÉNA, même si ce refus était en conformité avec le droit applicable²⁵³.

VI. CONCLUSION

230. Pour ces motifs, le Canada demande respectueusement au Tribunal de décliner compétence et de rejeter la plainte de Ruby River Capital LLC dans son entièreté.

30 juin 2025

Le tout respectueusement soumis



Jean-François Hébert
Sylvie Tabet
Rodney Neufeld
Florence Beaudet
Elena Lapina
Julien Hamel-Guilbert
Yu Cai Tian
Pierre Malhamme

Ministère de la Justice et
Affaires mondiales Canada
Direction générale du droit commercial
international
Gouvernement du Canada
125, promenade Sussex
Ottawa, Ontario
K1A 0G2 CANADA

²⁵³ Par ailleurs, l'annexe 1138.2 de l'ALÉNA prévoit qu' « une décision prise par le Canada, à la suite d'un examen mené en vertu de la *Loi sur Investissement Canada* en vue de déterminer s'il y a ou non lieu d'autoriser une acquisition sujette à examen ne sera pas assujettie aux dispositions sur le règlement des différends de la section B ou du chapitre 20 (Dispositions institutionnelles et procédures de règlement des différends) ».

ANNEXE I - TABLEAU RÉSUMÉ DES OBJECTIONS À LA COMPÉTENCE

231. Les références renvoient à la présente réplique sur la compétence.

Mesure alléguée comme un manquement autonome à l'ALÉNA	Date	Plainte omise de l'avis d'intention et la demande d'arbitrage	Plainte hors de la portée de l'annexe 14-C	Plainte prescrite	Aucun dommage allégué indépendant des refus	Le différend n'est pas en relation directe avec un investissement
La décision du gouvernement du Québec en décembre 2015 de mener une évaluation environnementale du projet Énergie Saguenay ou l'omission de mener une évaluation conjointe avec l'Agence en janvier 2016;	Décembre 2015	✓ ¶¶ 125 et 126		✓ ¶¶ 150 à 155	✓ ¶¶ 162 à 165	✓ Section V

L'omission de l'Agence de notifier le MELCC en décembre 2015 qu'elle mènerait l'évaluation environnementale du projet ou l'omission d'invoquer l'Entente Canada-Québec et mener une évaluation conjointe avec le MELCC en janvier 2016;	Janvier 2016	✓ ¶¶ 127 et 128		✓ ¶¶ 150 à 155	✓ ¶¶ 162 à 165	✓ Section V
La demande du MELCC à GNL Québec du 22 mai 2019 de fournir un bilan des coûts et avantages du projet Énergie Saguenay;	22 mai 2019	✓ ¶ 129		✓ ¶¶ 156 et 157	✓ ¶¶ 162 à 165	✓ Section V
La décision de l'Agence du 20 août 2019 d'étendre la portée géographique de l'étude des effets de la navigation dans le cadre de l'évaluation du projet Énergie Saguenay;	20 août 2019	✓ ¶ 130		✓ ¶¶ 158 à 161	✓ ¶¶ 162 à 165	✓ Section V

La prétendue fuite de renseignements à propos du retrait de l'investisseur ██████ en mars 2020;	Mars 2020	✓ ¶¶ 131 et 133			N'est pas quantifié séparément	✓ Section V
La participation des chercheurs MM. Chion et Michaud aux audiences du BAPE sur le projet Énergie Saguenay en septembre 2020;	Septembre 2020	✓ ¶¶ 134 et 135	✓ ¶¶ 142 à 144		✓ ¶¶ 162 à 165	✓ Section V
L'annonce par le ministre québécois de l'Environnement de trois critères relatifs à l'approbation du projet Énergie Saguenay en mars 2021;	Mars 2021	✓ ¶¶ 136 et 137	✓ ¶¶ 142 à 144		✓ ¶¶ 162 à 165	✓ Section V
La décision du gouvernement du Québec du 21 juillet 2021 de refuser le projet Énergie Saguenay;	21 juillet 2021		✓ ¶¶ 101 à 103			✓ Section V
Le gazouillis (<i>tweet</i>) d'un représentant du Parti libéral du Canada à propos du projet Énergie Saguenay lors de la campagne électorale fédérale en septembre 2021;	Septembre 2021	✓ ¶¶ 138 et 139	✓ ¶¶ 142 à 144		✓ ¶¶ 162 à 165	✓ Section V
La décision du ministre fédéral de l'Environnement quant aux effets environnementaux négatifs importants du projet Énergie Saguenay du 9 décembre 2021 et	9 décembre 2021	✓ ¶¶ 140 et 141	✓ ¶¶ 142 à 144		N'est pas quantifié séparément	✓ Section V

<p>La décision du gouvernement du Canada du 7 février 2022 à l'effet que les effets environnementaux négatifs importants du projet Énergie Saguenay ne peuvent être justifiés</p>	<p>7 février 2022</p>		<p>✓ ¶¶ 101 à 103</p>		<p>✓ ¶¶ 162 à 165</p>	<p>✓ Section V</p>
---	-----------------------	--	---------------------------	--	---------------------------	------------------------

ANNEXE II – LIGNE DU TEMPS

