

ARBITRAGE EN VERTU DU CHAPITRE ONZE DE L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN ET DU RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CNUDCI

ENTRE :

LONE PINE RESOURCES INC.

Demanderesse

ET :

GOUVERNEMENT DU CANADA

Défendeur

GOUVERNEMENT DU CANADA

**OBSERVATIONS SUR LES QUESTIONS SOULEVÉES
DANS LES MÉMOIRES DÉPOSÉS PAR LES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE ET LE
MEXIQUE
EN VERTU DE L'ARTICLE 1128 DE L'ALÉNA**

22 septembre 2017

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.	L'ACCORD DES PARTIES À L'ALÉNA SUR L'INTERPRÉTATION DE L'ALÉNA	1
III.	LES PARTIES À L'ALÉNA S'ENTENDENT SUR L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1101	2
IV.	LES PARTIES À L'ALÉNA S'ENTENDENT SUR L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1105	3
	A. Le fardeau de prouver une règle de droit international coutumier en vertu de l'article 1105 de l'ALÉNA repose uniquement sur la demanderesse et exige qu'elle fasse la preuve de l'existence d'une pratique générale des États et de l' <i>opinio juris</i>	3
	B. L'article 1105 de l'ALÉNA ne contient pas d'obligation de ne pas interférer avec les attentes légitimes des investisseurs ou une garantie contre un changement réglementaire	4
V.	LES PARTIES À L'ALÉNA S'ENTENDENT SUR L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1110	4
	A. Le droit interne définit les droits protégés par l'article 1110	4
	B. Une mesure non-discriminatoire adoptée de bonne foi dans l'intérêt public ne constitue pas une expropriation au sens de l'article 1110	5
VI.	CONCLUSION	5

I. INTRODUCTION

1. Les mémoires déposés par les gouvernements des États-Unis d'Amérique et du Mexique en vertu de l'article 1128 de l'ALÉNA confirment l'interprétation des dispositions de l'ALÉNA qui a été mise de l'avant par le défendeur dans le cadre du présent arbitrage. Qui plus est, les observations fournies par les deux gouvernements confirment que l'interprétation faite par la demanderesse concernant les normes juridiques applicables dans cet arbitrage ne trouve aucun fondement dans le texte de l'ALÉNA tel qu'il a été conclu et interprété par les parties signataires. Les positions concordantes des parties à l'ALÉNA doivent être prises en considération par le Tribunal conformément à l'article 31(3) de la Convention de Vienne sur le droit des traités («CVDT»)¹, et devraient prévaloir dans l'analyse du Tribunal.

2. En résumé, les parties à l'ALÉNA conviennent que :

- L'article 1101 (1) exige qu'il y ait une *connexion légale substantielle* entre la mesure contestée et l'investisseur ou son investissement;
- L'article 1105 garantit une norme de traitement correspondant à la norme minimale de traitement des ressortissants étrangers en droit international coutumier. Lorsqu'un demandeur invoque une règle de droit international coutumier il lui incombe d'en établir la preuve en établissant l'existence des éléments constitutifs de la coutume; et
- Les mesures législatives ou réglementaires non-discriminatoires adoptées dans l'intérêt public qui sont prises de bonne foi ne constituent pas une expropriation au sens de l'article 1110.

II. L'ACCORD DES PARTIES À L'ALÉNA SUR L'INTERPRÉTATION DE L'ALÉNA

3. La CVDT édicte que les tribunaux doivent prendre en compte la pratique et l'accord ultérieurs des États en ce qui concerne l'interprétation d'un traité². Dans le contexte de l'ALÉNA, les points de vue communs, concordants et cohérents des Parties à l'ALÉNA sur l'interprétation des articles 1101, 1105 et 1110 doivent être pris en considération.

¹ **RLA-118**, *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 27 janvier 1980, 1155 RTNU 354, article 31(3) : « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité; c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.»

² **RLA-118**, *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 27 janvier 1980, 1155 RTNU 354, article 31(3).

4. Le paragraphe 31(3) de la CVDT ne limite pas la forme de l'accord ou de pratique qui doit être pris en compte. Dans le contexte de l'ALÉNA, tout accord subséquent et la pratique postérieure établissant une entente quant à l'interprétation, peuvent être mis en preuve par les communications des parties à l'ALÉNA, y compris les mémoires des tierces Parties à l'ALÉNA en vertu de l'article 1128. Lorsque les Parties à l'ALÉNA expriment une interprétation concordante, commune et cohérente quant à la manière d'interpréter les dispositions de l'ALÉNA, ils créent un accord et une pratique ultérieurs au sens du paragraphe 31(3) de la CVDT. Les tribunaux arbitraux constitués en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA ont accordé aux représentations des parties à l'ALÉNA un poids important quant à l'interprétation des obligations en vertu de ce traité³.

III. LES PARTIES À L'ALÉNA S'ENTENDENT SUR L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1101

5. Afin de satisfaire au critère défini par le terme « concernant » utilisé à l'article 1101, les Parties à l'ALÉNA s'accordent pour dire qu'un demandeur doit faire la preuve d'une *connexion légale substantielle* entre la mesure alléguée et l'investisseur ou son investissement⁴. Tel que l'expliquent les États-Unis : « Negative impact of a challenged measure on a claimant, without more, does not satisfy the standard. »⁵. Ainsi, le critère de *connexion légale substantielle* exige une connexion plus directe que le simple fait d'affecter un investisseur ou son investissement.

6. En l'absence d'un lien juridique significatif, les Parties à l'ALÉNA reconnaissent également qu'il faut éviter qu'une classe indéterminée d'investisseurs puisse rencontrer le seuil

³ **RLA-047**, *Canadian Cattlemen – Award on Jurisdiction*, para. 189-189; **CLA-026**, *Bayview Irrigation District et al v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/1, Award (19 June 2007), para. 100 et 106-107. Même lorsque les tribunaux constitués en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA n'ont pas explicitement reconnu qu'il existait un accord aux fins de l'article 31 (3) a) de la Convention de Vienne, ils ont systématiquement adopté les positions communes des parties à l'ALÉNA telles qu'avancées dans leurs mémoires déposés en vertu de l'article 1128 : **CLA-046**, *Methanex Corporation v. United States of America*, Partial Award (7 August 2002), para. 147; **CLA-062/RLA-067**, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award (26 June 2003), para. 235; **RLA-085**, *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada* (CNUDCI) Award on Jurisdiction, 22 novembre 2002, para. 83-92; **CLA-047**, *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and Principle of Quantum (22 May 2012), para. 291-295, 302-303, 346-350.

⁴ Submission of Mexico Pursuant to NAFTA Article 1128, para. 5; Submission of United States of America, para. 6; Contre-mémoire du Canada, para 294; Duplique du Canada, para. 198.

⁵ Submission of United States of America, para. 7.

prévu à l'article 1101⁶. Ainsi, les Parties à l'ALÉNA s'accordent pour dire que l'article 1101 ne doit pas permettre à toute mesure interne ayant simplement un impact économique sur un investisseur étranger ou son investissement de rencontrer le seuil prévu à l'article 1101.

IV. LES PARTIES À L'ALÉNA S'ENTENDENT SUR L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1105

7. La demanderesse a reconnu que la notion de *norme minimale de traitement* prévue à l'article 1105 n'exige pas un traitement au-delà de ce qui est requis à la norme minimale de traitement des ressortissants étrangers en droit international coutumier. Par ailleurs, selon l'interprétation concordante des trois Parties à l'ALÉNA, la demanderesse doit établir le contenu des règles de droit international coutumier qui font partie de la norme minimale de traitement et sur lesquelles elle appuie sa réclamation.

A. Le fardeau de prouver une règle de droit international coutumier en vertu de l'article 1105 de l'ALÉNA repose uniquement sur la demanderesse et exige qu'elle fasse la preuve de l'existence d'une pratique générale des États et de l'*opinio juris*

8. Bien que la demanderesse reconnaisse l'exigence qu'une règle de droit international coutumier se prouve en réunissant deux conditions : l'existence d'une pratique générale des États et l'*opinio juris* voulant que cette pratique soit adoptée parce qu'elle constitue une règle de droit⁷, elle affirme qu'en raison de la difficulté à établir la coutume une approche plus « flexible » devrait prévaloir⁸. Or, les trois Parties à l'ALÉNA réaffirment devant ce Tribunal que le fardeau d'établir la preuve des éléments constitutifs de la coutume, laquelle prend sa source dans l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice* et a fait l'objet d'une jurisprudence constante de cette cour, incombe à la demanderesse.⁹

⁶ Submission of Mexico pursuant to NAFTA Article 1128, para 5; Submission of the United States of America, para. 6.

⁷ Mémoire en réplique, para 451(d).

⁸ Mémoire en réplique, para. 480.

⁹ Submission of Mexico pursuant to NAFTA Article 1128, para 6; Submission of the United States of America, para. 30.

B. L'article 1105 de l'ALÉNA ne contient pas d'obligation de ne pas interférer avec les attentes légitimes des investisseurs ou une garantie contre un changement réglementaire

9. Le Canada et les États-Unis dans leurs représentations écrites devant ce Tribunal s'entendent pour dire que la norme minimale de traitement contenue à l'article 1105 n'englobe pas l'obligation de ne pas interférer avec les attentes légitimes des investisseurs ou une garantie contre un changement réglementaire.

10. À ce sujet, les États-Unis soulignent :

The concept of “legitimate expectations” is not a component element of “fair and equitable treatment” under customary international law that gives rise to an independent host State obligation. An investor may develop its own expectations about the legal regime governing its investment, but those expectations impose no obligations on the State under the minimum standard of treatment. The United States is aware of no general and consistent State practice and *opinio juris* establishing an obligation under the minimum standard of treatment not to frustrate investors’ expectations; instead, something more is required than the interference with those expectations¹⁰.

11. Par ailleurs, les États-Unis expliquent ce qui suit : « States may modify or amend their regulations to achieve legitimate public welfare objectives and will not incur liability under customary international law merely because such changes interfere with an investor’s ‘expectations’ about the state of regulation in a particular sector. »¹¹

V. LES PARTIES À L'ALÉNA S'ENTENDENT SUR L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1110

A. Le droit interne définit les droits protégés par l'article 1110

12. La demanderesse n'a pas fait la preuve qu'elle détenait un droit de propriété en droit québécois susceptible d'être exproprié au sens de l'article 1110 de l'ALÉNA. Le Canada et les États-Unis dans leurs représentations écrites devant ce Tribunal conviennent que la détermination de l'existence d'un droit de propriété pouvant être exproprié est la première étape essentielle dans le cadre d'une analyse portant sur l'expropriation.¹² Les États-Unis et le Canada

¹⁰ Submission of the United States of America, para. 26.

¹¹ Submission of the United States of America, para. 27.

¹² Submission of the United States of America, para. 10.

reconnaissent en outre que la question de savoir s'il existe un droit susceptible d'être exproprié doit s'appuyer sur le droit interne de la partie à l'ALÉNA. Tel que les États-Unis l'expliquent : «*it is appropriate to look to the law of the host for a determination of the definition and scope of the property right or property interest at issue, including any applicable limitations.* »¹³

B. Une mesure non-discriminatoire adoptée de bonne foi dans l'intérêt public ne constitue pas une expropriation au sens de l'article 1110

13. Le Canada soutient que « [l]e droit international reconnaît aux États le pouvoir d'adopter des mesures visant la protection du bien public et ce, sans avoir à compenser pour les atteintes à la propriété qui pourraient en résulter, pourvu que les mesures soient non discriminatoires et aient été adoptées de bonne foi »¹⁴. Dans son mémoire, le Mexique confirme son accord avec l'interprétation du Canada.¹⁵ Les représentations des États-Unis sont au même effet :

Under international law, where an action is a *bona fide*, non-discriminatory regulation, it will not ordinarily be deemed expropriatory. This principle in public international law is not an exception that applies after an expropriation has been found but, rather, is a recognition that certain actions, by their nature, do not engage State responsibility¹⁶.

VI. CONCLUSION

14. Tel qu'expliqué précédemment, les trois pays signataires de l'ALÉNA conviennent de l'interprétation des articles 1101, 1105 et 1110. En examinant si le Canada a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 1101, 1105 et 1110, le Tribunal doit prendre en considération les interprétations communes, cohérentes et concordantes des Parties à l'ALÉNA de ces dispositions.

¹³ Submission of the United States of America, para. 10.

¹⁴ Contre-mémoire, para. 492.

¹⁵ Submission of Mexico pursuant to NAFTA Article 1128, para 7.

¹⁶ Submission of the United States of America, para. 16.

Vendredi, le 22 septembre 2017

Le tout respectueusement soumis par le Gouvernement du Canada,



Direction générale du droit
commercial international (JLT)
Édifice Lester B. Pearson
125 Promenade Sussex
Ottawa, Ontario
K1A 0G2
CANADA