

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS**

ENTRE :

RUBY RIVER CAPITAL LLC.

Demanderesse

ET

CANADA

Défendeur

(Affaire CIRDI No. ARB/23/5)

DEMANDE DE BIFURCATION DU CANADA

5 janvier 2024

Direction générale du droit
commercial international
Gouvernement du Canada
Édifice Lester B. Pearson
125, promenade Sussex
Ottawa, Ontario
K1A 0G2
CANADA

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION.....	1
II.	LA NORME JURIDIQUE APPLICABLE	4
III.	LE DIFFÉREND N’EST PAS EN RELATION DIRECTE AVEC UN INVESTISSEMENT AUX TERMES DE L’ARTICLE 25 DE LA CONVENTION CIRDI	5
A.	L’existence d’un investissement est une condition indispensable de l’accès à l’arbitrage en vertu de la Convention CIRDI.....	6
B.	Le différend entre les parties porte sur le refus d’admettre un investissement	9
C.	Les intérêts que la demanderesse allègue détenir ne constituent pas un investissement aux termes de l’article 25 de la Convention CIRDI	10
1.	Les frais professionnels et de développement de projet ne constituent pas des investissements	11
2.	La demanderesse ne détient aucun droit acquis à la réalisation des projets Énergie Saguenay et Gazoduq	14
3.	Les intérêts contractuels que la demanderesse allègue détenir ne constituent pas un investissement.....	15
4.	Le permis d’exportation de gaz naturel délivré par l’Office national de l’énergie ne constitue pas un investissement	17
5.	L’incorporation de filiales au Canada ne constitue pas un investissement.....	18
IV.	LE TRIBUNAL N’A PAS COMPÉTENCE POUR ENTENDRE LA DEMANDE RELATIVE À LA TENUE DE DEUX ÉVALUATIONS ENVIRONNEMENTALES SUR LE PROJET ÉNERGIE SAGUENAY.....	20
A.	L’annexe 14-C de l’ACEUM et l’article 1117(2) de l’ALÉNA empêchent un investisseur de soumettre une plainte à l’arbitrage si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l’investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi	21
B.	La demanderesse avait connaissance de la décision des gouvernements du Canada et du Québec d’assujettir le projet Énergie Saguenay à deux évaluations environnementales et des pertes ou dommages allégués bien avant le 17 février 2020	23

V.	LE TRIBUNAL N’A PAS COMPÉTENCE POUR ENTENDRE LA DEMANDE RELATIVE À LA SOI-DISANT DIVULGATION À LA PRESSE DU RETRAIT D’UN INVESTISSEUR DU PROJET DE LA DEMANDERESSE	26
VI.	LA BIFURCATION EST JUSTIFIÉE DANS LA PRÉSENTE INSTANCE	29
A.	Les objections préliminaires du Canada sont sérieuses	29
B.	Les objections préliminaires et les questions de fond sont complètement distinctes et doivent être traitées séparément.....	33
C.	La bifurcation réduirait de manière significative la durée et le coût de l’instance	34
D.	La décision sur les objections préliminaires réglerait l’intégralité du différend.....	35
VII.	CONCLUSION	36

1. Conformément à l'ordonnance de procédure no. 1 du 23 août 2023, le Canada soumet la demande de bifurcation suivante dans la présente instance.

I. INTRODUCTION

2. Alors que les États sont engagés dans une lutte existentielle contre les changements climatiques et cherchent par tous moyens à décarboniser leurs économies, la demanderesse prétend que l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) obligeait le Canada à autoriser l'établissement sur son territoire d'importantes infrastructures de liquéfaction et de transport d'énergie fossile. Ces infrastructures auraient non seulement pérennisé pour une période de 25 à 50 ans l'émission de grandes quantités de gaz à effet de serre (GES) mais elles auraient également requis le passage de navires-citernes dans une zone critique de l'habitat essentiel du béluga, un mammifère marin emblématique du Canada qui est malheureusement en voie de disparition. Les allégations non fondées de la demanderesse sont exactement le genre de prétentions qui alimentent le cynisme et la méfiance chez une part importante de la population à l'égard du régime international de protection des investissements et elles doivent être rejetées catégoriquement.

3. Plus précisément, la demanderesse prétend que l'ALÉNA obligeait le Canada à autoriser la construction et l'exploitation d'un complexe de liquéfaction de gaz naturel à Saguenay (projet Énergie Saguenay) et d'un gazoduc reliant le complexe à un réseau de distribution de gaz existant dans le nord de l'Ontario (projet Gazoduc). Bien que ces projets aient été soumis à des évaluations environnementales distinctes, ils sont intimement reliés.

4. Le projet Énergie Saguenay aurait inclus des installations de liquéfaction de gaz naturel d'une capacité de production de 10,5 millions de tonnes par année, ainsi que des installations portuaires pour l'entreposage du gaz naturel liquéfié et le chargement de navires-citernes en vue du transport du gaz naturel liquéfié sur la rivière Saguenay et le fleuve St-Laurent.

5. Conformément à la législation applicable, le projet Énergie Saguenay a été soumis aux processus d'évaluation environnementale des gouvernements du Canada et du Québec.

La demanderesse a pleinement participé à ces évaluations environnementales et a eu l'occasion de faire des représentations quant à l'effet de son projet sur chacun des critères d'évaluation retenus. Ces évaluations ont permis de mettre en lumière d'importants effets environnementaux négatifs liés aux émissions de GES, au passage de navires-citernes dans l'habitat essentiel du béluga, une espèce en voie de disparition protégée par la législation canadienne et québécoise, et au patrimoine culturel des Premières Nations.¹ Ces constats ont mené les deux ordres de gouvernement à chacun refuser le projet. La décision du gouvernement du Québec est exprimée dans un décret publié le 21 juillet 2021² et celle du gouvernement du Canada dans une Déclaration de décision du ministre de l'Environnement le 7 février 2022.³

6. Le projet Gazoduc envisageait quant à lui la construction et l'exploitation d'un gazoduc de 780 km dans le nord du Québec afin d'alimenter le complexe de liquéfaction en gaz naturel à partir du nord de l'Ontario. Le projet Gazoduc a lui aussi été soumis à un processus d'évaluation environnementale des gouvernements du Canada et du Québec. Toutefois, ces évaluations n'ont jamais été complétées compte tenu du rejet du projet Énergie Saguenay et de l'abandon du projet par la demanderesse.

¹ **VB-0018-FRA**, Agence d'évaluation d'impact du Canada, *Projet Énergie Saguenay, Rapport d'évaluation environnementale*, Novembre 2021. Quant aux effets du projet sur les émissions de GES, voir pp. 40-56; Quant aux effets du projet sur les mammifères marins, voir pp. 56-74; Quant aux effets sur les Premières Nations innues, voir pp. 221-222. **CD-0089-FRA**, Ministère de l'Environnement et Lutte contre les changements climatiques, *Rapport d'analyse environnementale pour le projet Énergie Saguenay Complexe de liquéfaction de gaz naturel à Saguenay*, 30 juin 2021. Quant aux effets de la navigation et du bruit aquatique sur le rétablissement de la population de bélugas voir pp. 29-36. Quant aux effets du projet sur l'émission de GES et la transition énergétique voir pp. 37-54. Quant à l'entreposage, au chargement et au transport du GNL voir pp. 55-60 et 72.

² **C-0274-FRA**, Décret 1071-2021, *Concernant le refus de délivrer une autorisation à GNL Québec inc. pour le projet Énergie Saguenay de construction d'un complexe de liquéfaction de gaz naturel sur le territoire de la ville de Saguenay*.

³ **R-0008-FRA**, ministre de l'Environnement, *Déclaration de décision*, 7 février 2022.

7. La demanderesse prétend que les refus d'autoriser les projets Énergie Saguenay et Gazoduq contreviennent aux obligations du Canada prévues aux articles 1102, 1103, 1105 et 1110 de l'ALÉNA.⁴

8. Le Canada nie que ces refus d'autorisation, les évaluations environnementales ayant mené à ces refus, ou que toute autre mesure contestée, soient discriminatoires ou contraires à la norme minimale de traitement que garantit l'ALÉNA. Il nie aussi que les mesures contestées aient exproprié un investissement de la demanderesse. Les refus des gouvernements du Canada et du Québec d'admettre sur leur territoire le projet d'énergie fossile de la demanderesse sont fondés sur des motifs légitimes et non discriminatoires liés à la protection de l'environnement. Contrairement à ce qu'allègue la demanderesse, ces motifs n'ont pas servi de prétexte pour justifier plus facilement une décision prise pour de quelconques motifs politiques inavoués et illégitimes.

9. Non seulement les prétentions de la demanderesse sont-elles non fondées mais elles ne relèvent pas de la compétence du Tribunal et ne sont donc pas de son ressort.

10. Le Canada soulève plusieurs objections à la compétence du Tribunal dans cette affaire, et demande respectueusement au Tribunal de traiter de ces objections préliminaires dans une phase distincte et préalable de l'instance. Premièrement, le présent différend n'est pas en relation directe avec un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI. Deuxièmement, l'allégation relative à la tenue de deux évaluations environnementales du projet Énergie Saguenay est prescrite en vertu de l'article 1117(2) de l'ALÉNA. Troisièmement, l'allégation concernant une soi-disant fuite de renseignements concernant le retrait d'un investisseur du projet de la demanderesse ne fait pas partie du présent différend et est hors de la portée du consentement du Canada à l'arbitrage.

⁴ *Ruby River Capital LLC v. Canada*, Request for Arbitration, 17 February 2023 (“*Demande d'arbitrage*”), ¶ 10.

11. La demande de bifurcation du Canada pour l'ensemble de ces objections répond à tous les critères pour être favorablement accueillie. Les objections préliminaires du Canada sont sérieuses et complètement distinctes des questions de fond. En outre, la bifurcation réduirait de manière significative la durée et le coût de l'instance et, si elles étaient retenues, les objections préliminaires régleraient l'intégralité du différend.

12. Enfin, le défendeur réserve ses droits quant à tout autre moyen déclinatoire qu'il pourrait vouloir invoquer lors du dépôt de son contre-mémoire dans l'éventualité où le Tribunal rejeterait la présente demande de bifurcation ou les objections préliminaires du Canada.

II. LA NORME JURIDIQUE APPLICABLE

13. La Convention CIRDI énonce que le Tribunal est juge de sa compétence et qu'il peut examiner tout moyen déclinatoire soulevé par l'une des parties. Le Tribunal peut traiter de ce moyen déclinatoire en tant que question préalable ou en même temps que les questions de fond.⁵

14. Le *Règlement d'arbitrage du CIRDI* de 2022 (ci-après « Règlement d'arbitrage ») stipule qu'une partie peut demander qu'une objection préliminaire soit traitée au cours d'une phase distincte de l'instance, auquel cas s'applique l'article 44 de ce règlement.⁶ Le paragraphe 44(2) prévoit une liste non exhaustive des critères dont le Tribunal tient compte pour accorder ou non la demande de bifurcation.

15. L'article 44 du Règlement d'arbitrage prévoit en partie :

(2) Pour déterminer s'il se prononce en faveur de la bifurcation, le Tribunal tient compte de toutes les circonstances pertinentes, notamment du fait de savoir si :

⁵ Convention CIRDI, article 41.

⁶ Règlement d'arbitrage du CIRDI, article 42(1) et (2).

- (a) la bifurcation réduirait de manière significative la durée et le coût de l'instance ;
- (b) la décision sur les objections préliminaires réglerait l'intégralité ou une partie substantielle du différend ; et
- (c) les objections préliminaires et les questions de fond sont si entremêlées que cela rendrait la bifurcation impraticable.

16. Les tribunaux CIRDI ordonnent couramment la bifurcation de l'instance pour disposer d'objections préliminaires portant sur des questions de juridiction ou de recevabilité.⁷ En l'espèce, comme nous l'expliquons dans la section suivante, toutes les circonstances pertinentes militent en faveur de la bifurcation des objections préliminaires du Canada dans la présente instance. Nous abordons d'abord l'objection fondée sur l'article 25 de la Convention CIRDI, puis les objections fondées sur les conditions juridictionnelles de l'ALÉNA.

III. LE DIFFÉREND N'EST PAS EN RELATION DIRECTE AVEC UN INVESTISSEMENT AUX TERMES DE L'ARTICLE 25 DE LA CONVENTION CIRDI

17. Le Canada demande au Tribunal de décliner compétence quant à l'entière de la réclamation de la demanderesse pour le motif qu'elle ne constitue 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 CIRDI.

⁷ **RL-0003-ENG**, Christoph Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, (2nd ed., Cambridge University Press, 2009) (“Schreuer”) [Extrait], p. 534 (“In the practice of ICSID tribunals, treatment of jurisdictional issues as preliminary questions is standard procedure.”); **RL-004-ENG**, Baiju Vasani and Sarah Vasani, *Bifurcation of Investment Disputes, in Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, (Katia Yannaca-Small ed., 2nd ed. 2018), ¶ 12.03: (“It is usual practice in the conduct of ICSID proceedings for jurisdictional objections to be treated as preliminary questions.”); **RL-0005-ENG**, Andrea Carlevaris, *Preliminary Matters: Objections, Bi-furcation, Request for Provisional Measures, in Litigating international investment disputes: a practitioner's guide*, (Chiara Giorgetti ed., 2014), 173, p. 186 (“it is still common practice for ICSID tribunals to treat jurisdictional objections as preliminary questions, and to suspend the proceedings on the merits pending a decision on jurisdiction”).

18. En effet, il ressort clairement de la demande d'arbitrage et du mémoire de la demanderesse que celle-ci conteste les refus des gouvernements canadien et québécois d'admettre les projets Énergie Saguenay et Gazoduq sur leur territoire. Or, tel que l'ont confirmé plusieurs tribunaux CIRDI, les différends portant sur l'admission d'investissements, et donc sur des investissements qui n'ont pas été effectués, ne relèvent pas de la compétence de tribunaux constitués en vertu de la Convention CIRDI. Par ailleurs, aucun des intérêts que la demanderesse allègue détenir n'est susceptible de constituer un investissement pouvant donner accès aux mécanismes de règlement des différends du CIRDI.

19. Il s'agit d'une objection sérieuse à la compétence du Tribunal qui soulève des questions distinctes de celles qui portent sur le fond du litige. La résolution de cette objection sur une base préliminaire réduirait de manière significative la durée et le coût de l'instance.

A. L'existence d'un investissement est une condition indispensable de l'accès à l'arbitrage en vertu de la Convention CIRDI

20. Tel que le reconnaît la demanderesse, l'article 25 de la Convention CIRDI régit la compétence *rationae materiae* des tribunaux d'arbitrage constitués en vertu de la Convention.⁸ Cet article prévoit notamment que la compétence du CIRDI s'étend aux « différends d'ordre juridique entre un État contractant [...] et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre » (nos soulignements). Selon la formule consacrée,

⁸ *Ruby River Capital LLC v. Canada, Memorial on Jurisdiction, Merits and Damage-ENG*, 21 November 2023 (“*Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*”), ¶ 399; **RL-0006-ENG**, Stephan W. Schill et al., *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention* (Cambridge University Press, 2022) (“*Schreuer's Commentary*”), Article 25, ¶ 4; Voir également : **RL-0007-ENG**, Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum and Christoph Schreuer, *Principles of Investment Law*, (3rd Edition, Oxford University Press, 2022) (“*Dolzer, Kriebaum & Schreuer*”), p. 90; **RL-0008-ENG**, Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration*, (“Oxford University Press, Oxford, 2nd Ed., 2017”) [Extrait] (“*McLachlan et Shore*”), ¶ 6.04.

l'article 25 circonscrit les limites extérieures (« *outer limits* ») des différends que les parties peuvent soumettre à l'arbitrage sous les auspices du CIRDI.⁹

21. Bien que le terme « investissement » ne soit pas défini à la Convention et que les parties à un traité disposent d'une marge de manœuvre pour définir ce que constitue un investissement, il ressort clairement de la pratique arbitrale et de la doctrine que l'existence d'un investissement est une condition indispensable à la compétence des tribunaux CIRDI.¹⁰ Ainsi, plusieurs tribunaux ont décliné compétence au motif que les différends qui leur ont été soumis étaient relatifs à un investissement projeté qui n'avait pas encore été effectué.

22. Par exemple, dans l'affaire *Mihaly c. Sri Lanka*,¹¹ un tribunal constitué en vertu d'un traité entre les États-Unis et le Sri Lanka a décliné compétence pour trancher un différend relatif à un projet de construction et d'exploitation d'une nouvelle centrale électrique au motif qu'aucun investissement n'avait été effectué. De même, le tribunal dans l'affaire *Zhinvali c. Géorgie*¹² a décliné compétence concernant un différend portant sur un projet de réfection d'une centrale électrique qui ne s'est jamais matérialisé parce que les négociations n'avaient pas abouti à un investissement. Le même raisonnement a été suivi depuis dans d'autres affaires.¹³

⁹ **RL-0006-ENG**, *Schreuer's Commentary*, ¶¶ 2, 8, 162, 177 et 178; **CL-0013-ENG**, *Joy Mining c. Égypte* (Affaire CIRDI No. ARB/03/11), Sentence sur la compétence, 6 août 2004 ("*Joy Mining – Sentence sur la compétence*"), ¶ 49. Voir aussi **RL-0009-ENG**, *Zachary Douglas, The International Law of Investment Claims: Preliminary Issues and Awards*, (1st Edition, Cambridge University Press, 2009) [Extrait] ("*Douglas*"), ¶¶ 342 et 344.

¹⁰ **RL-0006-ENG**, *Schreuer's Commentary*, ¶ 382; **RL-0009-ENG**, *Douglas*, ¶¶ 342 et 344, **RL-0010-ENG**, E. Gaillard & Y. Banifatemi, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, The Long March towards a *Jurisprudence Constante* on the Notion of Investment (WoltersKluwer) Chapter 8 [Extrait], pp. 98, 104 et 124.

¹¹ **RL-0011-ENG**, *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka* (Affaire CIRDI No. ARB/00/2), Sentence, 15 mars 2002 ("*Mihaly – Sentence*"), ¶¶ 59-61.

¹² **RL-0012-ENG**, *Zhinvali Development Ltd. c. Géorgie* (Affaire CIRDI No. ARB/00/1), Sentence, 24 janvier 2003 ("*Zhinvali – Sentence*"), ¶¶ 410 et 417.

¹³ **RL-0013-ENG**, *FW-Oil Interests, Inc. c. Trinité-et-Tobago* (Affaire CIRDI No. ARB/01/14), Sentence, 3 mars 2006 ("*FW-Oil – Sentence*"), ¶¶ 125, 213 et 214; **RL-0014-ENG**, *Raymond Charles Eyre and Montrose*

23. La doctrine consacre elle aussi l'importance de l'existence d'un investissement pour fonder la compétence des tribunaux CIRDI. Le professeur Schreuer, dans son ouvrage de référence portant sur la Convention, observe que :

The Convention states that the dispute must arise out of an investment. Tribunals have interpreted this to mean that an existing investment is a requirement for the Centre's jurisdiction *ratione materiae*. By contrast, steps preparatory to an investment by themselves will not qualify for protection as an investment in the sense of Art. 25(1) of the ICSID Convention.¹⁴

24. S'agissant des limites encadrant la compétence des tribunaux CIRDI, cette compétence ne peut être étendue par le traité établissant le consentement de l'État d'accueil à l'arbitrage.¹⁵ Ainsi, même si l'ALÉNA contient des obligations de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée qui peuvent protéger des investisseurs qui cherchent à effectuer des investissements, ce traité ne peut accorder aux tribunaux CIRDI une compétence que la Convention ne leur accorde pas.¹⁶

Developments (Private) Limited c. Sri Lanka (Affaire CIRDI No. ARB/16/25), Sentence, 5 mars 2020 (“*Montrose – Sentence*”), ¶ 302 (“The Tribunal can find only that the Hotel Project remained at best aspirational at the time of the compulsory State acquisition in 2010”); **RL-0015-ENG**, *Professor Christian Doutremepuich & Mr. Antoine Doutremepuich c. République de Maurice* (CNUDCI, Affaire CPA No. 2018-37), Sentence sur la compétence, 23 août 2019 (“*Doutremepuich – Sentence sur la compétence*”), ¶¶ 109-155.

¹⁴ **RL-0006-ENG**, *Schreuer's Commentary*, ¶ 382. Voir aussi: **RL-0016-ENG**, Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 3rd Ed., 2021) [Extrait], pp. 234-238. **RL-0007-ENG**, *Dolzer, Kriebaum & Schreuer*, p. 90; **RL-0008-ENG**, *McLachlan and Shore*, ¶ 6.04.

¹⁵ **RL-0006-ENG**, *Schreuer's Commentary*, ¶ 177; **RL-0009-ENG**, *Douglas*, ¶¶ 342 et 344; **CL-0013-ENG**, *Joy Mining – Sentence sur la compétence*, ¶ 49.

¹⁶ **RL-0006-ENG**, *Schreuer's Commentary*, ¶ 397: “The requirement under Art. 25(1) of the Convention that there must be an existing investment applies even if another treaty, such as a BIT, grants rights at the pre-investment stage, for instance in the form of a right to be admitted. Therefore, disputes arising from investments that are merely planned, intended, or attempted will not be covered by Art. 25(1).”; **RL-0009-ENG**, *Douglas*, ¶¶ 342 et 344.

B. Le différend entre les parties porte sur le refus d'admettre un investissement

25. La demanderesse ne conteste pas qu'elle avait l'obligation d'obtenir les autorisations des gouvernements du Canada et du Québec avant de réaliser les projets Énergie Saguenay et Gazoduq.¹⁷ Elle se plaint plutôt du fait que ces autorisations lui auraient été illégalement refusées. Dans sa requête d'arbitrage, la demanderesse identifie en particulier les trois mesures suivantes comme étant des manquements du Canada à ses obligations en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA: 1) le décret du gouvernement du Québec du 21 juillet 2021 concernant le refus de délivrer une autorisation à GNL Québec pour le projet Énergie Saguenay; 2) la décision du gouvernement du Québec du 21 juillet 2021 de suspendre le projet Gazoduq; et 3) la déclaration de décision d'évaluation environnementale du ministre de l'Environnement du Canada du 7 février 2022 quant au refus du Gouverneur en conseil d'autoriser le projet Énergie Saguenay.¹⁸ Il est donc clair que les refus d'admettre les projets Énergie Saguenay et Gazoduq sur le territoire du Canada et du Québec sont au cœur du différend entre les parties. Les projets Énergie Saguenay et Gazoduq n'ayant pas été autorisés ou réalisés, la demanderesse ne peut plaider qu'ils constituent des investissements existants aux termes de la Convention CIRDI. La demanderesse admet par ailleurs qu'aucune décision finale d'investissement n'avait encore été prise par rapport à ses projets.¹⁹

26. Il est également clair que la demanderesse ne jouissait d'aucun droit acquis à la réalisation des projets Énergie Saguenay et Gazoduq. Nulle part dans son mémoire la demanderesse n'allègue-t-elle détenir un contrat de concession ou quelconque droit

¹⁷ Tel que l'expliquent les experts de la demanderesse, la loi québécoise et la loi canadienne assujettissent un promoteur qui a l'intention d'entreprendre une construction, un ouvrage ou une activité définie par règlement à une évaluation des impacts sur l'environnement afin d'obtenir une autorisation du gouvernement. **CER-1**, Rapport d'expert de Me Christine Duchaine, 21 novembre 2023, p. 8; **CER-2**, Rapport d'expert de M. Rodney Northey, 19 novembre 2023, ¶ 25.

¹⁸ *Demande d'arbitrage*, ¶ 162.

¹⁹ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 887a (« the granting of the environmental approvals was an important step in Symbio's multi-year efforts to develop the Project and reach the stage of Final Investment Decision »). Voir aussi ¶¶ 93, 97-98, 200-211, 418, 767 et 769.

contractuel à la réalisation de ses projets. Elle n'invoque également aucune loi ou autre source de droit lui accordant un droit acquis à construire et exploiter un complexe de liquéfaction de gaz naturel et un gazoduc au Canada.

C. Les intérêts que la demanderesse allègue détenir ne constituent pas un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI

27. Pour se décharger de son fardeau d'établir l'existence d'un investissement, la demanderesse allègue avoir effectué des contributions en capital de 124 874 347 \$US et d'avoir dépensé de ce montant 121 434 529 \$US au titre de dépenses en capitaux, immobilisations et actifs incorporels.²⁰ Bien que ces montants puissent paraître élevés, il convient de les mettre en perspective.²¹ Même si les chiffres avancés s'avéraient exacts, et à cette étape de l'instance le Canada ne formule aucun commentaire à cet égard, ils ne représentent qu'une infime partie des dépenses qui auraient été requises pour réaliser les projets Énergie Saguenay et Gazoduc. Selon les estimations de la demanderesse, les projets auraient requis des contributions de 11,2 milliards \$US²² ce qui veut dire que les montants qui auraient été effectivement dépensés totalisent tout au plus 1% des montants totaux requis.

28. Quoi qu'il en soit, ce qui importe pour les fins de la compétence du Tribunal c'est la nature des intérêts conférés par ces dépenses et non le fait que certaines dépenses aient été effectuées.²³ La demanderesse doit pouvoir démontrer que les dépenses qu'elle allègue avoir effectuées ont donné lieu à un investissement. Par ailleurs, cet investissement doit présenter certaines caractéristiques : 1) un engagement de capitaux ou d'autres ressources; 2) une attente de gains ou de bénéfices et la prise en charge de risques, ainsi que 3) une

²⁰ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶¶ 411 et 413.

²¹ **RL-0015-ENG**, *Doutremepuich – Sentence sur la compétence*, ¶ 126; **RL-0017-ENG**, B. Sabahi and N. Rubins et al, *Notion of Investment in Investor-State Arbitration* (Oxford University Press, 2nd Ed., 2019) [Extrait], pp. 353-354.

²² *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 32.

²³ **RL-0009-ENG**, *Douglas*, p. 189: (« It is not, however, expenditures that might qualify as an investment, but rather it is the product of those expenditures. »).

durée et 4) une contribution au développement économique de l'État hôte.²⁴ La demanderesse reconnaît d'ailleurs dans son mémoire que les critères d'engagement de capitaux ou de ressources, de durée, de risque et de contribution au développement économique de l'État hôte sont « communément acceptés » pour déterminer s'il existe un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI.²⁵ Sur ce plan, la demanderesse ne s'est pas déchargée de son fardeau d'établir que les montants qu'elle prétend avoir dépensés ont servi à acquérir des actifs qui puissent constituer des investissements protégés aux termes de la Convention CIRDI.

1. Les frais professionnels et de développement de projet ne constituent pas des investissements

29. La demanderesse allègue que les montants dépensés ont servi à payer de nombreux services professionnels (incluant des études de faisabilité et d'ingénierie), des salaires et bénéfices sociaux, des frais de promotion et de voyage, des frais corporatifs et administratifs et des frais de communications et de relations publiques.²⁶ Or, les tribunaux CIRDI ont déjà eu l'occasion de statuer que ces types de dépenses, couramment engagées lors de la phase préalable à la réalisation d'un projet, n'ont pas pour effet de générer par eux-mêmes des intérêts qui puissent être qualifiés d'investissement.

30. En effet, la question de savoir si des dépenses engagées au stade préinvestissement peuvent constituer un « investissement » au sens de la Convention CIRDI s'est déjà posée dans plusieurs différends. Les tribunaux ont généralement décliné compétence lorsque les dépenses engagées au stade de développement d'un projet n'avaient pas abouti à la conclusion d'un contrat qui aurait accordé au promoteur des droits exclusifs de construire

²⁴ **RL-0007-ENG**, *Dolzer, Kriebaum & Schreuer*, p. 91; **CL-0011-ENG**, *Salini Costruttori S.P.A. c. Maroc* (Affaire CIRDI No. ARB/00/4), Décision sur la compétence, 23 juillet 2001, ¶ 52; **RL-0018-ENG**, *Fedax N.V. c. Venezuela* (Affaire CIRDI No. ARB/96/3), Décision sur les objections à compétence, 11 juillet 1997, ¶ 43; **CL-0013-ENG**, *Joy Mining – Sentence sur la compétence*, ¶ 53.

²⁵ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 422.

²⁶ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 414.

ou d'exploiter le projet envisagé.²⁷ Comme l'explique le professeur Schreuer, le facteur décisif entre les différends où les tribunaux ont accepté d'exercer leur compétence malgré le stade précoce de développement d'un projet et ceux où ils l'ont déclinée est l'existence d'engagements juridiquement contraignants:

[i]nvestment tribunals have decided that mere negotiations, that are ultimately unsuccessful and do not lead to a contract or to any actual investment activity, do not amount to an investment. This applies even if, through the negotiations or other acts preparatory to the investment, the investor has incurred expenses. An investment does, however, exist if an agreement materialises, even if it does not ultimately lead to actual economic activity. The decisive criterion for the existence of such an agreement is that it contains binding commitments and has financial value.²⁸

31. Par exemple, dans l'affaire *Mihaly c. Sri Lanka*, la demanderesse négociait avec les autorités sri lankaises un contrat qui lui aurait accordé les droits exclusifs de construire et d'exploiter une nouvelle centrale électrique. Les négociations se déroulaient sur une base exclusive et la demanderesse alléguait avoir dépensé des sommes importantes durant les négociations. Toutefois, ces négociations n'aboutirent pas à un accord final. Le tribunal constata que des sommes considérables peuvent parfois être dépensées durant le stade de développement d'un projet. Néanmoins, le tribunal conclut qu'en absence d'un accord final

²⁷ **RL-0006-ENG**, *Schreuer's Commentary*, ¶ 382 : ("The Convention states that the dispute must arise out of an investment. Tribunals have interpreted this to mean that an existing investment is a requirement for the Centre's jurisdiction *rationae materiae*.") et ¶ 387 ("Subsequent tribunals have rather consistently endorsed the finding of principle in *Mihaly and Zhinvali* that pre-investment activities in and of themselves are not covered by the notion of investment in Art. 25(1) of the Convention."); **RL-0019-ENG**, *Schreuer-The Unity of an Investment*, (Published Online by Cambridge University Press, 2021), p. 12; **RL-0011-ENG**, *Mihaly – Sentence*, ¶¶ 46 et 55-61; **RL-0012-ENG**, *Zhinvali – Sentence*, ¶¶ 410, et 417; **RL-0014-ENG**, *Montrose – Sentence*, ¶¶ 301-303; **RL-0013-ENG**, *FW-Oil – Sentence*, ¶¶ 213-214.

²⁸ **RL-0019-ENG**, *Schreuer-The Unity of an Investment*, p. 12; **RL-0006-ENG**, *Schreuer's Commentary*, ¶ 387; **RL-0020-ENG**, *PSEG Global Inc et al. c. Turquie* (Affaire CIRDI No. ARB/02/5), Décision sur la compétence, 4 juin 2004 ("*PSEG – Décision sur la compétence*"), ¶¶ 81-82 et 103-105; **RL-0021-ENG**, *Malicorp Limited c. Égypte* (Affaire CIRDI No. ARB/08/18), Sentence, 7 février 2011 ("*Malicorp – Sentence*"), ¶¶ 111, 113-114; **RL-0011-ENG**, *Mihaly – Sentence*, ¶¶ 46 et 55-61; **RL-0012-ENG**, *Zhinvali – Sentence*, ¶¶ 410 et 417; **RL-0014-ENG**, *Montrose – Sentence*, ¶¶ 301-303; **RL-0013-ENG**, *FW-Oil – Sentence*, ¶¶ 125 et 213-214.

entre les parties, il ne pouvait y avoir d'investissement aux termes de l'article 25 la Convention CIRDI et il déclina compétence :

The Claimant has not succeeded in furnishing any evidence of treaty interpretation or practice of States, let alone that of developing countries or Sri Lanka for that matter, to the effect that pre-investment and development expenditures in the circumstances of the present case could automatically be admitted as “investment” in the absence of the consent of the host State to the implementation of the project. [...]

The Tribunal is consequently unable to accept as a valid denomination of “investment”, the unilateral or internal characterization of certain expenditures by the Claimant in preparation for a project of investment.²⁹

32. Dans l'affaire *Zhinvali c. Géorgie*, un autre tribunal CIRDI a décliné compétence pour le motif que les dépenses associées au développement d'un projet ne constituaient pas un « investissement » aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI.³⁰ Le différend dont était saisi le tribunal surgit dans le contexte de négociations prolongées entre la demanderesse et les autorités géorgiennes relativement à un projet de réfection d'une centrale hydro-électrique. La demanderesse alléguait avoir dépensé 4,3 millions \$US en coûts de développement du projet, y compris en frais de préparation de différents contrats, ébauches et études. Étant donné que ces négociations n'avaient jamais abouti à un accord final entre les parties, le tribunal détermina que ces dépenses ne constituaient pas un « investissement » aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI.

33. Plus récemment, dans une autre affaire impliquant le Sri Lanka, un tribunal CIRDI déclina compétence relativement à un différend portant sur un projet hôtelier au motif d'absence de compétence *ratione materiae* car les contributions de la demanderesse n'avaient été effectuées qu'au stade préinvestissement. Selon le tribunal, le projet de la demanderesse était demeuré au stade d'un objectif, notamment parce que la demanderesse n'avait jamais obtenu de permis de construction, et les efforts de la demanderesse n'avaient

²⁹ RL-0011-ENG, *Mihaly – Sentence*, ¶¶ 60-61.

³⁰ RL-0012-ENG, *Zhinvali – Sentence*, ¶¶ 410-417.

pas eu pour effet de convertir le projet en un intérêt qui puisse être qualifié d'investissement.³¹

34. Il est vrai que dans d'autres affaires des tribunaux CIRDI ont déterminé que des dépenses de nature préparatoire pouvaient constituer des investissements aux termes de la Convention CIRDI. Néanmoins, il importe de souligner que dans ces affaires les dépenses en question étaient rattachées à d'autres intérêts pouvant être qualifiés d'investissement à part entière. Ainsi, dans l'affaire *PSEG c. Turquie*, le tribunal détermina que les dépenses liées aux négociations d'un contrat, et les dépenses de type préparatoire, étaient protégées car la demanderesse avait conclu un contrat de concession en bonne et due forme qui pouvait être qualifié d'investissement.³² Dans l'affaire *Malicorp c. Égypte* le tribunal arriva aussi à la conclusion qu'un projet de construction d'un aéroport qui prit fin à un stade précoce pouvait être protégé en tant qu'investissement, car la demanderesse détenait un contrat valide de concession pour construire l'aéroport en question.³³

35. Or, en l'espèce, les dépenses que la demanderesse allègue avoir effectuées n'ont pas généré d'actifs présentant les caractéristiques d'un investissement autonome et elles ne peuvent pas non plus être rattachées à aucun autre intérêt qui puisse être qualifié d'investissement.

2. La demanderesse ne détient aucun droit acquis à la réalisation des projets Énergie Saguenay et Gazoduq

36. L'affaire dont est saisi le Tribunal se distingue des affaires *PSEG c. Turquie* et *Malicorp c. Égypte* en ce que contrairement à ces affaires, la demanderesse ne possède aucun droit acquis à la réalisation de ses projets. Elle ne détient aucun contrat de concession

³¹ **RL-0014-ENG**, *Montrose – Sentence*, ¶¶ 301-302 (“The Tribunal can find only that the Hotel Project remained at best aspirational at the time of the compulsory State acquisition in 2010. Consequently, Mr Eyre’s contributions rose only to the pre-investment level and he did not face the operational risk necessary for the Hotel Project to qualify as a protected investment”).

³² **RL-0020-ENG**, *PSEG – Décision sur la compétence*, ¶¶ 103-105.

³³ **RL-0021-ENG**, *Malicorp – Sentence*, ¶¶ 111, et 113-114.

et aucune obligation légale n’oblige les gouvernements à lui permettre d’effectuer son investissement.

3. Les intérêts contractuels que la demanderesse allègue détenir ne constituent pas un investissement

37. La demanderesse allègue aussi détenir un investissement en la forme [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Or, la pratique arbitrale refuse de reconnaître à ces [REDACTED] le statut d’investissement. Ainsi dans les affaires *PSEG c. Turquie* et *Bosca c. Lituanie*, les tribunaux ont refusé de qualifier d’investissement [REDACTED] d’actions qui n’ont jamais été exercées.³⁶

38. Par ailleurs, il y a lieu de souligner que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]³⁷ Il est donc clair que [REDACTED] n’est pas indépendant du projet

³⁴ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 414 (« In particular, GNLQ paid significant amounts of money for [REDACTED] »).

³⁵ [REDACTED]
[REDACTED]

³⁶ **RL-0020-ENG**, *PSEG – Décision sur la compétence*, ¶¶ 175, 189 (“The Tribunal considers that the Respondent’s argument that the definition of investment does not include an option is persuasive as a general approach. Broad as many definitions of investment are in treaties of this kind, there is a limit to what they can reasonably encompass as an investment. Options such as this particular one can not, in the view of the Tribunal, be interpreted as an “investment”); **RL-0022-ENG**, *Luigiterzo Bosca c. la Lituanie* (CNUDCI, Affaire CPA No. 2011-04), Sentence, 17 mai 2013 (“*Bosca – Sentence*”), ¶ 169.

³⁷ [REDACTED]
[REDACTED]

reconnu que de telles transactions ne peuvent constituer un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI.⁴²

40. La demanderesse ne détenant aucun bail visant le lieu où elle projetait de construire le projet Énergie Saguenay, aucun contrat d'approvisionnement en gaz et aucun contrat de vente de gaz (du moins pas lors des faits allégués générateurs de responsabilité), elle ne peut prétendre détenir des intérêts contractuels pouvant se qualifier d'investissements aux termes de la Convention CIRDI.

4. Le permis d'exportation de gaz naturel délivré par l'Office national de l'énergie ne constitue pas un investissement

41. La demanderesse allègue avoir dépensé certaines sommes afin d'obtenir un permis d'exportation de gaz naturel.⁴³ Au Canada, les exportations de gaz naturel sont assujetties à un régime d'autorisation destiné à assurer un approvisionnement en gaz suffisant pour les besoins nationaux. Le 26 mai 2016, l'Office national de l'énergie (depuis remplacé par la Régie canadienne de l'énergie) a délivré à la demanderesse un permis l'autorisant à exporter une certaine quantité de gaz naturel.⁴⁴

42. Or, cette autorisation contient une importante limite en ce qu'elle prévoit que le gaz naturel doit être exporté à partir du bras de chargement du complexe de liquéfaction de gaz naturel de la demanderesse qui sera construit sur le territoire du port de Saguenay.⁴⁵ Ce permis n'autorise pas l'exportation de gaz naturel à partir d'autres endroits au Canada. Il est donc intimement lié au projet Énergie Saguenay de telle sorte qu'il ne peut constituer un actif ayant une quelconque valeur économique indépendante du projet Énergie Saguenay. Il ne peut donc être qualifié d'investissement autonome.

⁴² **RL-0006-ENG**, *Schreuer's Commentary*, ¶ 234; **RL-0008-ENG**, *McLachlan et Shore*, ¶¶ 6.16-6.17 et 6.24.

⁴³ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 414.

⁴⁴ **C-0110-FRA**, National Energy Board, Licence GL-317, 26 May 2016.

⁴⁵ **C-0110-FRA**, National Energy Board, Licence GL-317, 26 May 2016, Article 5.

5. L'incorporation de filiales au Canada ne constitue pas un investissement

43. Le fait que la demanderesse ait choisi de mener ses efforts pour faire autoriser ses projets d'investissement à partir de filiales canadiennes plutôt que directement à partir de son domicile aux États-Unis ne change rien à l'analyse. Les intérêts que peut détenir la demanderesse découlant des ententes qu'elle a conclues, de la licence d'exportation qu'elle a obtenue, et des activités qu'elle a menées ne peuvent être qualifiés d'investissements du seul fait que les ententes ont été conclues par une filiale, que le permis a été délivré à une filiale ou que les activités ont été menées par l'entremise d'une filiale. L'important est le contenu et non le contenant. L'incorporation de filiales n'a pas pour effet de transformer un différend portant sur l'admission d'un investissement en un différend portant sur l'expansion d'un investissement existant. Conclure autrement reviendrait à faire triompher la forme sur la substance.

44. D'ailleurs, dans les affaires *Montrose c. Sri Lanka*⁴⁶ et *Doutremepuich c. République de Maurice*,⁴⁷ l'existence de filiales incorporées localement n'a pas empêché les tribunaux de décliner compétence au motif de l'absence d'un investissement. Dans l'affaire *Montrose*, l'investisseur étranger alléguait avoir structuré ses investissements dans un projet hôtelier au Sri Lanka par l'entremise d'une filiale incorporée localement qu'elle possédait directement ou indirectement.⁴⁸ Comme nous l'avons vu, le tribunal déclina compétence au motif que le projet hôtelier ne s'était pas concrétisé malgré l'incorporation de la filiale. Dans l'affaire *Doutremepuich*, les demandeurs alléguaient avoir effectué un investissement en la forme de trois filiales incorporées localement auxquelles ils avaient transféré des sommes d'argent.⁴⁹ Malgré la présence de ces filiales, le tribunal déclina

⁴⁶ **RL-0014-ENG**, *Montrose – Sentence*, ¶¶ 296 et 301-306. Voir également **RL-0023-ENG**, *Eyre and Montrose c. Sri Lanka* (Affaire CIRDI No. ARB/16/25), Extraits de la décision sur l'annulation, 2 décembre 2020, ¶ 152.

⁴⁷ **RL-0015-ENG**, *Doutremepuich – Sentence sur la compétence*, ¶¶ 122-124 et 148.

⁴⁸ **RL-0014-ENG**, *Montrose – Sentence*, ¶¶ 296 et 301-306.

⁴⁹ **RL-0015-ENG**, *Doutremepuich – Sentence sur la compétence*, ¶ 122.

compétence au motif que les demandeurs n'avaient pas fait la preuve d'un engagement de capitaux ni de la prise en charge d'un risque distinct du risque associé au projet d'établir un laboratoire qui ne s'est jamais matérialisé.⁵⁰

45. Le différend soumis au Tribunal se distingue d'autres affaires où les tribunaux ont conclu que des différends portant sur l'acquisition non réalisée d'investissements étaient néanmoins relatifs à un investissement au motif que les acquisitions constituaient en fait une expansion d'investissements préexistants. Dans l'affaire *Lemire c. Ukraine*, un investisseur étranger avait acquis l'ensemble du capital-actions d'une station de radio existante en Ukraine. Un différend surgit quant à l'acquisition de fréquences radio additionnelles et l'investisseur en saisit un tribunal CIRDI. L'Ukraine s'objecta à la compétence du tribunal au motif que le différend n'était pas en relation directe avec un investissement étant donné que l'acquisition des fréquences radio additionnelles ne s'était pas matérialisée. Le tribunal rejeta cet argument. La station de radio étant existante au moment du différend, les activités liées à l'acquisition de fréquences radio additionnelles ne pouvaient donc pas être qualifiées d'activités préinvestissement. Selon le tribunal, il convient de distinguer le scénario où un investisseur tente d'accéder à un marché pour la première fois des situations où une entreprise en activité tente, dans le cours normal des affaires de l'entreprise, d'étendre son investissement :

For this purpose, Claimant's case must be distinguished from the scenario where an applicant intends to enter a market for the first time. In such scenario, the application for frequencies and licences indeed is a step towards facilitating a planned investment, because no investment exists at the time of the allocation process.

In the present case, Claimant had already invested in Gala Radio; and Gala was a going concern at the time of the tenders. The applications for additional frequencies and licences formed an integral part of Gala's business operations. They were intended to defend and expand Gala's market share against growing competition and thus enhance the sustainability and profitability of Claimant's investment. Disputes

⁵⁰ RL-0015-ENG, *Doutremepuich – Sentence sur la compétence*, ¶¶ 146-147.

affecting these objectives thus are directly related to Claimant's investment as controlling shareholder of Gala.⁵¹

46. En l'espèce, contrairement à la station de radio dans l'affaire Lemire, les filiales de la demanderesse au Canada ne peuvent être qualifiées d'entreprises en activité. Tel que l'explique la demanderesse, GNL Québec Inc. et Gazoduq Inc. sont des entités qui ont été établies dans le but précis de réaliser les projets Énergie Saguenay et Gazoduq.⁵² Il n'y a par ailleurs aucune preuve que les filiales de la demanderesse aient quelconque activité commerciale au Canada. Nous nous retrouvons donc dans le premier scénario envisagé par le tribunal dans l'affaire Lemire, soit celui où un investisseur cherche à réaliser un investissement au Canada pour la première fois.

47. Conclure que l'incorporation d'une filiale pour les fins d'obtenir les autorisations nécessaires pour réaliser un investissement est suffisant pour établir la compétence *ratione materiae* du Tribunal mènerait par ailleurs au résultat absurde qu'un refus d'octroyer les autorisations demandées constituerait une expropriation à tous coups, et ce peu importe le bien-fondé du refus. Une telle interprétation des limites juridictionnelles du Tribunal ne peut être tolérée et doit être rejetée.

48. La demanderesse ne s'étant pas déchargée de son fardeau d'établir l'existence d'un investissement, le différend qu'elle a soumis ne peut donc pas être en relation directe avec un investissement et le Tribunal se doit de décliner compétence.

IV. LE TRIBUNAL N'A PAS COMPÉTENCE POUR ENTENDRE LA DEMANDE RELATIVE À LA TENUE DE DEUX ÉVALUATIONS ENVIRONNEMENTALES SUR LE PROJET ÉNERGIE SAGUENAY

49. Bien que la demanderesse ait précisément circonscrit, dans son avis d'intention et sa requête d'arbitrage, l'étendue des mesures constituant le fondement des manquements

⁵¹ **RL-0024-ENG**, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine II* (Affaire CIRDI No. ARB/06/18), Décision sur la compétence et la responsabilité, 14 janvier 2010, ¶¶ 94-95. Voir aussi **RL-0022-ENG**, *Bosca – Sentence*, ¶¶ 166-173 et **RL-0025-ENG**, *Nordzucker AG c. République de Pologne* (CNUDCI), Sentence partielle, 10 décembre 2008, ¶¶ 143-159, 201.

⁵² *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 406.

allégués comme étant (1) le décret du gouvernement du Québec du 21 juillet 2021, (2) la déclaration de décision d'évaluation environnementale du ministre de l'Environnement du Canada du 7 février 2022 concernant le rejet du projet Énergie Saguenay, ainsi que (3) la décision du gouvernement du Québec du 21 juillet 2021 de suspendre le projet de gazoduc,⁵³ elle soumet dans son mémoire du 21 novembre 2023 que d'autres mesures remontant jusqu'à 2016 constituent également des manquements à l'ALÉNA.

50. En particulier, la demanderesse allègue que les gouvernements du Canada et du Québec ont accordé au projet Énergie Saguenay un traitement moins favorable que celui accordé à d'autres projets similaires, en choisissant de tenir des évaluations environnementales séparées du projet, au lieu d'une seule évaluation environnementale commune, en violation des articles 1102 et 1103 de l'ALÉNA.⁵⁴ En outre, la demanderesse considère que le choix des gouvernements du Canada et du Québec de soumettre le projet Énergie Saguenay à deux évaluations environnementales plutôt qu'une seule équivaut à un manquement flagrant à l'équité procédurale et un ciblage injuste de l'investisseur, en violation de l'article 1105 de l'ALÉNA.⁵⁵

51. Le Tribunal n'a pas compétence pour entendre ces demandes. Elles sont prescrites en vertu de l'article 1117(2) de l'ALÉNA puisque la demanderesse avait connaissance du manquement qu'elle allègue et de la perte ou du dommage qu'elle allègue avoir subi plus de trois ans avant le dépôt de la requête d'arbitrage du 17 février 2023 ayant débuté le présent arbitrage, c'est-à-dire avant le 17 février 2020. Nous fournissons en [annexe](#) une ligne du temps pour identifier les dates clés dans la présente affaire.

A. L'annexe 14-C de l'ACEUM et l'article 1117(2) de l'ALÉNA empêchent un investisseur de soumettre une plainte à l'arbitrage si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur

⁵³ C-001, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement, 19 October 2022 (“*Avis d'intention*”), ¶ 142; *Demande d'arbitrage*, ¶ 162.

⁵⁴ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶¶ 587-594.

⁵⁵ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶¶ 607-608, 652-657.

a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi

52. L'annexe 14-C de l'ACEUM établit les conditions selon lesquelles le Canada consent à ce qu'une plainte concernant un investissement antérieur puisse être soumise à l'arbitrage conformément à la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA.

53. Le premier paragraphe de l'annexe 14-C prévoit ce qui suit :

1. Chacune des Parties consent, relativement à un investissement antérieur, à ce qu'une plainte soit soumise à l'arbitrage conformément à la section B du chapitre 11 (Investissement) de l'ALÉNA de 1994 et de la présente annexe, dans les cas où il est allégué qu'il y a eu manquement à une obligation prévue : [...] ⁵⁶

54. L'annexe 14-C renvoie donc aux règles du chapitre 11 de l'ALÉNA pour ce qui est de la soumission d'une plainte à l'arbitrage. De même, le paragraphe 2 de l'annexe 14-C réfère également aux règles du chapitre 11 de l'ALÉNA pour énoncer les conditions selon lesquelles l'exigence du « consentement écrit » au sens de la Convention CIRDI est satisfaite :

2. Le consentement prévu au paragraphe 1 et le dépôt d'une plainte à l'arbitrage conformément à la section B du chapitre 11 (Investissement) de l'ALÉNA de 1994 et à la présente annexe satisfont aux exigences :

a) d'un consentement écrit des parties au différend, aux termes du chapitre II de la Convention du CIRDI (Compétence du Centre) et du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI; [...] ⁵⁷

55. Le paragraphe 2 de l'article 1117 de l'ALÉNA prévoit ce qui suit, relativement à une plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise :

⁵⁶ **RL-0026-FRA**, *Accord Canada-États-Unis-Mexique* [ACEUM], Chapitre 14, annexe 14-C, ¶ 1 (nos soulignements).

⁵⁷ **RL-0026-FRA**, ACEUM, annexe 14-C, ¶ 2 (nos soulignements).

2. Un investisseur ne pourra déposer une plainte au nom d'une entreprise décrite au paragraphe 1 si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'entreprise a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi.⁵⁸

56. Ainsi, le respect des conditions établies à la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA, incluant le dépôt de la plainte dans un délai de trois ans suivant la date à laquelle l'entreprise de l'investisseur prend connaissance du manquement et du dommage allégués, est une condition essentielle pour que le Canada consente à l'arbitrage. Si l'investisseur ne soumet pas sa plainte à l'intérieur de ce délai, l'article 1117(2) fait obstacle à ce qu'elle soit entendue par un tribunal d'arbitrage.

B. La demanderesse avait connaissance de la décision des gouvernements du Canada et du Québec d'assujettir le projet Énergie Saguenay à deux évaluations environnementales et des pertes ou dommages allégués bien avant le 17 février 2020

57. La demanderesse reproche aux gouvernements du Québec et du Canada d'avoir choisi de tenir deux évaluations environnementales du projet Énergie Saguenay, l'une fédérale et l'autre, provinciale, au lieu d'une seule évaluation commune.⁵⁹ Cette décision quant à la tenue d'évaluations séparées a été prise bien avant le 17 février 2020. En ce qui a trait au Québec, le ministère de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques (MELCC) a délivré sa directive sur l'évaluation environnementale le 10 décembre 2015.⁶⁰ La directive indique au promoteur du projet la nature, la portée et l'étendue de l'étude d'impact sur l'environnement qu'il doit réaliser.⁶¹ En ce qui concerne le gouvernement fédéral, l'Agence d'évaluation d'impact du Canada a déterminé qu'une

⁵⁸ **CD-0096-FRA**, Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 no 2 (entrée en vigueur : 1er janvier 1994) (Chapitre 11) (« ALÉNA »), article 1117(2).

⁵⁹ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶¶ 587-594, 607-608, 652-657; **CER-1**, *Expert Report-Christine Duchaine-Memorial on Jurisdiction and the Merits-FRA*, pp. 64 et 75; **CER-2**, *Expert Report-Rodney Northey-Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶¶ 74-76.

⁶⁰ **C-0269-FRA**, Rapport d'analyse environnementale du MELCC pour le projet Énergie Saguenay, p. 85.

⁶¹ **CD-0098-FRA**, Directive pour le projet Énergie Saguenay de construction d'un complexe de liquéfaction de gaz naturel sur le territoire de la ville de Saguenay par GNL Québec inc., Avant-propos.

évaluation environnementale était requise et a débuté l'évaluation environnementale le 15 janvier 2016.⁶² Ainsi, le promoteur du projet Énergie Saguenay, GNL Québec, avait connaissance, dès le 15 janvier 2016, que deux évaluations environnementales étaient requises pour son projet, l'une par le gouvernement fédéral et l'autre, par le gouvernement du Québec.

58. Dans son mémoire, la demanderesse affirme que la décision des gouvernements du Canada et du Québec d'assujettir le projet Énergie Saguenay à deux évaluations environnementales plutôt qu'une seule a engendré une complexité et des coûts additionnels.⁶³ Me Duchaine, dans son rapport d'expert produit pour la demanderesse, note qu'« [i]l 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. »⁶⁴

59. Étant donné qu'il est « évident », selon les termes exacts de l'experte de la demanderesse, que de procéder à deux évaluations environnementales plutôt qu'une seule engendrerait des coûts et des risques supplémentaires, GNL Québec avait, ou devait avoir connaissance, des dommages et pertes qu'elle allègue avoir subi en raison de cette décision dès le moment où elle a été prise, c'est-à-dire dès le 15 janvier 2016.

60. Par ailleurs, nous notons que quoique la demanderesse soumette des allégations de manquements aux articles 1102, 1103 et 1105 de l'ALÉNA en lien avec la décision d'assujettir le projet Énergie Saguenay à deux évaluations environnementales, elle ne réclame pas de dommages-intérêts spécifiquement en lien avec cette mesure. De ce fait, la

⁶² **VB-0018-FRA**, Rapport d'évaluation environnementale de l'Agence d'évaluation d'impact du Canada du projet Énergie Saguenay, p. 4; **R-0009-FRA**, Avis de décision d'une évaluation environnementale de l'Agence d'évaluation d'impact du Canada pour le projet Énergie Saguenay, 15 janvier 2016.

⁶³ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶¶ 590 et 654.

⁶⁴ **CER-1**, *Expert Report -Christine Duchaine-Memorial on Jurisdiction and the Merits-FRA*, p. 75.

demanderesse semble reconnaître elle-même qu'il lui est impossible de réclamer des dommages et intérêts pour un manquement allégué dont elle aurait eu connaissance avant le 17 février 2020.

61. Secretariat, l'expert de la demanderesse, note dans son rapport sur la quantification des dommages que les actions ayant causé des dommages à la demanderesse ont commencé en février et mars 2020:

Claimant alleges that Respondent breached its obligations under NAFTA due to various actions (and inactions) that commenced in February/March 2020 and culminated with the refusal by the Québec Government in July 2021 to authorize the GNLQ Project, and the subsequent decision of the Federal Government of Canada not to authorize the Project, which confirmed the prior decision of the Québec Government.⁶⁵

62. Secretariat ajoute que les actions et inactions spécifiques alléguées comme étant des manquements à l'ALÉNA sont :

The Québec Government's allegedly intentional leak to the press in March 2020 that [REDACTED] had decided not to invest in the Project for reasons unrelated to the Project, which caused economic prejudice to Symbio and compromised its ability to raise capital in the fourth round and undermined its commercial efforts with third parties;

The Québec Government Cabinet Decision of 21 July 2021 which refused to authorize the GNLQ Project and the decision-making process that led to that decision;

The Québec Government's allegedly pre-ordained decision, as reflected in a statement dated 21 July 2021, that Québec's termination of the GNLQ Project was also intended to terminate the Gazoduq Project, and the allegedly manifestly unfair and arbitrary decision-making process that led to that decision; and

⁶⁵ CER-3, *Expert Report-Secretariat-Valuation-Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 5.2 (nos soulignements).

The Decision Statement of 7 February 2022 which embodied the Canadian Environment Minister and the Canadian Governor in Council's refusal to authorize the GNLQ Project, as well as the decision-making processes that led to these decisions.⁶⁶

63. Ainsi, le manquement allégué lié à la décision d'assujettir le projet Énergie Saguenay à deux processus d'évaluation environnementale est complètement absent du rapport de quantification des dommages de la demanderesse. Cela indique soit que la demanderesse reconnaît qu'il lui est impossible de réclamer des dommages-intérêts en lien avec une plainte qui est prescrite au titre de l'article 1117(2) de l'ALÉNA, ou encore qu'elle reconnaît n'avoir subi aucune perte ou aucun dommage en raison ou par la suite de ce manquement allégué.

64. En conclusion, la demanderesse a eu connaissance du manquement allégué – la décision d'assujettir le projet Énergie Saguenay à deux évaluations environnementales – et de la « perte ou dommage » qu'elle allègue le 15 janvier 2016, soit plus de sept ans avant le dépôt de sa requête d'arbitrage. Ce faisant, cette plainte ne respecte pas le critère temporel de l'article 1117(2) de l'ALÉNA et par conséquent fait obstacle au consentement du Canada pour qu'elle soit soumise à l'arbitrage. En l'absence d'un tel consentement, le Canada soutient respectueusement que le présent différend n'est pas de la compétence ni du CIRDI ni du Tribunal.⁶⁷

V. LE TRIBUNAL N'A PAS COMPÉTENCE POUR ENTENDRE LA DEMANDE RELATIVE À LA SOI-DISANT DIVULGATION À LA PRESSE DU RETRAIT D'UN INVESTISSEUR DU PROJET DE LA DEMANDERESSE

65. Dans son mémoire, la demanderesse allègue que le gouvernement du Québec aurait, en mars 2020, fuité aux médias le retrait de la société d'investissement [REDACTED]

⁶⁶ CER-3, *Expert Report-Secretariat-Valuation-Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 5.4.

⁶⁷ Convention CIRDI, article 25. « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. » (nos soulignements).

██████ du projet mené par la demanderesse.⁶⁸ Selon elle, cette fuite aurait causé un dommage sérieux à son projet.⁶⁹ Or, cette allégation, qui par ailleurs ne repose sur aucune preuve et ne se fonde que sur de simples conjectures, ne fait pas partie des manquements identifiés ni dans l’avis d’intention⁷⁰ ni dans la requête d’arbitrage de la demanderesse.⁷¹ En outre, il s’agit d’une allégation complètement distincte, n’ayant aucun lien avec les trois mesures identifiées dans l’avis d’intention et la requête d’arbitrage, c’est-à-dire les décisions de refus des gouvernements du Canada et du Québec du 21 juillet 2021 et du 7 février 2022. Le Canada ne pouvait pas s’attendre, à la lecture de l’avis d’intention et de la requête d’arbitrage, que la demanderesse allait présenter cette nouvelle allégation lors du dépôt de mon mémoire sur le fond. Cette allégation ne ressort donc pas de la compétence du Tribunal.

66. L’article 1119 de l’ALÉNA exige qu’un investisseur ayant l’intention de soumettre une plainte à l’arbitrage signifie cette intention par une notification écrite au moins 90 jours

⁶⁸ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶¶ 215-217.

⁶⁹ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 219; **CER-3**, *Expert Report-Secretariat-Valuation-Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶ 5.4.

⁷⁰ L’avis d’intention n’identifie que les trois mesures suivantes : “(i) The Québec Government Cabinet Decision of 21 July 2021 which refused to authorise the GNLQ Project and the decision-making process that led to that decision; (ii) The Québec Government’s pre-ordained decision, as reflected in a statement dated 21 July 2021, that Québec’s termination of the GNLQ Project was also intended to terminate the Gazoduc Project, and the manifestly unfair and arbitrary decision-making process that led to that decision; and (iii) The Decision Statement of 7 February 2022 which embodied the Canadian Environment Minister and the Canadian Governor in Council’s refusal to authorise the GNLQ Project, as well as the decision-making processes that led to these decisions.” Voir **C-001**, *Avis d’intention*, ¶ 142.

⁷¹ La requête d’arbitrage n’identifie précisément que les trois mesures suivantes : « (i) The Québec Government Cabinet Decision of 21 July 2021 which refused to authorise the GNLQ Project and the decision-making process that led to that decision; (ii) The Québec Government’s pre-ordained decision, as reflected in a statement dated 21 July 2021, that Québec’s termination of the GNLQ Project was also intended to terminate the Gazoduc Project, and the manifestly unfair and arbitrary decision-making process that led to that decision; and (iii) The Decision Statement of 7 February 2022 which embodied the Canadian Environment Minister and the Canadian Governor in Council’s refusal to authorise the GNLQ Project, as well as the decision-making processes that led to these decisions.” Voir *Demande d’arbitrage*, ¶ 162.

avant le dépôt de sa plainte. Cette notification doit inclure, entre autres, « les points contestés et les faits sur lesquels repose la plainte ».⁷²

67. L'article 36(2) de la Convention CIRDI énonce les conditions relatives au contenu d'une requête d'arbitrage :

La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à l'arbitrage conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.⁷³

68. L'article 2 du *Règlement d'introduction des instances du CIRDI* précise les éléments que doit contenir la requête d'arbitrage. Il énonce en partie ce qui suit :

(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;⁷⁴

69. En l'espèce, si la demanderesse souhaitait soumettre à l'arbitrage sa plainte concernant une prétendue divulgation par le gouvernement du Québec aux médias du retrait d'un investisseur potentiel dans les projets Énergie Saguenay et Gazoduq, elle avait l'obligation d'inclure ce point contesté et les faits sur lesquels repose cette plainte dans son avis d'intention du 19 octobre 2022 conformément à l'article 1119 de l'ALÉNA. Elle avait également l'obligation d'inclure cette demande et un résumé des faits pertinents la sous-tendant dans sa requête d'arbitrage du 17 février 2023, conformément aux articles 36(2) de la Convention CIRDI et 2(2) du *Règlement d'introduction des instances du CIRDI*. Elle ne l'a pas fait. Par conséquent, cette demande ne fait pas partie du différend sur lequel le

⁷² CD-0096-FRA, ALÉNA, article 1119.

⁷³ Convention CIRDI, article 36(2).

⁷⁴ Règlement d'introduction des instances du CIRDI, ¶ 2(2).

Tribunal doit statuer dans la présente instance. De plus, cette demande ne se rapporte pas directement à l'objet du différend, pas plus qu'elle n'est couverte par le consentement du Canada à l'arbitrage aux termes de l'article 46 de la Convention CIRDI sur l'admissibilité des demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles.

70. Le consentement écrit du Canada aux termes du chapitre II de la Convention CIRDI est notamment conditionnel au dépôt d'une plainte à l'arbitrage conformément à la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA, qui comprend l'article 1119 sur l'avis d'intention. Ainsi, toute nouvelle demande que la demanderesse soumet dans son mémoire sans l'avoir préalablement incluse dans son avis d'intention ou dans sa requête d'arbitrage est hors de la portée du consentement du Canada à l'arbitrage. Ce faisant, le Tribunal n'a pas compétence pour l'entendre dans le cadre de la présente instance.

VI. LA BIFURCATION EST JUSTIFIÉE DANS LA PRÉSENTE INSTANCE

A. Les objections préliminaires du Canada sont sérieuses

71. L'objection préliminaire du Canada au motif que la demanderesse n'a pas effectué un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI est sérieuse. Cette objection touche à l'existence même d'un différend qui peut être soumis à un tribunal CIRDI et à la compétence du Tribunal.⁷⁵ Il est généralement reconnu dans la doctrine et la pratique arbitrale qu'en absence d'un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI, un tribunal constitué en vertu de la Convention doit décliner compétence.⁷⁶ De même, la doctrine et les sentences arbitrales offrent un appui considérable à l'argument mis de l'avant par le Canada selon lequel des dépenses effectuées dans le processus de prospection et de développement d'un investissement potentiel non réalisé ne constituent pas un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI.⁷⁷ Tel que reconnu dans plusieurs sentences arbitrales, si de telles

⁷⁵ **RL-0006-ENG**, *Schreuer's Commentary*, ¶¶ 4 et 382.

⁷⁶ **RL-0006-ENG**, *Schreuer's Commentary*, ¶¶ 4 et 382.

⁷⁷ **RL-0006-ENG**, *Schreuer's Commentary*, ¶¶ 382 et 387; **RL-0019-ENG**, *Schreuer-The Unity of an Investment*, p. 12; **RL-0011-ENG**, *Mihaly – Sentence*, ¶¶ 46, 55 et 61; **RL-0012-ENG**, *Zhinvali – Sentence*,

dépenses ne mènent pas à l’acquisition de droits ou à des engagements juridiquement contraignants qui puissent être qualifiés d’investissement de manière autonome, il ne peut y avoir un investissement aux termes de l’article 25 de la Convention CIRDI.⁷⁸

72. L’objection préliminaire quant à la prescription de l’allégation relative à la tenue de deux évaluations environnementales du projet Énergie Saguenay est sérieuse. Cette objection se rapporte à la compétence même du Tribunal pour entendre cette allégation. La limite temporelle de trois ans pour soumettre une plainte à l’arbitrage est un aspect intégral du consentement des Parties de l’ALÉNA⁷⁹ à l’arbitrage et constitue une défense claire et rigide,⁸⁰ reconnue par de nombreux tribunaux d’arbitrage. Un tribunal arbitral sous 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

¶¶ 410 et 417; **RL-0014-ENG**, *Montrose – Sentence*, ¶¶ 301-303; **RL-0013-ENG**, *FW-Oil – Sentence*, ¶¶ 125 et 213-214.

⁷⁸ **RL-0019-ENG**, *Schreuer-The Unity of an Investment*, p. 12; **RL-0006-ENG**, *Schreuer’s Commentary*, ¶ 387; **RL-0020-ENG**, *PSEG – Décision sur la compétence*, ¶¶ 81-82 et 103-105; **RL-0021-ENG**, *Malicorp – Sentence*, ¶¶ 111, 113-114; **RL-0011-ENG**, *Mihaly – Sentence*, ¶¶ 46 et 55-61; **RL-0012-ENG**, *Zhinvali – Sentence*, ¶¶ 410 et 417; **RL-0014-ENG**, *Montrose – Sentence*, ¶¶ 301-303; **RL-0013-ENG**, *FW-Oil – Sentence*, ¶¶ 125 et 213-214.

⁷⁹ Voir par exemple: **RL-0027-ENG**, *Methanex Corporation c. les États-Unis* (CNUDCI) Sentence partielle, 7 août 2002, ¶ 120 (holding that in order to establish consent to arbitration under NAFTA Chapter Eleven, a Claimant must show, among other things, that the “claim has been brought by a claimant investor in accordance with Articles 1116 or 1117”); **CL-0024-ENG**, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada* (CNUDCI) Sentence sur la compétence et la responsabilité, 17 mars 2015 (“*Bilcon – Sentence sur la compétence et la responsabilité*”), ¶ 229.

⁸⁰ **RL-0028-ENG**, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB(AF)/99/1), Sentence, 16 décembre 2002, ¶ 63. Plusieurs tribunaux d’arbitrage ALÉNA ont appliqué cette disposition quant à la limite temporelle de manière stricte. Comme l’a établi le Tribunal dans l’affaire *Resolute*, “this time limit is strict, not flexible. There is no provision for the Tribunal to extend the limitation period”. **RL-0029-ENG**, *Resolute Forest Products Inc. c. Canada* (CNUDCI, Affaire CPA No. 2016-13), Décision sur la compétence et recevabilité, 30 janvier 2018, ¶ 153. Voir aussi **RL-0030-ENG**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al c. États-Unis* (CNUDCI), Décision sur l’exception d’incompétence, 20 juillet 2006, ¶¶ 29, 83, et 103; **RL-0031-ENG**, *Apotex Inc. c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. UNCT/10/2), Sentence sur la compétence et la recevabilité, 14 juin 2013, ¶¶ 314-335; **CL-0024-ENG**, *Bilcon – Sentence sur la compétence et la responsabilité*, ¶¶ 258-282.

environnementales en renvoyant l'examen de leur projet de mine 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 requête d'arbitrage.⁸¹ 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. La demanderesse ne saurait soumettre à l'arbitrage une réclamation prescrite en vertu de l'article 1117(2) de l'ALÉNA.

73. Enfin, l'objection du Canada quant à la prétendue divulgation à la presse par le gouvernement du Québec est sérieuse, puisqu'elle se rapporte au consentement du Canada à l'arbitrage. Le consentement du Canada à l'arbitrage est une question essentielle qui détermine l'étendue de la compétence du Tribunal.⁸² Le consentement, et donc la

⁸¹ **CL-0024-ENG**, *Bilcon – Sentence sur la compétence et la responsabilité*, ¶ 281.

⁸² **RL-0032-ENG**, *Gramercy Funds Management LLC and Gramercy Peru Holdings LLC c. Pérou* (Affaire CIRDI No. UNCT/18/2), Sentence finale, 6 décembre 2022, ¶ 145 «Consent is the cornerstone of jurisdiction »; **RL-0033-ENG**, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. Venezuela* (Affaire CIRDI No. ARB/00/5), Décision sur la compétence, 27 septembre 2001, ¶ 95 (faisant référence à P. Szasz, *A Practical Guide to the Convention on Settlement of Investment Disputes*, I Cornell Int'l Law Journal (1968)); **RL-0034-ENG**, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Égypte* (Affaire CIRDI No. ARB/84/3), Décision sur la compétence, 14 avril 1988, ¶ 62: «Thus, the consent of the parties to the jurisdiction of the Centre is an indispensable prerequisite to the competence of any ICSID tribunal. »; **RL-0035-ENG**, *Wena Hotels Limited c. Égypte* (Affaire CIRDI No. ARB/98/4), Décision sur la compétence, 29 juin 1999, ¶ 31; **RL-0036-ENG**, *Casinos Austria International GMBH c. Argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/14/32), Décision sur la compétence, 29 juin 2018, ¶ 271 « In dispute settlement proceedings under public international law, consent is the cornerstone of, and *conditio sine qua non* for, the jurisdiction of an international court or tribunal. »; **RL-0037-ENG**, *Ambiente Ufficio and others c. Argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/08/9), Décision sur la compétence et la recevabilité, 8 février 2013, ¶ 207; **RL-0038-ENG**, *Abaclat and Others c. Argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/07/5), Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, ¶ 435; **RL-0039-ENG**, *Mera Investment Fund Limited c. Serbie* (Affaire CIRDI No. ARB/17/2), Décision sur la compétence, 30 novembre 2018 (“*Mera – Décision sur la compétence*”), ¶ 168; **RL-0040-ENG**, *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd c. Indonésie* (Affaires CIRDI Nos. ARB/12/40 et ARB/12/14), Décision sur la compétence (Planet Mining Pty Ltd), 24 février 2014, ¶ 146; **RL-0041-ENG**, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. Argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/02/1), Décision du tribunal arbitral sur le déclinatoire de compétence, 30 avril 2004, ¶ 70; **RL-0042-ENG**, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie-Nouvelle-Guinée* (Affaire CIRDI No. ARB/13/33), Sentence, 5 mai

compétence du Tribunal, touche à l'existence même du Tribunal; celui-ci ne peut exister pour entendre le fond du différend que si le Canada et la demanderesse ont consenti à lui soumettre ce différend.⁸³ Les États sont libres d'assujettir leur consentement aux conditions qu'ils déterminent,⁸⁴ laissant aux investisseurs la faculté d'accepter, ou non, le consentement ainsi accordé selon les modalités établies par les Parties au traité de protection des investissements.⁸⁵ En l'occurrence, le Canada a expressément assujéti son consentement à l'arbitrage à certaines conditions, dont celle de recevoir un avis d'intention qui précise les points contestés et les faits sur lesquels repose la plainte. La soi-disant fuite de renseignements par le gouvernement du Québec en mars 2020 est un fait allégué « sur lequel repose la plainte » que la demanderesse a négligé d'inclure dans son avis d'intention

2015, ¶ 244. Voir également **RL-0043-ENG**, R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (3rd edition, Oxford University Press, Oxford, 2022) [Extrait], Chapter XII Settling Investment Disputes, p. 360: « Consent to arbitration by the host State and by the investor is an indispensable requirement for a tribunal's jurisdiction. Treaties play an important role but cannot, by themselves, establish jurisdiction. Both parties, the host State and the investor, must have expressed their consent. »

⁸³ **RL-0044-ENG**, *Eureko B.V. c. Slovaquie* (CNUDCI, Affaire CPA No. 2008-13), Décision sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension, 26 octobre 2010, ¶ 220 : « It is important to bear in mind, as a paramount factor relating to jurisdiction, that the Tribunal is established by, and derives its powers (if any) from, the consent of the Parties. »

⁸⁴ **RL-0045-ENG**, *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan* (Affaire CIRDI No. ARB/10/1), Sentence, 2 juillet 2013, ¶ 6.2.3 «There is no dispute between the parties that states which wish to agree to ICSID arbitration are free to impose conditions that inform their consent to arbitrate. »; **RL-0046-ENG**, *Nasib Hasanov c. Géorgie* (Affaire CIRDI No. ARB/20/44), Décision relative à l'objection du défendeur à une négociation interétatique, 19 avril 2022, ¶ 94; **RL-0039-ENG**, *Mera – Décision sur la compétence*, ¶ 168; **RL-0047-ENG**, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovaquie* (Affaire CIRDI No. ARB/97/4), Décision sur l'exception d'incompétence, 24 mai 1999, ¶ 33; **RL-0048-ENG**, *Tokios Tokelés c. Ukraine* (Affaire CIRDI No. ARB/02/18), Décision sur l'exception d'incompétence, 29 avril 2004, ¶ 39 : «We emphasize here that Contracting Parties are free to define their consent to jurisdiction in terms that are broad or narrow; they may employ a control-test or reserve the right to deny treaty protection to claimants who otherwise would have recourse under the BIT. Once that consent is defined, however, tribunals should give effect to it, unless doing so would allow the Convention to be used for purposes for which it clearly was not intended. »; **RL-0049-ENG**, *Louis Dreyfus Armateurs SAS c. Inde* (CNUDCI, Affaire CPA No. 2014-26), Décision sur la compétence, 22 décembre 2015, ¶ 94; **RL-0050-ENG**, *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and Cauc Holding Company Ltd. c. Mongolie et Monatom Co., Ltd.* (CNUDCI, Affaire CPA No. 2011-09), Décision sur la compétence, 25 juillet 2012 («*Khan – décision sur la compétence*»), ¶ 272; **RL-0051-ENG**, *Spyridon Roussalis c. Roumanie* (Affaire CIRDI No. ARB/06/1), Sentence, 7 décembre 2011, ¶ 865.

⁸⁵ **RL-0050-ENG**, *Khan – Décision sur la compétence*, ¶ 272.

requis en vertu de l'article 1119 de l'ALÉNA. Pour cette raison, le consentement du Canada à l'arbitrage ne s'étend pas à cette demande.

B. Les objections préliminaires et les questions de fond sont complètement distinctes et doivent être traitées séparément

74. L'objection préliminaire au motif que la demanderesse n'a pas effectué un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI n'implique aucunement les questions de fond du litige soulevées par la demanderesse en l'instance. La question de savoir si la demanderesse a effectué ou non un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention implique de déterminer si les intérêts qu'elle allègue détenir au Canada présentent les caractéristiques juridiques et économiques requises pour constituer un investissement. Cette détermination n'exige aucunement l'analyse des questions qui portent sur le fond du litige. Par ailleurs, le mémoire de la demanderesse contient une liste longue et détaillée des dépenses que la demanderesse allègue avoir effectuées sur le territoire canadien et des actifs qu'elle affirme posséder au Canada.⁸⁶ La demanderesse a produit avec son mémoire plusieurs pièces y compris les états financiers de ses filiales,⁸⁷ [REDACTED],⁸⁸ ainsi qu'une série de protocoles d'entente et autres documents juridiquement non contraignants⁸⁹ qu'elle a négociés avec des fournisseurs et acheteurs potentiels de gaz naturel liquéfié. Ainsi, le Tribunal dispose déjà des éléments de preuve nécessaires pour arriver à la conclusion que la demanderesse n'a pas effectué un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention.

⁸⁶ *Memorial on Jurisdiction and the Merits-ENG*, ¶¶ 413-417.

⁸⁷ Voir par exemple, **C-0328-ENG**, Financial Statements of LNG Québec Limited Partnership, 31 December 2020, ou **C-0345-ENG**, Combined Financials for GNLQ D., Gazoduc and GNLQ, which Expenditure by Entity and Year.

⁸⁸ [REDACTED]

⁸⁹ **C-0132-ENG**, Gas Term Sheet (GNLQ and [REDACTED]), March 2020, p. 1; **C-0133-ENG**, [REDACTED] – GNLQ Gas Supply Term Sheet (Executed), 18 December 2019, p. 1; **C-0144-ENG**, GNLQ Quebec - [REDACTED] SPA Term Sheet FINAL (Executed), 28 July 2022, p. 1; **C-0321-ENG**, Memorandum of Understanding between Symbio Infrastructure Limited Partnership and National Joint Stock Company “Naftogaz of Ukraine”, 5 June 2022, p. 1.

75. Les autres objections préliminaires n'impliquent aucunement les questions de fond du litige soulevées par la demanderesse en l'instance. L'objection préliminaire concernant la plainte relative à la tenue de deux évaluations environnementales est complètement distincte des questions de fond et peut être traitée séparément. La seule question à trancher relativement à cette objection est celle de savoir si la date à laquelle l'entreprise de la demanderesse a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi précède le 17 février 2020. Les pièces apparaissant déjà au dossier factuel fournissent une réponse affirmative à cette question,⁹⁰ sans qu'il soit nécessaire de poursuivre l'analyse sur le fond. La pratique des tribunaux arbitraux constitués en vertu de l'ALÉNA milite d'ailleurs en faveur de la bifurcation de cette objection préliminaire fondée sur la prescription de la réclamation de la demanderesse.⁹¹

76. Finalement, l'objection préliminaire relative à la plainte selon laquelle le gouvernement aurait fuité des renseignements à la presse en mars 2020 est complètement distincte des questions de fond et peut être traitée séparément. Il suffit de consulter l'avis d'intention et la requête d'arbitrage de la demanderesse pour constater que ni cette plainte ni les faits sur lesquels elle reposerait ne s'y retrouvent. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les questions de fond pour constater que cette plainte ne fait pas partie du présent différend et ne répond pas aux conditions du consentement du Canada à l'arbitrage au titre de l'annexe 14-C et de la section B de l'ALÉNA. Ce faisant, le Tribunal n'a pas la compétence pour l'entendre.

C. La bifurcation réduirait de manière significative la durée et le coût de l'instance

77. Tel qu'il sera expliqué dans la section qui suit, l'objection préliminaire au motif que la demanderesse n'a pas effectué un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI permettrait de régler le différend dans son intégralité. Les autres

⁹⁰ Voir paragraphes 57 à 59 ci-haut.

⁹¹ **RL-0052-ENG**, *Resolute Forest Products Inc. c. Canada* (CNUDCI, Affaire CPA No. 2016-13), Décision sur la bifurcation, 18 novembre 2016, ¶4.6.

objections préliminaires présentées par le Canada, si elles étaient accueillies, permettraient de régler une partie substantielle du litige.

78. En prenant la décision de trancher ces objections de manière préliminaire, le Tribunal permettrait aux parties d'éviter de consacrer d'importantes ressources humaines et financières à débattre de manquements allégués qui ne ressortent pas à la compétence du Tribunal.

79. Par ailleurs, dans l'éventualité où le Tribunal, après avoir entendu les objections préliminaires lors d'une phase distincte de l'instance, conclurait que l'étude de la plainte doit se poursuivre sur le fond, le fait d'avoir bifurqué l'instance ne rallongerait pas indûment la procédure. Ces questions devant en définitive être traitées par le Tribunal, qu'elles le soient en phase préliminaire ou avec le fond, celles-ci auraient déjà fait l'objet d'une détermination, de sorte que la procédure sur le fond et les ressources mises de l'avant dans le cadre de celle-ci seraient réduites corrélativement.

D. La décision sur les objections préliminaires réglerait l'intégralité du différend

80. L'objection préliminaire au motif que le différend n'est pas en relation directe avec un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI, si elle est acceptée par le Tribunal, permettrait de régler le différend dans son intégralité. L'existence d'un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI est cruciale pour établir la compétence d'un tribunal CIRDI.⁹² Si le Tribunal arrivait à la conclusion qu'il n'a pas compétence pour trancher le présent litige ceci rendrait superflu l'examen de toutes les réclamations de la demanderesse sur le fond.

81. En ce qui concerne les autres objections préliminaires, elles permettraient de régler une partie substantielle du différend si elles étaient favorablement accueillies.

⁹² RL-0006-ENG, *Schreuer's Commentary*, ¶ 382.

VII. CONCLUSION

82. Conformément à l'article 41(2) de la Convention CIRDI et à l'article 44 du Règlement d'arbitrage, le Canada demande respectueusement au Tribunal de traiter des objections préliminaires suivantes dans une phase distincte et préalable de l'instance selon le scénario 1 du calendrier procédural prévu à l'Ordonnance de procédure no. 1:

- i. Le Tribunal n'a pas compétence car le différend n'est pas en relation directe avec un investissement aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI
- ii. Le Tribunal n'a pas compétence pour entendre la demande relative à la tenue de deux évaluations environnementales sur le projet Énergie Saguenay
- iii. Le Tribunal n'a pas compétence pour entendre la demande relative à la soi-disant divulgation à la presse du retrait d'un investisseur du projet de la demanderesse.

5 janvier 2024

Le tout respectueusement soumis



Jean-Francois Hébert
Dean MacDougall
Florence Beaudet
Elena Lapina
Julien Hamel-Guilbert

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

ANNEXE – Ligne du temps

