

PUBLIC VERSION

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

ENTRE:

RUBY RIVER CAPITAL LLC.

Demanderesse

ET:

CANADA

Défenderesse

Affaire CIRDI No. ARB/23/5

REQUÊTE EN SUSPENSION D'INSTANCE

Article 54(2) du Règlement d'arbitrage

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

TABLE DES MATIÈRES

I. LA DEMANDERESSE INVOQUE L'ANNEXE 14-C DE L'ACEUM POUR FONDER LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL2

II. D'AUTRES TRIBUNAUX STATUERONT PROCHAINEMENT SUR LA PORTÉE DE L'ANNEXE 14-C3

III. LE TRIBUNAL DEVRAIT SUSPENDRE L'INSTANCE.....5

IV. ADVENANT LE REFUS DU TRIBUNAL DE SUSPENDRE L'INSTANCE, LE TRIBUNAL DEVRAIT PERMETTRE LE DÉPÔT D'UNE SECONDE DEMANDE DE BIFURCATION7

V. CONCLUSIONS RECHERCHÉES8

1. La défenderesse demande respectueusement au tribunal de suspendre l'instance tant et aussi longtemps que le tribunal dans l'affaire *TC Energy Corporation and TransCanada Pipelines Limited c. États-Unis*¹ (« TC Energy ») ne se sera pas prononcé quant à l'interprétation de l'annexe 14-C de l'Accord Canada États-Unis Mexique (« ACEUM ») et n'aura pas tranché l'objection des États-Unis à la compétence du tribunal au motif que le consentement contenu à cette annexe ne s'étend pas aux différends portant sur des faits générateurs de responsabilité postérieurs à l'entrée en vigueur de l'ACEUM.

2. Dans l'éventualité où le Tribunal refuserait de suspendre l'instance, la défenderesse demande l'autorisation de déposer une demande de bifurcation additionnelle dans les 30 jours du rejet de la première demande de bifurcation du Canada ou du rejet des objections juridictionnelles qui auront fait l'objet d'une phase distincte de l'instance.

3. La défenderesse demande tout aussi respectueusement au Tribunal de suspendre provisoirement l'instance le temps qu'il puisse statuer sur la présente requête afin que la défenderesse ne soit pas tenue de déposer une demande de bifurcation le 5 janvier prochain.

4. Le règlement d'arbitrage du CIRDI (« Règlement d'arbitrage ») accorde au Tribunal un pouvoir discrétionnaire de suspendre l'instance à la demande d'une partie. En l'occurrence, d'autres tribunaux se prononceront au cours des prochains mois sur la portée de l'annexe 14-C sur laquelle se fonde la demanderesse pour établir la compétence du Tribunal. La balance des inconvénients et une saine administration de l'arbitrage militent en faveur d'une suspension de l'instance car les décisions à venir ne manqueront pas d'apporter un éclairage très utile sur la portée de cette annexe et donc sur la compétence du Tribunal pour trancher le différend qui lui a été soumis.

¹ Affaire CIRDI No. ARB/21/63.

I. La demanderesse invoque l'annexe 14-C de l'ACEUM pour fonder la compétence du Tribunal

5. La demanderesse invoque l'annexe 14-C de l'ACEUM pour fonder la compétence du Tribunal pour régler le différend entre les parties.² Ce différend porte sur les refus des gouvernements du Canada et du Québec d'autoriser le projet de la demanderesse qui consistait en la construction et l'exploitation d'un complexe de liquéfaction de gaz naturel (« Énergie Saguenay »). Ces refus auraient également entraîné le rejet de son projet de construction et d'exploitation d'un gazoduc d'environ 780 km, du nord-est de l'Ontario jusqu'au site du projet Énergie Saguenay à Saguenay, au Québec (« Projet Gazoduc »).³

6. Il appert de sa demande d'arbitrage et de son mémoire que la demanderesse conteste principalement la décision prise par le Conseil des ministres du gouvernement du Québec le 21 juillet 2021 de refuser le Projet GNL. Elle conteste aussi la décision alléguée du gouvernement du Québec de mettre fin au Projet Gazoduc. Enfin, elle conteste la Déclaration de décision d'évaluation environnementale du 7 février 2022 qui incarne, selon elle, la décision du ministre de l'Environnement du Canada et du Gouverneur en conseil de ne pas autoriser le Projet GNL.⁴ Accessoirement, la demanderesse se plaint aussi du processus décisionnel ayant mené à la décision de refuser le Projet GNL et notamment de ce qu'elle qualifie comme étant un revirement de situation (« *abrupt turn* ») dans l'évaluation de ce projet survenu au moins de mars 2021.⁵ La demanderesse allègue que ces mesures contreviennent aux obligations prévues aux articles 1102 (Traitement national), 1103 (Traitement de la nation la plus favorisée), 1105

² *Ruby River Capital LLC c. Canada* (Affaire CIRDI No. ARB/23/5), Demande d'arbitrage, 17 février 2023 (« Demande d'arbitrage ») paragraphe 22 (« The Respondent's consent arises through the text of the NAFTA, and the operation of Annex 14-C of the United States-Mexico-Canada Agreement »). Voir aussi Demande d'arbitrage, paragraphe 24 et *Ruby River Capital LLC c. Canada* (Affaire CIRDI No. ARB/23/5), Mémoire de la demanderesse, 21 novembre 2023 (« Mémoire de la demanderesse »), paragraphes 367 et 374-378.

³ Mémoire de la demanderesse, paragraphe 304.

⁴ Demande d'arbitrage, paragraphe 162.

⁵ Mémoire de la demanderesse, paragraphe 244. Cette mesure est qualifiée d'accessoire car la demanderesse n'allègue aucun dommage lié à cette mesure qui soit distinct des dommages liés aux refus d'autoriser les projets Énergie Saguenay et Gazoduc.

(Norme minimale de traitement) et 1110 (Expropriation et indemnisation) de l'ALÉNA et constituent des faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité internationale du Canada.

7. La demanderesse reconnaît que l'entrée en vigueur de l'ACEUM le 1^{er} juillet 2020 a eu pour effet d'éteindre les obligations prévues à l'ALÉNA.⁶ Elle prétend cependant que les dispositions contenues à l'annexe 14-C de l'ACEUM ont pour effet d'étendre jusqu'au 1^{er} juillet 2023 la portée temporelle, non seulement du mécanisme de règlement des différends investisseur-État prévu à la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA, mais également celle des obligations de fond prévues à la section A du même chapitre.⁷ Cette interprétation des dispositions de l'annexe 14-C est cruciale car elle soutient l'argument de la demanderesse à l'effet que le Canada aurait consenti à soumettre le différend à l'arbitrage, lequel est nécessaire pour fonder la compétence du Tribunal.

8. Or, les États-Unis et le Mexique contestent cette interprétation de l'annexe 14-C de l'ACEUM dans d'autres affaires mettant en cause des faits générateurs de responsabilité survenus après l'entrée en vigueur de l'ACEUM et l'extinction de l'ALÉNA.

II. D'autres tribunaux statueront prochainement sur la portée de l'annexe 14-C

9. La compagnie TC Energy est une importante entreprise canadienne dont le siège social est situé à Calgary, en Alberta. Elle se spécialise dans le transport, la production et le stockage d'énergie et emploie plus de 7000 personnes. Elle possède des actifs évalués à plus de 100 milliards de dollars qui lui ont permis de générer l'année dernière des profits de près de 10 milliards de dollars.⁸ Il s'agit d'une compagnie dont l'importance pour la vitalité économique du Canada, et plus particulièrement celle de l'Alberta, ne saurait être sous-estimée.

⁶ Mémoire de la demanderesse, paragraphe 365.

⁷ Mémoire de la demanderesse, paragraphe 376.

⁸ **R-001**, TC Énergie, rapport annuel 2022.

10. TC Energy a déposé une demande d'arbitrage à l'encontre des États-Unis concernant certaines mesures relatives à un projet de construction et d'exploitation d'un oléoduc traversant la frontière entre les États-Unis et le Canada. Le CIRDI a enregistré cette demande le 22 décembre 2021 et un tribunal a été constitué le 21 septembre 2022.⁹

11. Le 11 janvier 2023, les États-Unis ont déposé une requête en bifurcation des procédures afin que le tribunal tranche de manière préliminaire une objection à sa compétence. Les États-Unis allèguent que les mesures faisant l'objet du différend entre les parties ont été adoptées après l'extinction de l'ALÉNA et que les dispositions de l'annexe 14-C ne prorogent pas la portée temporelle des obligations de fond invoquées par TC Energy pour engager la responsabilité internationale des États-Unis.¹⁰

12. Le tribunal a accueilli cette requête le 13 avril 2023 et a ordonné la bifurcation des procédures afin que l'objection à la compétence du tribunal soit tranchée de manière préliminaire.¹¹ Dans sa décision, le tribunal remarque que : « *the jurisdictional objection is prima facie serious (although the Claimant's arguments are equally so), and it seems to essentially rest on legal considerations* ». ¹²

13. Les parties ont échangé des représentations écrites quant au bien-fondé de l'objection des États-Unis le 12 juin 2023¹³ et le 11 août 2023.¹⁴ Le calendrier procédural

⁹ **R-006**, *TC Energy Corporation and TransCanada Pipelines Limited c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. ARB/21/63) Procedural Order No. 1, 12 décembre 2022 ("*TC Energy – Procedural Order No. 1*"), p. 4.

¹⁰ **R-002**, *TC Energy Corporation and TransCanada Pipelines Limited c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. ARB/21/63) (« TC Energy »), Request for Bifurcation of Respondent United States of America, 11 janvier 2023.

¹¹ **R-005**, *TC Energie Corporation and TransCanada Pipelines Limited c. Etats-Unis*, (Affaire CIRDI No. ARB/21/63), Procedural Order No. 2, 13 avril 2023 («TC Energy, Procedural Order No. 2 »).

¹² **R-005**, TC Energy, Procedural Order No. 2, paragraphe 35.

¹³ **R-003**, *TC Energy Corporation and TransCanada Pipelines Limited c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. ARB/21/63) Respondent's Memorial on the Preliminary Objection, 12 juin 2023.

¹⁴ **R-004**, *TC Energy Corporation and TransCanada Pipelines Limited c. États-Unis* (Affaire CIRDI No. ARB/21/63) Claimant's Counter-Memorial on Respondent's Preliminary Objection, 11 août 2023.

du tribunal prévoit la tenue d'une audience à une date qui n'a pas été divulguée publiquement et qui reste vraisemblablement à être déterminée.¹⁵

14. Dans une autre affaire, *Legacy Vulcan LLC c. Mexique*,¹⁶ (“Legacy Vulcan”) le Mexique conteste également la compétence d'un tribunal au motif que les dispositions de l'annexe 14-C ne prorogent pas la portée temporelle des obligations de fond contenues à la section A du chapitre 11 de l'ALÉNA. Une audience dans cette affaire a déjà eu lieu au mois d'août 2023.¹⁷

III. Le Tribunal devrait suspendre l'instance

15. Le règlement d'arbitrage du CIRDI en vigueur avant la réforme de 2022 ne prévoyait pas expressément le pouvoir d'un tribunal de suspendre les procédures arbitrales. Malgré ce silence, le tribunal dans l'affaire *Sumrain c. Kuwait* n'a eu aucune difficulté à conclure que les tribunaux CIRDI détiennent le pouvoir de suspendre une instance pour toute raison jugée valable en raison de leur pouvoir général conféré par l'article 44 de la Convention de trancher toute question de procédure non prévue par la Convention on le règlement d'arbitrage.¹⁸ L'article 54 du Règlement d'arbitrage a codifié ce principe et permet dorénavant expressément au Tribunal de suspendre l'instance à la demande d'une des parties. Cet article n'assujetti l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire à aucune condition si ce n'est de donner aux parties la possibilité de présenter leurs observations. Dans l'affaire *Sumrain c. Kuwait* le tribunal a exercé sa discrétion en soupesant les inconvénients causés par la suspension de l'instance par rapport à ceux engendrés par sa poursuite.¹⁹

¹⁵ **R-006**, *TC Energy – Procedural Order No. 1*, p. 4 du calendrier procedural.

¹⁶ **R-007**, *Legacy Vulcan LLC c. Mexique* (Affaire CIRDI No. ARB/19/1), Claimant's Ancillary Claim Reply, 20 février 2023, paragraphe 114.

¹⁷ <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/19/1>.

¹⁸ **RL-001**, *Ayat Nizar Raja Sumrain c. Kuwait* (Affaire CIRDI No. ARB/19/20), Decision on Respondent Request for Suspension of Proceedings and on the Procedure with regard to Claimants Request for Provisional Measures, 23 avril 2020 (“*Ayat Nizar – Decision on Request for Suspension of Proceedings*”), paragraphe 8. Voir aussi **RL-002**, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (Affaire CIRDI No. ARB/02/6), Decision on Jurisdiction, 29 janvier 2004, paragraphes 173-176.

¹⁹ **RL-001**, *Ayat Nizar – Decision on Request for Suspension of Proceedings*, paragraphe 8.

16. En l'occurrence, la balance des inconvénients milite en faveur de la suspension de l'instance tant et aussi longtemps que le tribunal dans l'affaire TC Energy n'aura pas statué sur l'objection préliminaire des États-Unis à sa compétence. Une telle suspension assurerait aussi une saine administration de l'arbitrage.

17. Même si une décision du tribunal dans l'affaire TC Energy ne liera évidemment pas le Tribunal, cette décision permettrait néanmoins au Tribunal de bénéficier de l'éclairage que le tribunal dans l'affaire TC Energy ne manquera pas d'apporter quant à l'effet des dispositions contenues à l'annexe 14-C. Par ailleurs, étant donné que le tribunal dans l'affaire *Legacy Vulcan c. Mexique* doit également se prononcer sur la portée de l'annexe 14-C, et qu'une audience dans cette affaire a déjà eu lieu au mois d'août 2023, il est fort probable qu'en attendant l'issue de l'affaire TC Energy le Tribunal dispose à ce moment-là de deux décisions portant sur l'interprétation de l'annexe 14-C. Cet éclairage sera vraisemblablement très utile au Tribunal pour qu'il puisse apprécier sa propre compétence étant donné que les dispositions de l'annexe 14-C en cause dans les affaires TC Energy et Legacy Vulcan sont les mêmes que celles qu'invoque la demanderesse. Surtout, cet éclairage permettrait au Tribunal d'examiner de sa propre initiative si le différend qui lui a été soumis ressort de sa compétence, comme l'y autorise l'article 43(3) du Règlement d'arbitrage, et ce, avant que les parties n'engagent d'importantes ressources humaines et financières à débattre des questions de fond.

18. L'importance de cet éclairage découle du fait que si les dispositions prévues à l'annexe 14-C ne font que proroger le consentement du Canada à l'arbitrage selon le mécanisme de règlement des différends investisseur-État contenu à la section B de l'ALÉNA, sans pour autant proroger la portée temporelle des obligations prévues à la section A du même traité, cela signifierait que la totalité, ou à tout le moins une partie très substantielle, des réclamations de la demanderesse ne relèveraient pas de la compétence du Tribunal.

19. En effet, les principales réclamations de la demanderesse, et le cœur du différend entre les parties, portent sur la licéité des refus des gouvernements du Canada et du Québec d'autoriser les projets Énergie Saguenay et Gazoduc. Or, il est incontesté que ces

faits sont survenus les 21 juillet 2021 et le 7 février 2022, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ACEUM et l'extinction de l'ALÉNA le 1^{er} juillet 2020.

20. Par ailleurs, étant donné l'état d'avancement des arbitrages dans les affaires TC Energy et Legacy Vulcan, la suspension demandée par le Canada serait vraisemblablement de quelques mois tout au plus. Les inconvénients que ce délai occasionnerait aux parties sont largement compensés par la possibilité que le Tribunal decline compétence pour trancher le différend qui lui a été soumis ou, s'il décide qu'il est compétent, que cette compétence ne porte que sur une infime partie des allégations contenues dans le mémoire de la demanderesse. Une telle décision éviterait aux parties de consacrer d'importantes ressources humaines et financières à débattre de manquements allégués qui ne ressortent pas de la compétence du tribunal.

21. Pour ces motifs, le Canada demande respectueusement au Tribunal de suspendre l'instance tant et aussi longtemps que le tribunal dans l'affaire TC Energy n'aura pas tranché l'objection des États-Unis à la compétence du tribunal au motif que le consentement contenu à cette annexe ne s'étend pas aux différends portant sur des faits générateurs de responsabilité postérieurs à l'entrée en vigueur de l'ACEUM.

IV. Advenant le refus du Tribunal de suspendre l'instance, le Tribunal devrait permettre le dépôt d'une seconde demande de bifurcation

22. Dans l'éventualité où le Tribunal n'accueillerait pas cette demande de suspension, et que la défenderesse soit par conséquent tenu de déposer une demande de bifurcation le 5 janvier prochain, la défenderesse demande au Tribunal de lui accorder la possibilité de déposer une autre demande de bifurcation dans les 30 jours du rejet de sa première demande de bifurcation ou du rejet des objections préliminaires ayant été bifurquées.

23. La défenderesse considère qu'elle dispose de bons motifs pour s'objecter à la compétence du Tribunal qui ne sont pas liés à la portée de l'annexe 14-C. Elle entend les faire valoir dans la requête en bifurcation qu'elle déposera le 5 janvier advenant que le Tribunal refuse de suspendre l'instance. Toutefois, si le Tribunal rejette cette demande de bifurcation, ou s'il rejette les objections préliminaires ayant été bifurquées, la

défenderesse devrait être autorisée à déposer une seconde demande de bifurcation afin de préserver la possibilité que toutes les objections à la compétence du tribunal qui peuvent plus efficacement être tranchées dans une phase préliminaire ne soient pas plaidées et tranchées en même temps que les questions de fond.

V. CONCLUSIONS RECHERCHÉES

24. Pour ces motifs, la demanderesse demande respectueusement au Tribunal de :
- i. Suspendre l'instance tant et aussi longtemps que le tribunal dans l'affaire TC Energy n'aura pas tranché l'objection préliminaire des États-Unis fondée sur la portée de l'annexe 14-C de l'ACEUM.
 - ii. Autoriser la défenderesse, si elle le souhaite, à déposer une seconde demande de bifurcation dans les 30 jours du rejet de sa première demande de bifurcation ou du rejet des objections préliminaires qui auront été bifurquées.
 - iii. Suspendre provisoirement l'instance le temps que le Tribunal puisse statuer sur la présente requête afin que la défenderesse ne soit pas tenue de déposer une demande de bifurcation le 5 janvier prochain.

22 décembre 2023

Le tout respectueusement soumis,



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

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