Canadian Yearbook of International Law
Annuaire canadien de droit international
(2024), **62**, 432–454 doi:10.1017/cyl.2025.10038

Investissement

Investment

Charles-Emmanuel Côté

Faculté de droit et École supérieure d'études internationales, Université Laval, Québec, Canada
Email: Charles-Emmanuel.Cote@fd.ulaval.ca

1. Le Canada et le droit international de l'investissement en 2024

L'année 2024 est marquée à la fois par la passivité de la pratique conventionnelle du Canada et l'hyperactivité de sa pratique contentieuse. L'apurement de l'arriéré des réclamations fondées sur le régime de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique* (*ALÉNA*) se poursuit.[1] De nombreuses sentences sont aussi rendues dans des affaires portées par des investisseurs canadiens à l'étranger, des sociétés minières pour l'essentiel. Ces affaires permettent de tester les innovations juridiques visant à renforcer le droit de légiférer de l'État dans les traités plus récents du Canada. Une première sentence très attendue sur la question hautement controversée de la portée temporelle du régime transitoire de RDIE de l'*Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique* (*ACÉUM*)[2] est rendue dans l'affaire *TC Energy et TransCanada c États-Unis (II)*[3] et se solde en faveur de l'État. La controverse sur la portée temporelle de ce régime transitoire fait l'objet d'une analyse détaillée dans la chronique cette année. Un tour d'horizon des principaux autres faits marquants de 2024 est d'abord effectué en ce qui concerne la pratique conventionnelle et la pratique contentieuse du Canada.

[1] 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur: 1er janvier 1994; extinction: 30 juin 2020) [*ALÉNA*].

[2] 30 novembre 2018, Annexe 14-C, en annexe du *Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 30 novembre 2018, RT Can 2020 n° 5, modifié par le *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 10 décembre 2019, RT Can 2020 n° 6 (entrée en vigueur: 1er juillet 2020) [*ACÉUM*].

[3] Sentence, Aff CIRDI n° ARB/21/63 (*ACÉUM*, 12 juillet 2024) [*TC Energy et TransCanada (II)*, Sentence]; *TC Energy et TransCanada c États-Unis (II)*, Opinion dissidente de l'arbitre Henri C Alvarez, Aff CIRDI n° ARB/21/63 (*ACÉUM*, 12 juillet 2024) [*TC Energy et TransCanada (II)*, Opinion dissidente].

© The Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international 2026. This is an Open Access article, distributed under the terms of the Creative Commons Attribution licence (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0), which permits unrestricted re-use, distribution and reproduction, provided the original article is properly cited.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

2. Pratique conventionnelle du Canada

La pratique conventionnelle régionale et bilatérale du Canada tourne au ralenti en 2024, mais son engagement se poursuit dans les principales négociations multilatérales en matière d'investissement.

A. Pratique conventionnelle multilatérale

À la conférence ministérielle d'Abou Dhabi en février 2024, le texte final de l'*Accord sur la facilitation de l'investissement pour le développement* (*Accord FID*)[4] est adopté et rendu public par 100 membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dont le Canada, mais à l'exception notable des États-Unis. Cet accord vise à augmenter les flux d'investissements durables dans le monde, spécialement à destination des pays en développement (PED).[5] L'*Accord FID* ne s'intéresse ni à l'admission, ni à la protection des investissements, pas plus qu'il ne prévoit de procédure de RDIE ou peut être utilisé dans une telle procédure.[6] Il vise plutôt à prévenir les différends en prévoyant des règles concernant la transparence de la réglementation nationale,[7] la simplification des procédures administratives,[8] la coopération transfrontière,[9] le traitement spécial et différencié et l'assistance technique au profit des PED,[10] ainsi que la conduite responsable des entreprises et la lutte contre la corruption,[11] ces deux derniers aspects visant à assurer la durabilité de l'investissement. Une clause de la nation la plus favorisée (NPF) concernant l'application de l'accord est aussi prévue,[12] tout comme la création d'un Comité de la facilitation de l'investissement de l'OMC.[13] Plus de 125 membres demandent formellement au Conseil général d'incorporer l'*Accord FID* aux accords de l'OMC dans l'annexe sur les accords plurilatéraux.[14] Une fois incorporé, ce nouvel accord plurilatéral sera ouvert à tous les membres et il entrera en vigueur lorsque soixante-quinze d'entre eux l'auront accepté.[15]

Le Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) poursuit ses activités sur la réforme du RDIE en 2024, toujours sous la présidence du Canada.[16] Le projet de statut du "Centre consultatif sur le règlement des différends relatifs à des investissements internationaux"

[4]Dans OMC, *Déclaration ministérielle conjointe relative à l'Accord sur la facilitation de l'investissement pour le développement*, Doc OMC n° WT/MIN(24)/17/Rev.1, 2 (29 février 2024) [*Accord FID*].

[5]*Ibid*, art 1.

[6]*Ibid*, art 2, 4.

[7]*Ibid*, art 6–12.

[8]*Ibid*, art 13–21.

[9]*Ibid*, art 26.

[10]*Ibid*, art 27–36.

[11]*Ibid*, art 37–38.

[12]*Ibid*, art 5.

[13]*Ibid*, art 39.

[14]Organisation mondiale du commerce (OMC), Conseil général, *Incorporation de l'Accord sur la facilitation de l'investissement pour le développement dans l'annexe 4 de l'Accord sur l'OMC. Communication présentée par les membres parties à l'Accord sur la facilitation de l'investissement pour le développement*, Doc OMC n° WT/GC/W/927/Rev.2 (14 octobre 2024).

[15]*Accord FID*, *supra* note 4, art 45.

[16]*Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa cinquante-septième session*, Doc off AGNU, 79e sess, supp n° 17, Doc NU A/79/17 (2024) aux pp 43–45.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

est complété et son principe adopté par la CNUDCI, étant entendu que des travaux supplémentaires sont nécessaires afin qu'il puisse être mis en place. Les travaux portent également sur des directives relatives à la prévention et l'atténuation des différends, sur le projet de statut d'un mécanisme permanent de règlement des différends, sur le projet de dispositions relatives aux questions de procédures et aux questions transversales, ainsi que sur le projet d'instrument multilatéral de réforme du RDIE.

Bien que le *Traité sur la Charte de l'énergie*[17] ne lie pas le Canada, sa modernisation et le retrait de plusieurs de ses parties ont un impact systémique sur l'évolution du droit international de l'investissement. L'accord de principe intervenu en 2022 sur sa modernisation est adopté formellement en 2024 et les modifications s'appliqueront provisoirement à compter du 3 septembre 2025 en attendant sa ratification, à moins du dépôt d'une déclaration le refusant.[18] Les modifications renforcent le droit de légiférer de l'État dans l'intérêt public, permettent l'exclusion complète des investissements dans le secteur des énergies fossiles et précisent que le RDIE ne s'applique pas entre les États membres d'une organisation d'intégration économique régionale. Cette dernière disposition répond à la controverse sur l'application du RDIE entre les États membres de l'Union européenne (UE), mais elle n'empêche pas plusieurs d'entre eux et l'UE elle-même de notifier de nouveaux retraits du traité en 2024.[19]

B. Pratique conventionnelle régionale et bilatérale

Aucun nouvel accord de promotion et de protection des investissements (APIE) n'est négocié, signé ou n'entre en vigueur en 2024.[20] Si aucun nouvel accord de libre-échange (ALÉ) comportant un chapitre sur l'investissement n'est signé et qu'il n'y a aucune nouvelle ratification de l'*Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*[21] (*AECG*),[22] l'ALÉ

[17] 17 décembre 1994, 2080 RTNU 95 (entrée en vigueur: 16 avril 1998).

[18] Décision de la Conférence sur la Charte de l'énergie, *Public Communication on the Adoption/Approval of the Decisions on the Modernisation of the Energy Charter Treaty*, Doc n° CCDEC 2024 17 GEN (3 décembre 2024).

[19] Il s'agit du Danemark, de l'Espagne, des Pays-Bas, du Portugal et de la Slovénie, qui se sont ajoutés à l'Allemagne, la France, l'Italie, le Luxembourg et la Pologne. Anna De Luca, "The Withdrawal by the EU and Some Member States from the Energy Charter Treaty: International Protection for Energy Investments and Climate Change Related Carve-outs," *Kluwer Arbitration Blog* (5 août 2024), en ligne: <arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/08/05/the-withdrawal-by-the-eu-and-some-member-states-from-the-energy-charter-treaty-international-protection-for-energy-investments-and-climate-change-related-carve-outs/>. Voir les communiqués du Secrétariat de la Charte de l'énergie pour chaque retrait, en ligne: <www.energycharter.org/media/all-news>.

[20] Voir Canada, *Accords sur le commerce et l'investissement*, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra>.

[21] 30 octobre 2016, art 8.18.3 (application provisoire: 21 septembre 2017), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> [*AECG*].

[22] Union européenne (UE), Conseil européen et Conseil de l'UE, *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, on the One Part, and the European Union and Its Member States, on the Other Part*, en ligne: <www.consilium.europa.eu/fr/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017>. L'*AECG* est ratifié par dix-sept États membres de l'UE sur vingt-sept, mais le Canada et l'UE elle-même ne l'ont toujours pas fait.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

modernisé avec l'Ukraine entre en vigueur le 1er juillet 2024, suspendant l'APIE de 1994 entre les deux pays.[23] Une clause inusitée prévoit que l'APIE demeure applicable pendant 10 ans aux manquements antérieurs à sa suspension.[24] Cette clause est différente des clauses de survie habituelles, qui visent aussi les manquements postérieurs à l'extinction du traité pour les investissements réalisés auparavant.[25] Les négociations de l'ALÉ avec l'Indonésie sont par ailleurs couronnées de succès avec un accord de principe,[26] tandis que celles avec l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) se poursuivent au cours de l'année.[27] Enfin, le processus d'élargissement de l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste* (*PTPGP*)[28] continue en 2024 avec le lancement du processus d'accession du Costa Rica,[29] alors que le Canada n'a toujours pas ratifié le protocole d'adhésion du Royaume-Uni.[30]

3. Pratique contentieuse du Canada et des investisseurs canadiens

La mutation du contentieux de l'investissement intéressant le Canada est achevée en 2024. L'arriéré de réclamations d'investisseurs américains contre le Canada fondées sur l'*ALÉNA* ou l'*ACÉUM* est presque complètement apuré, alors que des investisseurs de nationalités différentes commencent à utiliser le RDIE fondé sur d'autres traités contre le Canada. Le contentieux impliquant les investisseurs canadiens à l'étranger est maintenant nettement plus actif, particulièrement avec

[23] *Accord de libre-échange modernisé entre le Canada et l'Ukraine*, 22 septembre 2023, RT Can 2024 n° 16, art 30.9(1) (entrée en vigueur: 1er juillet 2024) [*ALÉ modernisé Canada-Ukraine*]; *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Ukraine pour l'encouragement et la protection des investissements*, 24 octobre 1994, RT Can 1995 n° 23 (suspension: 1er juillet 2024). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2023 aux pp 363–64.

[24] *ALÉ modernisé Canada-Ukraine*, *supra* note 23, art 30.9(2). Cette clause rappelle le régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* dont la portée temporelle fait l'objet d'une controverse examinée ci-dessous.

[25] Voir par ex Canada, *Modèle d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) du Canada de 2021*, art 57(4), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=fra> [*APIE-type du Canada de 2021*].

[26] *Déclaration commune du gouvernement de la République d'Indonésie et du gouvernement du Canada sur la conclusion des négociations de l'Accord de partenariat économique global entre le Canada et l'Indonésie* (2 décembre 2024), en ligne: <www.international.gc.ca/country_news-pays_nouvelles/2024-12-03-indonesia-indonesie.aspx?lang=fra>.

[27] Canada, *Accord de libre-échange entre le Canada et l'ANASE*, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/asean-anase/fta-ale/negotiations-negociations.aspx?lang=fra> (dernière modification : 16 février 2024).

[28] 8 mars 2018, art 1.1, incorporant l'*Accord de partenariat transpacifique* (entrée en vigueur: 30 décembre 2018), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=fra> [*PTPGP*].

[29] Commission du PTPGP, *Décision de la Commission relative à l'Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste concernant la demande officielle de Costa Rica d'entamer le processus d'adhésion* (28 novembre 2024), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/decision-accession-costa-rica-decision-adhesion.aspx?lang=fra>.

[30] Royaume-Uni, Department for Business and Trade and Department for International Trade, *The UK and the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP)* (dernière modification: 25 avril 2025), en ligne: <www.gov.uk/government/collections/the-uk-and-the-comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnershipcptpp>.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

les sociétés minières, la situation du Canada avec le RDIE rattrapant désormais celle des autres pays développés.

A. Différends relatifs aux investissements avec le Canada

Deux sentences sont rendues en 2024 dans des différends relatifs aux investissements avec le Canada, où le tribunal arbitral décline compétence. Ces deux affaires mettent en cause des mesures prises dans le contexte de la lutte contre les changements climatiques. Deux nouvelles réclamations sont déposées contre le Canada sur le fondement d'autres traités, alors que les tribunaux canadiens rejettent la demande d'annulation d'une sentence rendue contre le Canada.

i. Koch c Canada

L'affaire *Koch c Canada*[31] concerne le retrait de l'Ontario du marché du carbone avec le Québec et la Californie et son refus d'indemniser des entreprises américaines détentrices de droits d'émission de gaz à effet de serre (GES). Ces dernières réclament 30 millions $ US en dommages pour réparer leur préjudice causé par la violation de la clause du traitement juste et équitable (TJE) et de la clause d'expropriation. La filiale américaine d'une société-mère américaine avait acquis de tels droits en Ontario dans le but de les transférer en Californie. Le Canada conteste la compétence matérielle du tribunal, notamment au motif que la détention de droits d'émission de GES ne constitue pas un investissement.

Le tribunal arbitral donne raison au Canada et décline compétence, car ces droits ne constituent pas un bien au sens de la définition du terme "investissement" de l'article 1139(g) de l'*ALÉNA*.[32] Le tribunal se fonde sur son interprétation du droit ontarien voulant que pour constituer un bien, il aurait fallu que le détenteur conserve le contrôle exclusif sur son droit d'émission, ce qui n'est pas le cas en vertu de la législation pertinente. Il note toutefois que ce cas se situe à la limite de la définition. Le tribunal conclut aussi que la filiale américaine ne détient pas un intérêt découlant de l'engagement de capitaux en Ontario pour y exercer une activité économique au sens de l'article 1139(h).[33] Il fait sienne l'interprétation du tribunal dans l'affaire *Lion c Mexique*[34] voulant que pour répondre à cette définition, l'investissement allégué doit démontrer des caractéristiques analogues aux contrats visés aux sous-paragraphes (i) et (ii), et être ancré dans le territoire où ces intérêts existent.[35] Le tribunal juge que les droits d'émission de GES ne constituent pas des intérêts au sens de cette disposition et le commerce de ces droits pour émettre des GES à l'extérieur de l'Ontario ne correspond pas aux contrats visés par celle-ci. Les activités de la filiale américaine ne sont pas suffisamment ancrées en Ontario et relèvent donc du commerce international plutôt que de l'investissement étranger.

[31] Sentence, Aff CIRDI n° ARB/20/52 (*ACÉUM*, 13 mars 2024).
[32] *Ibid* au para 316.
[33] *Ibid* aux paras 360–66, 372, 400.
[34] Décision sur la compétence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/15/2 (*ALÉNA*, 30 juillet 2018) aux paras 205–07.
[35] *Ibid* au para 351.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

ii. Westmoreland c Canada (III)

Un investisseur américain mord de nouveau la poussière dans l'affaire *Westmoreland c Canada (III)*[36] concernant — pour la troisième fois — le plan de sortie de l'Alberta de la filière énergétique du charbon. La société américaine Westmoreland Coal Company a fait une première réclamation en 2018 contre le Canada en raison de l'exclusion de ses mines de charbon du plan de compensation de la province.[37] Elle a retiré sa réclamation après l'approbation par les tribunaux américains du transfert de la propriété de ses mines albertaines à la société de portefeuille américaine Westmoreland Coal Mining Holding. La nouvelle réclamation de cette dernière contre le Canada, soumise en 2019, a été rejetée par le tribunal arbitral en 2022 pour défaut de compétence, car la société de portefeuille n'était pas propriétaire des mines au moment des faits litigieux.[38] La société Westmoreland Coal Company soumet à nouveau sa réclamation la même année à titre de propriétaire des mines lors de la naissance du différend. Elle réclame des dommages en réparation de la violation des clauses de l'*ALÉNA* portant sur le traitement national (TN), le TJE et l'expropriation, en se prévalant cette fois du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM*. Le Canada conteste la compétence du tribunal arbitral au motif que le recours de Westmoreland Coal Company est prescrit et qu'elle n'était plus propriétaire des mines lors de l'entrée en vigueur de l'*ACÉUM*. Le tribunal arbitral donne raison au Canada sur toute la ligne et décline compétence.

Le tribunal conclut que le recours de Westmoreland Coal Company est prescrit parce que la réclamation a été soumise plus de trois ans après la date de connaissance de la violation et du préjudice, tel que prévu par les articles 1116(2), 1117(2) et 1137.[39] Il constate que le silence de l'*ALÉNA* sur la suspension du délai de prescription est généralement interprété comme excluant cette possibilité, mais considère que la suspension pourrait néanmoins être possible dans certaines circonstances.[40] En l'espèce, il conclut que ce délai n'a pas été suspendu car la réclamation soumise en 2018 n'est pas identique à celle soumise en 2022. La réclamation de 2022, à la base de la présente affaire, en est une nouvelle, distincte de celle de 2018, qui n'alléguait pas la violation de la clause d'expropriation, bien qu'elle allègue aussi la violation des clauses du TN et du TJE.[41] De plus, la notification de 2018 a été retirée avant celle de la société de portefeuille soumise en 2019, cette dernière n'ayant pu suspendre le délai de prescription puisqu'elle concernait une société de portefeuille distincte de Westmoreland Coal Company.[42]

Bien qu'il pourrait se limiter à ce motif pour décliner compétence, le tribunal accueille aussi le second argument du Canada concernant l'inapplicabilité du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* à Westmoreland Coal Company.[43] Il constate que ce régime transitoire impose des conditions de compétence additionnelles par

[36]Sentence, Aff CIRDI n° UNCT/23/2 (*ACÉUM*, 17 décembre 2024) [*Westmoreland c Canada (III)*].

[37]Voir *Westmoreland c Canada (I)*, Notification d'arbitrage, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) (*ALÉNA*, 19 novembre 2018).

[38]*Westmoreland c Canada (II)*, Sentence finale, Aff CIRDI n° UNCT/20/3 (*ALÉNA*, 31 janvier 2022). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2022 aux pp 272–73.

[39]*Ibid* au para 134.

[40]*Ibid* au para 117.

[41]*Ibid* aux paras 112, 119.

[42]*Ibid* aux paras 120, 123.

[43]*Ibid* au para 175.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

rapport à l'*ALÉNA*, dont celle de ne viser que les investissements antérieurs à l'extinction de l'*ALÉNA*.[44] Le tribunal interprète cette exigence comme signifiant que l'investisseur doit avoir possédé ou contrôlé son investissement lors de l'entrée en vigueur de l'*ACÉUM*.[45] Or Westmoreland Coal Company a cédé ses mines canadiennes à une société de portefeuille en 2019, ce qui signifie qu'elle ne possédait ou ne contrôlait plus son investissement antérieur lors de cette entrée en vigueur en 2020.

iii. Autres développements dans le contentieux d'investissement contre le Canada

Deux nouvelles réclamations sont soumises contre le Canada par des investisseurs russes et australiens, illustrant la transformation du contentieux d'investissement contre celui-ci depuis l'abolition du RDIE dans ses relations avec les États-Unis. L'affaire *Volga-Dnepr Airlines c Canada*,[46] soumise en 2023 et dont l'existence est rendue publique en 2024, vise la saisie par le Canada d'un avion commercial de transport de marchandises à titre de sanction économique imposée contre la Russie suite à l'invasion de l'Ukraine. La société privée russe propriétaire de l'avion réclame 100 millions $ US en réparation de son préjudice pour la violation de la clause d'expropriation de l'APIE Canada-URSS de 1989, auquel a succédé la Russie. Un point crucial de cette affaire consiste à savoir si un avion présent temporairement sur le territoire d'un État peut constituer un investissement protégé par un traité. Il faut aussi souligner que l'APIE ne comprend pas d'exception de sécurité. La seconde affaire *Riversdale et Hancock c Canada*[47] concerne la réclamation de deux sociétés minières australiennes détenant des mines de charbon en Alberta, dont les projets auraient été bloqués pour des motifs environnementaux. Il s'agit du premier recours exercé contre le Canada sur la base *PTPGP*, qui l'expose toujours aux réclamations d'investisseurs provenant de plusieurs pays développés malgré l'abandon du RDIE avec les États-Unis.

L'affaire *Clayton/Bilcon c Canada*[48] connaît par ailleurs son dernier acte avec le refus de la Cour d'appel d'Ontario d'accueillir la demande d'annulation de la sentence sur les dommages rendue contre le Canada.[49] L'investisseur américain estime que le montant alloué de 7 millions $ US est insuffisant, mais la Cour d'appel ne trouve aucun motif valable pour annuler la sentence.

B. Différends relatifs aux investissements canadiens à l'étranger

Des sentences arbitrales sont rendues dans sept affaires concernant des investisseurs canadiens à l'étranger, se soldant toutes par leur défaite, alors qu'un règlement amiable intervient dans deux autres affaires. Sept nouvelles réclamations sont de

[44] *Ibid* au para 143.

[45] *Ibid* au para 161.

[46] Voir "Russian Airline Lodges Sanctions-Related Treaty Arbitration against Canada," *Investment Arbitration Reporter* (26 août 2024). Les documents relatifs à cet arbitrage conduit suivant le règlement de la CNUDCI ne sont pas publiés.

[47] "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/24/50 (*PTPGP*, 23 décembre 2024) (non publiée). Voir "Australian Investors Lodge *CPTPP* Arbitration against Canada," *Investment Arbitration Reporter* (24 décembre 2024).

[48] Sentence sur les dommages, Aff CPA n° 2009-04 (*ALÉNA*, 10 janvier 2019). Voir cette chronique dans *l'Annuaire* de 2019 aux pp 452–54.

[49] *Clayton c Canada (PG)*, 2024 ONCA 581.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

plus soumises à l'arbitrage, essentiellement par des sociétés minières canadiennes, sur le fondement de traités du Canada.

i. Affaires minières colombiennes

Des sentences finales sont rendues dans les affaires *Red Eagle c Colombie*[50] et *Montauk Metals (anciennement Galway Gold) c Colombie.*[51] Ces affaires mettent en cause le bannissement par la Colombie des activités minières dans les hauts plateaux andins servant de source première d'approvisionnement en eau potable pour tout le pays. À plusieurs égards les sentences suivent le raisonnement du tribunal arbitral dans l'affaire *Eco Oro c Colombie*,[52] aussi fondée sur l'ALÉ Canada-Colombie et concernant les mêmes mesures. Les sociétés minières canadiennes détiennent des permis d'exploration dans la région visée et réclament respectivement 118 millions $ US et 196 millions $ US en dommages pour la violation des clauses du TJE et d'expropriation. Les tribunaux arbitraux refusent de décliner compétence dans les deux affaires, mais rejettent les réclamations sur le fond, à la majorité dans *Red Eagle* et à l'unanimité dans *Montauk Metals.*

La Colombie invoque notamment la clause de refus des avantages du traité à l'égard des deux sociétés minières canadiennes pour contester la compétence des tribunaux. Bien que les tribunaux considèrent que la clause peut être utilisée rétroactivement, après le commencement de l'arbitrage, ils jugent que la Colombie ne réussit pas à établir que les sociétés minières ne poursuivent pas d'activités commerciales importantes au Canada.[53] Ils rejettent l'interprétation selon laquelle les sociétés doivent pour ce faire poursuivre des activités minières dans leur État d'origine et pas seulement des activités accessoires à leurs activités minières à l'étranger.[54] Par ailleurs, dans *Montauk Metals* le tribunal arbitral refuse avec raison de considérer l'exception environnementale prévue par l'ALÉ au stade des objections à sa compétence.[55]

Sur le fond, les tribunaux arbitraux concluent que la Colombie ne viole pas la clause du TJE dans les deux affaires, se rangeant à l'avis de l'arbitre dissident dans *Eco Oro.*[56] Concernant la méthode de démonstration du contenu de la norme minimale de traitement (NMT) de la coutume internationale, la majorité dans *Red Eagle* juge que la société minière n'établit pas au moyen de la pratique étatique et de l'*opinio juris* que celle-ci protège les attentes légitimes des investisseurs.[57] Dans *Montauk Metals*, le tribunal se divise sur la méthode et une majorité non identifiée considère qu'elle peut

[50]Sentence, Aff CIRDI n° ARB/18/12 (*ALÉ Canada-Colombie*, 28 février 2024) [*Red Eagle*].

[51]Sentence, Aff CIRDI n° ARB/18/13 (*ALÉ Canada-Colombie*, 7 juin 2024) [*Montauk Metals*].

[52]Décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur l'évaluation des dommages, Aff CIRDI n° ARB/16/41 (*ALÉ Canada-Colombie*, 9 septembre 2021) [*Eco Oro*, Responsabilité]. Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2021 aux pp 488–90.

[53]*Red Eagle*, *supra* note 50 aux paras 164–67; *Montauk Metals*, *supra* note 51 aux paras 510–22. Dans l'affaire *Red Eagle*, le tribunal constate aussi que la société minière canadienne était possédée ou contrôlée par des intérêts canadiens, alors que le tribunal dans *Montauk Metals* ne juge pas nécessaire de l'examiner puisque l'autre condition sur l'absence d'activités commerciales importantes au Canada n'est pas remplie.

[54]*Red Eagle*, *supra* note 50 au para 164; *Montauk Metals*, *supra* note 51 aux paras 515–16.

[55]*Montauk Metals, supra* note 51 aux paras 536–43.

[56]*Red Eagle*, *supra* note 50 au para 316; *Montauk Metals*, *supra* note 51 aux paras 937–40.

[57]*Red Eagle*, *supra* note 50 au para 293.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

simplement se référer à la pratique arbitrale pour identifier le contenu de la NMT.[58] Elle considère même que l'interprétation conjointe adoptée par le Canada et la Colombie en 2017 — qui rappelle l'exigence de faire la preuve des éléments constitutifs de la coutume — n'est pas obligatoire et que le tribunal doit simplement la prendre en considération suivant la règle générale d'interprétation des traités.[59] Cette affirmation est incorrecte et contraire au texte de l'ALÉ qui prévoit une règle spéciale suivant laquelle les interprétations conjointes sont obligatoires pour les tribunaux arbitraux![60]

Comme dans l'affaire *Eco Oro*, les tribunaux arbitraux concluent que la Colombie ne viole pas la clause d'expropriation. Dans *Red Eagle*, la majorité estime que la société minière n'a aucun droit susceptible d'expropriation, mais que même si elle en avait un, les mesures attaquées ne constituent pas une expropriation indirecte, mais sont plutôt le fruit de l'exercice légitime par la Colombie de ses pouvoirs de police tels que codifiés dans la clause et son annexe interprétative.[61] Dans *Montauk Metals*, une majorité du tribunal considère qu'un droit susceptible d'expropriation existe, mais que les mesures attaquées constituent un exercice légitime par la Colombie de ses pouvoirs de police.[62] Ces affaires donnent leur plein effet à l'annexe interprétative sur l'expropriation indirecte et constituent une victoire importante pour la préservation du droit de légiférer de l'État.

Comme aucune violation de l'ALÉ n'est constatée, le tribunal arbitral dans *Red Eagle* refuse de se prononcer sur l'interprétation à donner à l'exception environnementale.[63] Au contraire, dans *Montauk Metals*, une majorité non identifiée du tribunal arbitral se prête à l'exercice pour conclure que si une violation du traité était constatée, l'exception ne pourrait pas soustraire l'État à son obligation de réparer le préjudice causé.[64] Elle ferait seulement en sorte que le tribunal ne peut pas toucher à l'adoption ou l'application de la mesure environnementale, en ordonnant par exemple la réparation par restitution qui exigerait son retrait. Ce raisonnement absurde repose sur le postulat erroné qu'un tribunal arbitral de RDIE a le pouvoir d'ordonner autre chose que la réparation par indemnisation. Cette interprétation malheureuse s'ajoute à celles retenues dans les affaires *Eco Oro*[65] et *Bear Creek Mining c Pérou*[66] qui dévoient l'exception environnementale et la vident de tout effet utile. Le Canada

[58] *Montauk Metals*, *supra* note 51 au para 909.

[59] *Ibid* au para 910. Voir *Décision de la Commission Mixte Canada-Colombie – Interprétation de certaines dispositions du chapitre huit* (24 octobre 2017) au para 3(b), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/fta-ale/decision-interpretation-notes.aspx?lang=fra>.

[60] *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*, 21 novembre 2008, RT Can 2011 n° 11, art 832(1) (entrée en vigueur: 15 août 2011) [*ALÉ Canada-Colombie*]. *Cf Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 33, art 31(3)a) (entrée en vigueur: 27 janvier 1980) [*CVDT*]. Voir généralement Charles-Emmanuel Côté et al, "The Growing Interest for Joint Interpretations of Investment Treaties by State Parties," Columbia FDI Perspective n° 386 (24 juin 2024), en ligne: <ccsi.columbia.edu/content/columbia-fdi-perspectives>.

[61] *Red Eagle*, *supra* note 50 aux paras 399–400.

[62] *Montauk Metals*, *supra* note 51 aux paras 826–27.

[63] *Red Eagle*, *supra* note 50 au para 428.

[64] *Montauk Metals*, *supra* note 51 aux paras 976–83.

[65] *Eco Oro*, Responsabilité, *supra* note 52 aux paras 830–36.

[66] Sentence, Aff CIRDI n° ARB/14/21 (*ALÉ Canada-Pérou*, 30 novembre 2017) aux paras 475–78. Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2017 aux pp 448–49.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

devrait maintenant envisager sérieusement l'adoption d'une interprétation conjointe avec la Colombie pour rectifier le tir. L'abandon des exceptions générales dans son APIE-type de 2021 semble toutefois indiquer que le cœur de les défendre n'y est plus.

L'affaire *Eco Oro* connaît incidemment son dénouement en 2024 avec une sentence sur les dommages où la majorité du tribunal arbitral constate que la société minière canadienne n'a subi aucun préjudice découlant de la violation de l'ALÉ Canada-Colombie.[67] Considérant sa réclamation de 696 millions $ US en dommages, il s'agit d'une cuisante défaite pour elle. Comme aucune expropriation n'a été commise, le préjudice potentiel se limitait aux conséquences de la violation de la clause du TJE. La société minière en est maintenant réduite à demander la rectification de l'opinion dissidente sur les dommages.[68]

ii. Affaires en Europe centrale et orientale

Deux affaires fondées sur le régime de RDIE de l'APIE du Canada avec la Roumanie se soldent aussi par la défaite des investisseurs canadiens. Elles rappellent qu'en attendant l'éventuelle entrée en vigueur de l'*AECG*, plusieurs APIE du Canada avec des États membres de l'UE prévoient le RDIE. Toujours en Europe centrale et orientale, mais à l'extérieur de l'UE cette fois, l'investisseur canadien demande l'annulation partielle de la sentence rendue dans l'affaire *Rand c Serbie*[69] qui lui a octroyé des dommages de 14,6 millions EUR pour la violation de la clause du TJE de l'APIE Canada-Serbie. L'investisseur considère que le tribunal n'a pas motivé suffisamment son évaluation du préjudice et qu'il a excédé ses pouvoirs de manière manifeste en déclinant compétence sur la réclamation de sa société de portefeuille chypriote et de ses enfants.

Dans l'affaire *Gabriel Resources c Roumanie*,[70] une société minière canadienne et sa filiale constituée dans le baillage de Jersey réclament 3,3 milliards $ US en dommage pour la violation de l'APIE Canada-Roumanie et du traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et la Roumanie. Les investisseurs sont copropriétaires d'une société minière roumaine avec une société d'État roumaine et allèguent que la politisation du traitement de la demande d'autorisation environnementale de leur projet minier dans une région protégée de la Roumanie viole plusieurs dispositions des traités. L'approche du tribunal arbitral peut surprendre dans cette affaire, puisqu'il considère que les obligations des deux traités sont similaires malgré des différences évidentes de formulation. Par exemple, il assimile la clause du TJE limitée à la NMT de la coutume internationale au TJE autonome.[71] Le tribunal rejette les objections à sa compétence, puis rejette à la majorité la réclamation principale, fondée sur l'existence d'un fait composite de 2011 à 2013,

[67] *Eco Oro c Colombie*, Sentence sur les dommages, Aff CIRDI n° ARB/16/41 (*ALÉ Canada-Colombie*, 15 juillet 2024).

[68] *Eco Oro c Colombie*, "Requête en rectification," Aff CIRDI n° ARB/16/41 (*ALÉ Canada-Colombie*, 30 août 2024) (non publiée). Voir "Eco Oro files for rectification of award that found breach of Canada-Colombia FTA but declined to award any damages," *Investment Arbitration Reporter* (3 septembre 2024). Dans une décision non publiée rendue le 1er avril 2025, le tribunal arbitral déclinerait compétence pour rectifier une opinion dissidente. Voir "Colombia Claims Victory in Proceedings for Rectification of Dissenting Opinion Issued in Eco Oro Mining Arbitration," *Investment Arbitration Reporter* (8 avril 2025).

[69] Demande d'annulation, Aff CIRDI n° ARB/18/8 (*APIE Canada-Serbie*, 24 février 2024).

[70] Sentence, Aff CIRDI n° ARB/15/31 (*APIE Canada-Roumanie*, 8 mars 2024).

[71] *Ibid* au para 860.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

puis les deux réclamations subsidiaires fondées sur des faits ultérieurs.[72] L'analyse du tribunal surprend à nouveau car il se concentre sur les faits, plutôt que d'évaluer de manière claire et ordonnée le comportement de la Roumanie à la lumière des obligations des traités. Il concentre d'ailleurs son analyse sur la clause du TJE en jugeant qu'elle transcende toutes les autres obligations des traités.[73] En conclusion, la majorité constate qu'il ne s'agit pas d'une affaire où un État profite des capitaux privés investis par un étranger, mais plutôt d'un projet minier qui soulève des enjeux environnementaux, sociaux, culturels et économiques insurmontables.[74] Mécontents de ce résultat, les investisseurs demandent l'annulation de la sentence arbitrale devant un comité *ad hoc* du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI),[75] attaquant notamment l'impartialité du tribunal, alors qu'ils auraient aussi soumis une notification d'intention de soumettre une nouvelle réclamation contre la Roumanie en raison de son refus de renouveler en 2024 leur permis minier pour le même projet.[76]

Dans l'affaire *Sukyas c Roumanie*,[77] le tribunal arbitral décline compétence pour connaître de la réclamation de 100 millions $ US d'un investisseur canadien contre la Roumanie concernant l'expropriation alléguée de la compagnie de production cinématographique familiale par le régime communiste en 1948. Il considère que la réclamation tombe sous le coup de l'exclusion des industries culturelles prévu par l'APIE Canada-Roumanie de 2009 et par son prédécesseur de 1996.[78] Cette exclusion signifie que l'APIE ne s'applique pas aux investissements effectués dans les industries culturelles et la clause NPF ne peut pas être employée pour contourner cette exclusion. Il faut noter que la réclamation siamoise du frère américain de l'investisseur canadien peut quant à elle se poursuivre sur le fond en raison de l'inexistence d'une telle exclusion dans le traité bilatéral d'investissement (TBI) entre les États-Unis et la Roumanie.[79]

iii. Autres développements dans le contentieux impliquant des investisseurs canadiens

Des investisseurs canadiens voient aussi leur réclamation être rejetée dans l'affaire *Ginena c Égypte*,[80] dont l'existence n'était pas connue et la sentence demeure non publiée. Cette affaire mettrait en cause un litige concernant un contrat de concession gazière conclu avec une société d'État égyptienne par une société privée égyptienne détenue par une société émiratie. La sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage contractuel aurait été annulée par les tribunaux égyptiens et les propriétaires

[72] *Ibid* aux paras 765–66, 1164–69, 1199–1201 et 1306–08.

[73] *Ibid* au para 938.

[74] *Ibid* au para 1320.

[75] *Gabriel Resources c Roumanie*, Demande d'annulation, Aff CIRDI n° ARB/15/31 (*APIE Canada-Roumanie/TBI Roumanie-Royaume-Uni*, 5 juillet 2024).

[76] Erik Brouwer, "Gabriel Resources Submits New Notice of Dispute to Romania over State's Refusal to Extend Mining License at Heart of Previous Arbitration between the Parties," *Investment Arbitration Reporter* (6 août 2024).

[77] *Edward Sukyas c Roumanie*, Sentence finale, CNUDCI (*APIE Canada-Roumanie*, 6 novembre 2024).

[78] *Ibid* aux paras 227–29, 248–49.

[79] Voir *Sukyas c Roumanie*, Sentence partielle sur la compétence, Aff CPA n° 2020-53 (*TBI États-Unis–Roumanie*, 6 novembre 2024).

[80] Voir Lisa Bohmer, "Twin Arbitrations against Egypt Conclude with Awards, Dismissing Gas Supply Investors' Claim," *Investment Arbitration Reporter* (3 juillet 2024).

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

canadiens de la société émiratie verraient leur réclamation fondée sur l'APIE Canada-Égypte être rejetée sur la compétence et sur le fond.

Un autre investisseur canadien connaît une certaine défaite dans l'affaire *Bank of Nova Scotia c Pérou*,[81] puisque le tribunal arbitral accueille en partie le moyen préliminaire soulevé contre sa réclamation pour défaut manifeste de fondement juridique en vertu du nouveau règlement d'arbitrage du CIRDI de 2022. Cette affaire concerne le rejet par les tribunaux péruviens d'un recours de la filiale péruvienne de l'investisseur canadien contre une mesure fiscale. Ce dernier allègue que la mesure en question viole les clauses du TN, du TJE et d'expropriation. Le tribunal considère que la pratique arbitrale antérieure au nouveau règlement demeure pertinente et que pour être manifeste, le défaut de fondement juridique doit pouvoir être facilement établi de manière claire et évidente, tandis que la défectuosité du fondement juridique signifie que la formulation de la réclamation comporte un vice fondamental sans égard à la preuve.[82] La majorité du tribunal conclut que les droits de la filiale péruvienne qui sont en cause ne constituent pas un investissement susceptible d'expropriation, tandis que la mesure tombe sous l'exclusion des mesures fiscales prévue par l'ALÉ Canada-Pérou qui rend la clause du TJE inapplicable à leur égard.[83] Seule l'allégation de violation de la clause du TN peut suivre son cours.

Deux arbitrages impliquant des sociétés minières canadiennes contre la Tanzanie se soldent par un règlement amiable, dont les tribunaux arbitraux respectifs prennent acte en ordonnant l'arrêt des procédures dans les affaires *Montero Mining c Tanzanie*[84] et *Winshear c Tanzanie*.[85] Peu de détails ont filtré sur ces affaires, qui mettent en cause l'annulation des permis miniers de nombreux investisseurs étrangers. Montero Mining et Winshear obtiennent respectivement un règlement de 27 millions $ US et 30 millions $ US. L'affaire *Infinito Gold c Costa Rica*[86] connaît aussi son dénouement final, avec le retrait par la société minière canadienne de sa demande d'annulation partielle de la sentence qui a constaté l'inexistence de tout préjudice causé par la violation de la clause du TJE de l'APIE Canada-Costa Rica.[87]

Les investisseurs canadiens soumettent sept nouvelles réclamations en 2024 sur le fondement des traités du Canada. Deux sociétés minières canadiennes font une réclamation sur la base du *PTPGP* dans l'affaire *Almaden et Almadex c Mexique*,[88] où elles contestent l'annulation par les tribunaux mexicains de leurs titres miniers sur un gisement d'or et d'argent pour défaut d'avoir consulté les peuples autochtones

[81]Décision sur la demande de la défenderesse fondée sur l'article 41, Aff CIRDI n° ARB/22/30 (*ALÉ Canada-Pérou*, 31 mai 2024).

[82]*Ibid* aux paras 95–106.

[83]*Ibid* aux paras 252, 260–66.

[84]Ordonnance prenant acte de l'arrêt des procédures, Aff CIRDI n° ARB/21/6 (*APIE Canada-Tanzanie*, 31 mars 2025) (non publiée). Voir "Tanzania Settles Third ICSID Dispute Arising from Mining Sector Overhaul," *Investment Arbitration Reporter* (21 novembre 2024).

[85]Ordonnance prenant acte de l'arrêt des procédures, Aff CIRDI n° ARB/20/25 (*APIE Canada-Tanzanie*, 1er novembre 2023).

[86]Ordonnance prenant acte de l'arrêt des procédures, Aff CIRDI n° ARB/14/5 (*APIE Canada-Costa Rica*, 15 juillet 2024) (non publiée). Voir "Gold Miner Withdraws Application for Partial Annulment of Unfavorable ICSID Award with Costa Rica," *Investment Arbitration Reporter* (25 juin 2024).

[87]*Infinito Gold c Costa Rica*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/14/5 (*APIE Canada-Costa Rica*, 3 juin 2021). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2021 aux pp 486–87.

[88]"Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/24/23 (*PTPGP*, 27 juin 2024) (non publiée). Voir Lisa Bohmer, "Canadian Gold And Silver Miners Submit CPTPP Request for Consultations to Mexico," *Investment Arbitration Reporter* (14 décembre 2023).

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

concernés. Le Panama fait face pour sa part à trois réclamations de la part de sociétés minières canadiennes dans les affaires *Petaquilla Minerals c Panama*,[89] *Franco-Nevada c Panama*[90] et *Orla Mining c Panama*[91] sur la base de son ALÉ avec le Canada — au montant de 5 milliards $ US en dommages dans le second cas — dans le contexte de l'annulation de concessions minières et de l'imposition d'un moratoire sur tout nouveau permis minier dans le pays. Un différend concernant les opérations de conteneur et de cargo dans le port de Montevideo conduit une société canadienne y possédant une société locale à réclamer 240 millions $ US en dommages dans l'affaire *ATCO c Uruguay*,[92] sur la base de l'APIE du Canada avec ce pays. Un règlement amiable intervenu entre un investisseur belge et l'Uruguay, après la menace de recourir au RDIE, lui aurait donné un monopole *de facto* dans les opérations portuaires de la ville, portant préjudice aux activités de l'investisseur canadien. Une société minière canadienne détenue par des intérêts chinois fait une réclamation dans l'affaire *Continental Gold c Colombie*[93] suite à l'échec des autorités colombiennes à empêcher les attaques et l'exploitation clandestine de sa mine par des groupes paramilitaires. Enfin, la première réclamation fondée sur l'APIE du Canada avec le Burkina Faso est soumise dans l'affaire *Sarama Resources c Burkina Faso*,[94] concernant le retrait d'un permis minier dans un projet aurifère.

4. La controverse entourant la portée temporelle du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM*

Le régime transitoire de RDIE prévu par l'*ACÉUM* soulève une importante controverse sur sa portée temporelle. Parmi les nombreuses réclamations qui ont été faites au cours de la période de trois ans qu'il couvre, la sentence très attendue rendue dans l'affaire *TC Energy et TransCanada (II)* offre de premiers éléments de réponse, sans éteindre la controverse pour autant.

A. Le remplacement de l'*ALÉNA* par l'*ACÉUM* et le régime transitoire de RDIE

Contrairement aux APIE du Canada ou aux TBI des États-Unis, l'*ALÉNA* ne comportait pas de clause de survie de son chapitre sur l'investissement en cas d'extinction du

[89]"Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/24/12 (*ALÉ Canada-Panama*, 16 mai 2024) (non publiée). Voir Lisa Bohmer, "Gold Miner Makes Good on Earlier Threat to Lodge Arbitration Claim against Panama," *Investment Arbitration Reporter* (17 mai 2024).

[90]"Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/24/26 (*ALÉ Canada-Panama*, 12 juillet 2024) (non publiée). Voir Erik Brouwer, "Panama Facing New ICSID Arbitration over Copper Mining Project," *Investment Arbitration Reporter* (13 juillet 2024).

[91]"Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/24/27 (*ALÉ Canada-Panama*, 3 juillet 2024) (non publiée). Voir Lisa Bohmer, "Canadian Miner files 400-Million-Dollar ICSID Claim against Panama," *Investment Arbitration Reporter* (4 juillet 2024).

[92]"Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/24/11 (*APIE Canada-Uruguay*, 9 mai 2024) (non publiée). Voir Lisa Bohmer, "Settlement of One Arbitration Dispute Leads to Another, as Port Investor Lodges Treaty Case against Uruguay," *Investment Arbitration Reporter* (10 mai 2024).

[93]"Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/24/25 (*ALÉ Canada-Colombie*, 28 juin 2024).

[94]"Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/24/51 (*APIE Canada-Burkina Faso*, 23 décembre 2024) (non publiée). Voir "Gold Mining Company Lodges ICSID Arbitration against Burkina Faso," *Investment Arbitration Reporter* (11 décembre 2024).

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

traité.[95] Ces clauses de survie prévoient habituellement que la protection du traité se poursuit pour une période définie de plusieurs années en ce qui concerne les investissements réalisés avant son extinction. Ainsi, l'extinction du traité est retardée à l'égard de ces investissements et ses obligations sont toujours applicables pendant la période de survie, l'État pouvant engager sa responsabilité pour des faits postérieurs à l'extinction.[96]

À titre d'exemple, l'APIE-type du Canada de 2021 prévoit la clause de survie suivante:

> Le présent accord demeure en vigueur à moins qu'une Partie ne notifie par écrit à l'autre Partie son intention d'y mettre fin. L'extinction du présent accord prendra effet un an après la réception de la notification écrite par l'autre Partie. En ce qui concerne les investissements ou les engagements en matière d'investissement antérieurs à la date d'extinction du présent accord, les articles 1 à 56, ainsi que les paragraphes 1 et 2 du présent article, demeurent en vigueur pendant une période de 15 ans.[97]

Les investissements réalisés avant l'extinction du traité continuent clairement d'être protégés pendant la période de survie et le régime de RDIE permet la soumission de nouvelles réclamations pendant toute cette période. Le seul cas d'application dans la pratique du Canada est celui de son APIE avec l'Équateur, qui s'est éteint en 2018 et qui prévoit une telle clause de survie d'une durée de quinze ans.[98] Une réclamation a ainsi pu être soumise par un investisseur canadien en 2019, dans le contexte d'un litige fiscal s'étant poursuivi après l'extinction du traité.[99]

Le protocole par lequel l'*ACÉUM* succède à l'*ALÉNA* prévoit que le nouvel accord "remplace" le précédent, "sous réserve des dispositions établies dans l'*ACÉUM* qui renvoient aux dispositions de l'*ALÉNA*."[100] Par contraste, le même protocole prévoit que l'accord parallèle de coopération dans le domaine du travail "prend fin" dès l'entrée en vigueur de l'*ACÉUM*.[101] Ainsi, il ne prévoit également pas de clause de survie du chapitre sur l'investissement de l'*ALÉNA*. C'est plutôt le chapitre sur l'investissement de l'*ACÉUM* qui prévoit un régime transitoire de RDIE, dans son annexe 14-C. Pour mémoire, l'*ACÉUM* abolit le RDIE pour le Canada, alors qu'il en

[95]Une clause permettait aux parties de se retirer du traité au moyen d'un simple préavis écrit de six mois. *ALÉNA*, *supra* note 1, art 2205.

[96]Ursula Kriebaum, Christoph Scheuer et Rudolf Dolzer, *Principles of International Investment Law*, 3e éd, Oxford, Oxford University Press, 2022 aux pp 371–72. Voir généralement Tania Voon et Andrew D. Mitchell, "Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law" (2016) 31 ICSID Rev 413.

[97]*APIE-type du Canada*, *supra* note 25, art 57(4).

[98]*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de l'Équateur pour la promotion et la protection réciproques des investissements*, 29 avril 1996, RT Can 1997 n° 25, art XVIII:2 (entrée en vigueur: 6 juin 1997; extinction: 19 mai 2018) [*APIE Canada-Équateur*].

[99]*Aecon c Ecuador*, "Notification d'arbitrage," Aff CPA n° 2020-19 (*APIE Canada-Équateur*, 17 janvier 2019) (non publiée). Voir Lisa Bohmer, "Ecuador Faces Treaty-Based Claims over Tax Assessment; Tribunal Already in Place," *Investment Arbitration Reporter* (28 septembre 2020).

[100]*Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, *supra* note 2, art 1.

[101]*Ibid.*

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

réduit grandement la portée dans les rapports entre les États-Unis et le Mexique avec un régime général dans son annexe 14-D et un régime sectoriel dans son annexe 14-E.[102] La formulation de ce régime transitoire est ambigüe et s'écarte manifestement de la formulation habituelle des clauses de survie prévue dans les traités d'investissement:

> 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:
>
> a) à la section A du chapitre 11 (Investissement) de l'*ALÉNA* de 1994;
>
> […]
>
> 3. Le consentement donné par une Partie aux termes du paragraphe 1 expire trois ans après l'extinction de l'*ALÉNA* de 1994.[103]

Les parties à l'*ACÉUM* consentent ainsi à l'arbitrage pour une durée de trois ans après l'extinction de l'*ALÉNA*, concernant les investissements réalisés avant cette extinction, pour connaître des réclamations concernant des manquements aux règles de fond du chapitre sur l'investissement de l'*ALÉNA*. Pour pouvoir bénéficier de ce régime transitoire de RDIE, l'affaire *Westmoreland c Canada (III)* examinée ci-dessus montre qu'il est capital que l'investisseur ait possédé ou contrôlé l'investissement lors de l'entrée en vigueur de l'*ACÉUM* afin qu'il puisse être qualifié d'investissement antérieur.[104] La note 20 au paragraphe 1 de l'annexe 14-C précise que les dispositions pertinentes de l'*ALÉNA* s'appliquent dans de tels litiges. Cette disposition est l'une de celles auxquelles se réfère le protocole de remplacement lorsqu'il mentionne certaines dispositions de l'*ACÉUM* qui renvoient à des dispositions de l'*ALÉNA*. La note 21 au même paragraphe règle quant à elle la question du chevauchement entre le régime transitoire et le régime de RDIE sectoriel prévu par l'annexe 14-E. Elle précise que seul le nouveau régime peut être utilisé dans un tel cas. Cela signifie par conséquent que les investisseurs conservent le choix entre le régime transitoire et le nouveau régime général de RDIE prévu par l'annexe 14-D, ce dernier étant moins généreux envers les investisseurs que celui de l'*ALÉNA*. Enfin, les dispositions finales de l'*ACÉUM* prévoient que les parties reconnaissent l'importance d'une "transition harmonieuse" entre l'*ALÉNA* et celui-ci.[105]

Le régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* se prête ainsi à deux interprétations très différentes. D'une part, il pourrait s'agir d'une clause de survie de trois ans qui prolongerait la protection de l'*ALÉNA* pour les investissements réalisés avant son extinction, s'appliquant tant aux différends nés avant que pendant cette période de prolongation. D'autre part, il pourrait s'agir plutôt d'une simple période de prolongation du droit de faire une réclamation au titre de l'*ALÉNA* pour les différends nés

[102]Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2018 aux pp 439–44; Charles-Emmanuel Côté, "Le règlement des différends internationaux économiques en Amérique du Nord après l'Accord Canada — États-Unis — Mexique" (2022) Hors-série RQDI 237 aux pp 250–56.

[103]*ACÉUM*, *supra* note 2, annexe 14-C aux paras 1(a), 3.

[104]Voir note 43 et le texte correspondant.

[105]*ACÉUM*, *supra* note 2, art 34.1.1.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

avant son extinction, correspondant au délai de prescription de trois ans pour recourir au RDIE.

B. Bilan des affaires concernant des différends postérieurs à l'extinction de l'*ALÉNA*

La controverse sur la portée temporelle du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* ne concerne pas toutes les réclamations relatives à un investissement antérieur à l'extinction de l'*ALÉNA*. Les différends nés avant l'extinction ne sont pas problématiques et le régime transitoire s'applique à eux peu importe l'interprétation donnée à sa portée temporelle, puisqu'il est clair qu'il vise au moins cette catégorie. En revanche, ce sont les différends nés pendant la période de prolongation de trois ans qui sont problématiques, puisque le régime transitoire leur est applicable ou non selon l'interprétation donnée à sa portée temporelle. La question est particulièrement importante pour le Canada et les États-Unis, avec l'abolition du RDIE dans leurs rapports réciproques.

Au cours de la période de prolongation de trois ans s'étant terminée le 30 juin 2023, vingt-deux réclamations ont été présentées au titre du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM*, concernant des investissements réalisés avant l'extinction de l'*ALÉNA*. Parmi celles-ci, quatorze portent sur des différends nés avant cette extinction, aussi ces réclamations ne soulèvent-elles pas la controverse concernant la portée temporelle du régime.[106] En revanche, huit réclamations portent sur des différends nés pendant la période de prolongation et la question est cette fois cruciale pour déterminer si le tribunal est compétent.

i. TC Energy et TransCanada c États-Unis (II)

L'affaire *TC Energy et TransCanada (II)* concerne le projet controversé d'oléoduc Keystone XL destiné à acheminer le pétrole albertain vers les raffineries du golfe du Mexique. Ce projet colossal a été bloqué par l'administration Obama, pour ensuite être autorisé par l'administration Trump, conduisant la société pétrolière canadienne TransCanada à retirer en 2017 une première réclamation de 15 milliards $ US contre les Etats-Unis.[107] Le blocage définitif du projet par l'administration Biden après l'extinction de l'*ALÉNA* conduit la pétrolière canadienne, entretemps renommée TC Energy, à soumettre une nouvelle réclamation au même montant contre les États-Unis. Le tribunal arbitral accueille la requête en bifurcation des États-Unis, afin d'examiner dans un premier temps leur objection préliminaire à sa compétence au

[106]Il s'agit des affaires *Windstream Energy c Canada (II)*, Aff CPA n° 2021-26; *Koch c Canada*, *supra* note 31; *L1bre Holding c Mexique (II)*, Aff CIRDI n° ARB/21/55; *First Majestic c Mexique (I)*, Aff CIRDI n° ARB/21/14; *First Majestic c Mexique (II)*, Aff CIRDI n° ARB/23/28; *Finley c Mexique*, Aff CIRDI n° ARB/21/25; *Westmoreland c Canada (III)*, *supra* note 36; *Doups c Mexique*, Aff CIRDI n° ARB/22/24; *Sepadeve c Mexique*, Aff CIRDI n° ARB/23/6; *Amerra c Mexique*, Aff CIRDI n° UNCT/23/1; *Silver Bull c Mexique*, Aff CIRDI n° ARB/23/24; *Noriega Willars c Mexique*, Aff CIRDI n° ARB/23/29; *Goldgroup c Mexique*, Aff CIRDI n° ARB/23/4; *Arbor Confections c Mexique*, Aff CIRDI n° ARB/23/25. Il faut noter que certains de ces différends mettent en cause un fait internationalement illicite continu qui se poursuit après l'extinction de l'*ALÉNA*, soulevant aussi la question de la portée temporelle du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* pour le préjudice causé après l'extinction par ce fait.

[107]*TransCanada c États-Unis (I)*, Ordonnance de la Secrétaire générale constatant le désistement des parties, Aff CIRDI n° ARB/16/21 (*ALÉNA*, 24 mars 2017).

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

motif que le régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* ne s'applique pas aux différends postérieurs à l'extinction de l'*ALÉNA*.[108] Les États-Unis et l'investisseur présentent des rapports d'experts sur l'interprétation de l'*ACÉUM* à cet égard. Le Mexique intervient dans les procédures au soutien de l'interprétation des États-Unis, mais pas le Canada.[109] Dans la sentence très attendue qu'il rend le 12 juillet 2024, le tribunal décline compétence à la majorité car il conclut que le régime transitoire ne s'applique pas aux différends postérieurs à l'extinction de l'*ALÉNA*.[110] L'arbitre dissident aurait choisi l'interprétation contraire, montrant la volatilité de la question.[111] Il s'agit de la première et de la seule sentence rendue à ce jour sur cette question hautement controversée.

ii. Legacy Vulcan c Mexique

L'affaire *Legacy Vulcan c Mexique*[112] concerne à l'origine une réclamation soumise avant l'extinction de l'*ALÉNA*, visant la révocation d'une concession portuaire et un projet d'extraction et d'exportation de pierre à chaux. Mais le tribunal arbitral accueille à la majorité la soumission d'une demande accessoire par l'investisseur américain concernant des faits survenus après cette extinction.[113] Le Mexique conteste la compétence du tribunal sur cette demande accessoire, au motif que le régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* ne vise pas les différends postérieurs à l'extinction de l'*ALÉNA*.[114] Les États-Unis interviennent dans les procédures au soutien de cette interprétation du Mexique, mais pas le Canada.[115]

iii. Cœur Mining c Mexique

L'affaire *Cœur Mining c Mexique*[116] met en cause un litige fiscal concernant des mines d'or et d'argent exploitées par une société américaine au Mexique. La requête en arbitrage aurait été soumise en 2022 et concernerait des faits postérieurs à l'extinction de l'*ALÉNA*, mais elle n'est pas publiée. Les parties s'entendent pour bifurquer les procédures afin que le tribunal traite d'abord l'objection préliminaire du Mexique à sa compétence de connaître des différends nés après cette extinction.[117] Les États-Unis

[108] *TC Energy et TransCanada c États-Unis (II)*, Ordonnance procédurale n° 2, Aff CIRDI n° ARB/21/63 (*ACÉUM*, 13 avril 2023).

[109] *TC Energy et TransCanada c États-Unis (II)*, "Soumission du Mexique aux termes de l'article 1128," Aff CIRDI n° ARB/21/63 (*ACÉUM*, 11 septembre 2023).

[110] *TC Energy et TransCanada (II)*, Sentence, *supra* note 3.

[111] *TC Energy et TransCanada (II)*, Opinion dissidente, *supra* note 3.

[112] "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/19/1 (*ALÉNA*, 3 janvier 2019) (non publiée).

[113] *Legacy Vulcan c Mexique*, Ordonnance de procédure n° 7, Aff CIRDI n° ARB/19/1 (*ALÉNA*/*ACÉUM*, 11 juillet 2022).

[114] *Legacy Vulcan c Mexique*, "Contre-mémoire du Mexique sur la demande accessoire," Aff CIRDI n° ARB/19/1 (*ALÉNA*/*ACÉUM*, 19 décembre 2022).

[115] *Legacy Vulcan c Mexique*, "Seconde soumission des États-Unis," Aff CIRDI n° ARB/19/1 (*ALÉNA*/*ACÉUM*, 21 juillet 2023).

[116] "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° UNCT/22/01 (*ACÉUM*, date inconnue) (non publiée). Voir "Tribunal Majority Orders Mexico to Provide "Full Description" of Methodology Used for Production of USMCA Negotiation Documents in NAFTA Legacy Mining Arbitration," *Investment Arbitration Reporter* (4 décembre 2024).

[117] *Cœur Mining c Mexique*, Ordonnance procédurale n°2, Aff CIRDI n° UNCT/22/01 (*ACÉUM*, 9 janvier 2024).

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

interviennent au soutien de l'objection du Mexique, mais toujours pas le Canada.[118] Un débat s'ouvre sur la recevabilité de la preuve d'expert soumise par le Mexique et les États-Unis sur l'interprétation du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM*. Le tribunal arbitral refuse de radier la preuve soumise par le Mexique, mais il radie celle soumise par les États-Unis, au motif qu'elle risque de perturber les procédures en raison de l'impossibilité de contre-interroger l'expert d'une tierce partie.[119] Toutes les écritures des parties sur l'objection préliminaire sont soumises.

iv. Ruby River Capital c Canada

L'affaire *Ruby River Capital c Canada*[120] porte sur le refus des autorités fédérales et provinciales d'autoriser un projet de complexe industriel de liquéfaction de gaz naturel dans le port de Saguenay, au Québec, pour des motifs environnementaux. L'investisseur américain réclame 1 milliard $ US en dommages, après avoir initialement réclamé 20 milliards $ US, dans ce qui constitue le seul différend contre le Canada né après l'extinction de l'*ALÉNA*. L'affaire est marquée par les atermoiements initiaux du Canada sur la controverse concernant la portée temporelle du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM*. Le Canada ne soulève pas en temps opportun d'objection préliminaire à la compétence du tribunal arbitral pour ce motif. Il se contente d'abord de demander — en vain — la suspension des procédures, le temps que le tribunal dans l'affaire *TC Energy et TransCanada (II)* se prononce sur la question.[121] De manière inusitée dans le contentieux international, le Québec présente une demande d'autorisation de soumettre un mémoire d'*amicus curiae*, dans lequel il entend soulever lui-même la question de la portée temporelle du régime transitoire.[122] Le Canada présente sans succès une première demande de bifurcation des procédures, sans soulever la question de la portée temporelle du régime transitoire.[123] Après un revirement stratégique tardif, le Canada décide enfin de soulever cette objection et présente à cet effet une seconde requête en bifurcation des procédures, mais le tribunal rejette sa demande.[124] La question de la compétence du tribunal arbitral est ainsi jointe au fond et les parties produisent toutes leurs écritures sur ces questions. La demande du Québec de soumettre un mémoire d'*amicus curiae* est aussi rejetée, au motif que le Canada plaide le même argument sur la portée temporelle du régime transitoire.[125]

---

[118]*Cœur Mining c Mexique*, "Soumission des États-Unis au titre de l'article 1128," Aff CIRDI n° UNCT/22/01 (*ACÉUM*, 12 février 2024).

[119]*Cœur Mining c Mexique*, Ordonnance procédurale n°4, Aff CIRDI n° UNCT/22/01 (*ACÉUM*, 28 mai 2024).

[120]*Ruby River Capital c Canada*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/23/5 (*ACÉUM*, 17 février 2023).

[121]*Ruby River Capital c Canada*, Ordonnance de procédure n° 3, Aff CIRDI n° ARB/23/5 (*ACÉUM*, 9 avril 2024) [*Ruby River Capital*, Ordonnance de procédure n° 3].

[122]*Ruby River Capital c Canada*, "Gouvernement du Québec. Demande d'autorisation de déposer un mémoire écrit à titre d'*amicus curiae*," Aff CIRDI n° ARB/23/5 (*ACÉUM*, 4 janvier 2024). Voir généralement Andrea Bjorklund, "The Participation of Sub-national Government Units as Amici Curiae in International Investment Dispute" dans Chester Brown et Kate Miles, dir, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 298.

[123]Le tribunal arbitral rend sa décision le 26 avril 2024, mais réserve à plus tard la publication de ses motifs. Voir Lisa Bohmer, "ICSID Tribunal Dismisses Canada's Request for Bifurcation in Multi-Billion-Dollar LNG Terminal Arbitration," *Investment Arbitration Reporter* (26 avril 2024).

[124]*Ruby River Capital*, Ordonnance de procédure n° 3, *supra* note 121.

[125]*Ruby River Capital c Canada*, Ordonnance de procédure n° 6, Aff CIRDI n° ARB/23/5 (*ACÉUM*, 20 décembre 2024).

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

v. *Enerflex et Exterran c Mexique*

L'affaire *Enerflex et Exterran c Mexique*[126] met en cause un litige de travail entre la filiale américaine d'une société pétrolière américaine et son ancien employé au Mexique. La réclamation vise une décision rendue par les tribunaux mexicains en 2022, après l'extinction de l'*ALÉNA*, dans laquelle ils ordonnaient à la filiale le paiement d'une indemnité de 120 millions $ US à l'ancien employé. La filiale obtenant gain de cause en appel devant les tribunaux mexicains, la réclamation devient sans objet et le tribunal arbitral constate l'arrêt des procédures.[127]

vi. *Access c Mexique*

L'affaire *Access c Mexique*,[128] concerne une réclamation en dommages de 3 milliards $ US faite par une société américaine en raison du transfert forcé de terres agricoles appartenant à sa filiale mexicaine après l'extinction de l'*ALÉNA*. Le tribunal arbitral ordonne la bifurcation des procédures à la demande du Mexique, afin que les objections à sa compétence puissent être entendues dans un premier temps.[129] La principale objection avancée par le Mexique concerne la portée temporelle du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM*. Tant le Canada que les États-Unis interviennent cette fois dans les procédures au soutien de l'objection du Mexique.[130]

vii. *Alberta Petroleum Marketing Commission c États-Unis*

Dans l'affaire *Alberta Petroleum Marketing Commission c Etats-Unis*,[131] une société d'État de l'Alberta ajoute sa propre réclamation de 960 millions $ US à celle de 15 milliards $ US d'une société privée canadienne dans l'affaire *TC Energy et TransCanada (II)*, toujours en raison du retrait de l'autorisation du projet d'oléoduc Keystone XL, dans lequel elle aurait également investi. Cette affaire met à nouveau en cause un différend né après l'extinction de l'*ALÉNA*. Le tribunal arbitral ordonne la bifurcation des procédures à la demande des États-Unis, afin que leurs objections préliminaires à sa compétence puissent être entendues avant qu'il ne se penche sur le fond, notamment concernant la portée temporelle du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM*.[132] Le Canada et le Mexique interviennent dans les procédures au soutien de cette objection des Etats-Unis.[133] Il est notable que le Canada se dissocie des

[126]"Requête en arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/23/22 (*ACÉUM*, 28 février 2023).

[127]*Enerflex et Exterran c Mexique*, Ordonnance constatant l'arrêt des procédures, Aff CIRDI n° ARB/23/22 (*ACÉUM*, 4 juin 2024).

[128]"Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/23/15 (*ACÉUM*, 13 avril 2023).

[129]*Access c Mexique*, Ordonnance procédurale n° 3 sur la bifurcation, Aff CIRDI n° ARB/23/15 (*ACÉUM*, 29 août 2024).

[130]*Access c Mexique*, "Soumission du Canada au titre de l'article 1128," Aff CIRDI n° ARB/23/15 (*ACÉUM*, 28 mars 2025); *Access c Mexique*, "Soumission des États-Unis au titre de l'article 1128," Aff CIRDI n° ARB/23/15 (*ACÉUM*, 28 mars 2025).

[131]*Alberta Petroleum Marketing Commission c États-Unis*, "Notification d'arbitrage," Aff CIRDI n° UNCT/23/4 (*ACÉUM*, 27 avril 2023) (non publiée). Voir Lisa Bohmer, "[Updated] Revealed: Alberta's Petroleum Marketing Commission Is Involved in NAFTA Legacy Arbitration with the USA over Cancellation of Keystone XL Pipeline," *Investment Arbitration Reporter* (20 décembre 2023).

[132]*Alberta Petroleum Marketing Commission c États-Unis*, Ordonannce procédurale n° 4 sur la demande de bifurcation, Aff CIRDI n° UNCT/23/4 (*ACÉUM*, 7 août 2024).

[133]*Alberta Petroleum Marketing Commission c États-Unis*, "Soumission du Canada au titre de l'article 1128," Aff CIRDI n° UNCT/23/4 (*ACÉUM*, 15 janvier 2025); *Alberta Petroleum Marketing Commission c États-Unis*, "Soumission du Mexique au titre de l'article 1128," Aff CIRDI n° UNCT/23/4 (*ACÉUM*, 15 janvier 2025).

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

intérêts d'une province en intervenant dans cette affaire, ce qui constitue un rare cas où un État fédéral prend le contrepied d'une émanation de son entité fédérée dans un litige international. Toutes les écritures concernant les objections préliminaires sont soumises par les parties.

viii. Cyrus et Contrarian c Mexique

L'affaire *Cyrus et Contrarian c Mexique*[134] concerne une réclamation faite le dernier jour d'application du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* par deux institutions financières américaines. Ces dernières auraient été empêchées d'avoir accès à la justice par les tribunaux mexicains dans le contexte du défaut de paiement d'une station de télévision débitrice envers elles, après l'extinction de l'*ALÉNA*. Les parties se sont entendues pour bifurquer les procédures afin que les objections du Mexique à la compétence du tribunal arbitral soient entendues dans un premier temps, notamment au motif que le régime transitoire ne peut viser des différends postérieurs à l'extinction de l'*ALÉNA*.[135] Le Canada et les États-Unis interviennent dans les procédures au soutien de l'objection du Mexique à la compétence.[136]

C. La portée temporelle du régime transitoire de RDIE dans *TC Energy et TransCanada (II)*

L'affaire *TC Energy et TransCanada (II)* constitue à ce jour la première et la seule dans laquelle un tribunal arbitral s'est prononcé sur la portée temporelle du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM*. Si la majorité refuse d'appliquer le régime aux différends postérieurs à l'extinction de l'*ALÉNA*, l'arbitre dissident soutient la position contraire, illustrant la volatilité de l'interprétation. Les mêmes arguments sont plaidés et recyclés dans toutes les affaires pendantes concernant la portée temporelle du régime transitoire. Un nouvel argument s'ajoute cependant depuis que le Canada soutient aussi le refus de l'appliquer aux différends postérieurs à l'extinction de l'*ALÉNA*. Les États plaident maintenant la règle générale d'interprétation des traités voulant que le tribunal doit prendre en considération leur pratique ultérieure dans l'application de l'*ACÉUM*, qui concorde vers cette interprétation dans leurs diverses plaidoiries et établit leur accord à cet égard.[137]

i. Refus par la majorité du tribunal d'appliquer le régime aux différends postérieurs

Pour la majorité du tribunal arbitral, l'annexe 14-C ne prévoit pas de clause de survie, mais constitue plutôt une nouvelle offre d'arbitrage d'une durée de trois ans pour

[134]"Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/23/33 (*ACÉUM*, 30 juin 2023).

[135]*Cyrus et Contrarian c Mexique*, Ordonnance de procédure n° 1, Aff CIRDI n° ARB/23/33 (*ACÉUM*, 3 avril 2024).

[136]*Cyrus et Contrarian c Mexique*, "Soumission du Canada au titre de l'article 1128," Aff CIRDI n° ARB/23/33 (*ACÉUM*, 15 juillet 2025) [*Cyrus et Contrarian*, "Soumission du Canada"]; *Cyrus et Contrarian c Mexique*, "Soumission des États-Unis au titre de l'article 1128," Aff CIRDI n° ARB/23/33 (*ACÉUM*, 15 juillet 2025) [*Cyrus et Contrarian*, "Soumission des États-Unis"].

[137]*CVDT*, *supra* note 60, art 31(3)b). Voir par ex *Cyrus et Contrarian c Mexique*, "Réponse du Mexique sur la compétence," Aff CIRDI n° ARB/23/33 (*ACÉUM*, 4 juin 2024) aux paras 150–55; *Cyrus et Contrarian*, "Soumission du Canada," *supra* note 136 au para 9; *Cyrus et Contrarian*, "Soumission des États-Unis," *supra* note 136 aux paras 13–14.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

régler les différends nés avant l'extinction de l'*ALÉNA*.[138] Il ne s'agit aucunement d'une prolongation de sa force obligatoire après son extinction, mais plutôt d'une exception à l'expiration de l'offre d'arbitrage qui découlerait autrement de l'extinction de l'*ALÉNA*.[139] En appliquant la règle générale d'interprétation des traités, la majorité note que le sens ordinaire des termes de l'annexe 14-C ne comporte aucune disposition prévoyant explicitement le maintien en vigueur de l'*ALÉNA*.[140] L'objet et le but de l'*ACÉUM* est d'assurer la prévisibilité dans le remplacement de l'*ALÉNA* et cela ne requiert pas que son régime transitoire de RDIE s'applique aux différends postérieurs à son extinction.[141]

Cette interprétation est confirmée pour la majorité lorsque les termes de l'Annexe 14-C sont lus dans leur contexte juridique. La structure des différents régimes de RDIE de l'*ALÉNA* et de l'*ACÉUM* est toujours la même et les règles de fond sont soigneusement séparées des règles de compétence et de procédure. L'annexe 14-C ne comporte aucune règle de fond et l'article 14.2.3 de l'*ACÉUM* prévoit que les règles de fond du chapitre sur l'investissement ne visent pas les différends antérieurs. Cela confirme la nature purement procédurale de l'annexe 14-C, tout comme le protocole de remplacement confirme que l'*ALÉNA* n'est pas maintenu en vigueur, sauf dans la mesure prévue dans l'*ACÉUM*.[142] Or, la portée temporelle rétrospective du régime transitoire de RDIE constitue une telle exception puisqu'elle fait en sorte que les règles de fond de l'*ALÉNA* demeurent applicables pendant la période de prolongation pour les différends nés avant son extinction. La période de prolongation de trois ans ne fait pas double emploi avec le délai de prescription de trois ans prévu par les articles 1116 et 1117 de l'*ALÉNA*, puisque ce délai commence à courir à partir de la date de connaissance réelle ou présumée de la violation ou du préjudice par l'investisseur, ce qui aurait pu exposer les États à des réclamations concernant des différends antérieurs bien au-delà de la période de trois ans après l'extinction de l'*ALÉNA*.[143] Il était donc nécessaire de limiter dans le temps le régime transitoire de RDIE pour des raisons de sécurité juridique. La note 20 de l'annexe 14-C constitue une des exceptions prévues par le protocole de remplacement et confirme simplement que les règles de l'*ALÉNA* demeurent applicables pour les différends antérieurs.[144] Elle ne saurait servir de preuve de la prolongation de la force obligatoire de l'*ALÉNA* après son extinction. La note 21 de l'annexe 14-C quant à elle vise les cas où un fait continu ou composite serait né avant l'extinction de l'*ALÉNA*, faisant en sorte que le régime transitoire ou le nouveau régime sectoriel de RDIE prévu par l'annexe 14-E pourrait s'appliquer.[145] Elle oblige l'investisseur dans un tel cas à opter pour le nouveau régime et ne saurait servir de preuve de la prolongation de la force obligatoire de l'*ALÉNA* après son extinction.

La majorité s'appuie aussi sur les autres règles de droit international pertinentes pour confirmer son interprétation.[146] Les règles élémentaires du droit des traités prévoient que leur extinction met fin à leur force obligatoire et libère les parties de

[138] *TC Energy et TransCanada (II)*, Sentence, *supra* note 3 au para 177.
[139] *Ibid* aux paras 151–53
[140] *Ibid* au para 146; *CVDT*, *supra* note 60, art 31.
[141] *TC Energy et TransCanada (II)*, Sentence, *supra* note 3 aux paras 173–74.
[142] *Ibid* au para 150.
[143] *Ibid* au para 158.
[144] *Ibid* aux paras 160–61.
[145] *Ibid* au para 167.
[146] *Ibid* aux paras 175–76.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

l'obligation de les exécuter.[147] De même, les règles élémentaires du droit de la responsabilité de l'État prévoient que seule la violation d'une obligation internationale en vigueur peut engager la responsabilité de l'État.[148] La pratique conventionnelle bilatérale des États-Unis en matière d'investissement montre aussi qu'ils savent prévoir explicitement une clause de survie lorsqu'ils désirent le faire.

La majorité se tourne enfin vers les moyens complémentaires d'interprétation des traités, au premier rang desquels se situent les travaux préparatoires.[149] Bien que le sens ordinaire des termes de l'annexe 14-C soit clair, elle accepte néanmoins de considérer les documents internes des États-Unis allégués par l'investisseur.[150] Elle fait une mise en garde sur les documents qui peuvent être utilisés à cette fin: les documents qui sont pertinents au titre des travaux préparatoires sont ceux qui reflètent les discussions entre les parties pendant les négociations.[151] L'investisseur s'appuie à tort sur des documents internes des États-Unis, certains même postérieurs à la conclusion de l'*ACÉUM*, ce qui fait qu'ils ont très peu de poids pour renverser l'interprétation de l'annexe 14-C à laquelle elle arrive.[152]

La majorité rejette enfin la thèse alternative défendue par l'investisseur, voulant que le régime transitoire de RDIE permette aux parties au litige de choisir l'*ALÉNA* comme droit applicable, même si ce dernier est éteint. Elle conclut que cette thèse repose aussi sur la prolongation de la force obligatoire de l'*ALÉNA* après son extinction, thèse qu'elle rejette.[153] Les parties au litige ne peuvent pas maintenir l'*ALÉNA* en vigueur pour les fins de leur arbitrage concernant des différends nés après son extinction, alors que l'*ACÉUM* sur lequel se fondent ces arbitrages l'a précisément éteint.

ii. Application du régime aux différends postérieurs selon l'arbitre dissident

L'arbitre dissident arrive à la conclusion contraire à celle de la majorité sur la portée temporelle du régime transitoire de RDIE. Pour lui, ce dernier rempli le rôle d'une clause de survie de l'*ALÉNA* pour une période de trois ans. Il se fonde davantage sur l'intention présumée des parties et les documents internes des États-Unis comme moyens complémentaires d'interprétation. Le sens ordinaire des termes de l'*ACÉUM* commande cette conclusion.[154] L'annexe 14-C se réfère aux "investissements antérieurs" et non aux seules "réclamations antérieures" et aucune disposition ne prévoit expressément que le régime transitoire ne vise pas les différends postérieurs.[155] La majorité erre selon lui en établissant une distinction artificielle entre les règles de fond et les règles de compétence et de procédure; c'est la survie globale du régime de RDIE pendant la période de prolongation qui constitue une exception à la règle de l'extinction de l'*ALÉNA*.[156] La note 20 de l'annexe 14-C et le protocole de remplacement confirment que tant les règles

[147] *CVDT*, *supra* note 60, art 26, 70.

[148] Commission du droit international, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite," dans *Annuaire de la Commission du droit international, 2001*, vol 2, 2e partie, New York, Nations Unies, 2007, 26.

[149] *CVDT*, *supra* note 60, art 32.

[150] *TC Energy et TransCanada (II)*, Sentence, *supra* note 3 au para 179.

[151] *Ibid* aux paras 182–83.

[152] *Ibid* aux paras 184, 197.

[153] *Ibid* aux paras 202–07.

[154] *TC Energy et TransCanada (II)*, Opinion dissidente, *supra* note 3 au para 4.

[155] *Ibid* aux paras 5–6.

[156] *Ibid* aux paras 8–10.

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press

de fond que de forme du régime de RDIE sont prolongées après l'extinction.[157] Enfin, les documents internes antérieurs à la conclusion de l'*ACÉUM* sont des moyens complémentaires d'interprétation pertinents qui font partie des travaux préparatoires et confirment le sens ordinaire des termes voulant que le régime transitoire s'applique aussi aux différends postérieurs.[158] S'il convient avec la majorité que les documents internes postérieurs à la conclusion ne font pas partie des travaux préparatoires, il considère avec raison qu'ils sont un autre moyen complémentaire pouvant établir la pratique subséquente unilatérale des États-Unis dans l'interprétation de l'*ACÉUM*.[159] L'arbitre dissident ne se prononce pas sur la thèse alternative de l'*ALÉNA* comme droit applicable à l'arbitrage, puisqu'il conclut que le régime transitoire joue le rôle d'une clause de survie.

D. Conclusions

Le risque que des sentences contradictoires soient rendues sur la portée temporelle du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* est réel. En plus du fait que le tribunal arbitral se soit divisé dans l'affaire *TC Energy et TransCanada (II)*, il reste encore six affaires pendantes dans lesquelles un tribunal doit rendre une décision sur la question. Bien que le raisonnement de la majorité soit convaincant dans cette affaire, l'*ACÉUM* prête à interprétation et il serait particulièrement problématique qu'une décision inverse soit rendue dans l'affaire *Alberta Petroleum Marketing Commission c États-Unis*, qui met en cause les mêmes mesures. Si la partie défaite dans une de ces affaires décidait de demander l'annulation de la sentence au motif que le tribunal aurait commis un excès de compétence, cela poserait un autre risque de décisions contradictoires de la part des autorités saisies.

La situation commande l'adoption d'une interprétation conjointe sur la portée temporelle du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM*. Puisque le Canada, les États-Unis et le Mexique partagent désormais la même position voulant que ce régime s'applique seulement aux différends nés avant l'extinction de l'*ALÉNA*, ils peuvent aisément convenir d'une telle interprétation au sein de la Commission du libre-échange de l'*ACÉUM* en vertu de l'article 30.2.2 f), interprétation qui lierait tous les tribunaux arbitraux et mettrait fin aux six affaires pendantes. Pourquoi les États devraient-ils se contenter de plaider leur pratique ultérieure dans l'application de l'*ACÉUM*, que les tribunaux arbitraux doivent seulement prendre en considération, quand ils peuvent s'appuyer sur cette disposition pour adopter une interprétation obligatoire qui lie ces tribunaux? Compte tenu du risque que des sentences contradictoires fait peser sur la crédibilité du RDIE et la primauté du droit, déjà fortement entachée comme en font foi les travaux de la CNUDCI sur sa réforme, sans parler du gaspillage de fonds publics occasionnés par les procédures en cours et de la course inégale à la production des travaux préparatoires de l'*ACÉUM*, cette solution s'impose.

[157] *Ibid* aux paras 11–12.
[158] *Ibid* au para 13.
[159] *Ibid* au para 25.

Citer cet article: Côté, Charles-Emmanuel. 2024. "Investissement." *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international*, 62: 432–454, doi:10.1017/cyl.2025.10038

https://doi.org/10.1017/cyl.2025.10038 Published online by Cambridge University Press