

T-1000-15
2018 FC 436

T-1000-15
2018 CF 436

In the Matter of Sections 5 and 6 of the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17

Affaire intéressant les articles 5 et 6 du *Code d'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17

In the Matter of Articles 1, 6 and 34 of the *Commercial Arbitration Code* Set Out in the Schedule to the *Commercial Arbitration Act*

Et l'article premier, ainsi que les articles 6 et 34 du *Code d'arbitrage commercial* figurant à l'annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*,

And In the Matter of an Arbitration under Chapter 11 of the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA)

Et un arbitrage fondé sur le chapitre 11 de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (l'ALÉNA)

Between:

Entre :

Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. (*Respondents*)

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware, Inc. (*défendeurs*)

and

et

Sierra Club Canada Foundation and East Coast Environmental Law Association (2007) (*Intervenors*)

Fondation Sierra Club Canada et East Coast Environmental Law Association (2007) (*intervenantes*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CLAYTON

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CLAYTON

Federal Court, Mactavish J.—Ottawa, January 29 and 30; May 2, 2018.

Cour fédérale, juge Mactavish—Ottawa, 29 et 30 janvier; 2 mai 2018.

Foreign Investment Review — Application brought pursuant to Commercial Arbitration Code (Code), Art. 34(2)(a)(iii) seeking order setting aside arbitral award in favour of respondents made by majority of tribunal constituted under North American Free Trade Agreement (NAFTA), Chapter Eleven — Respondents seeking to develop quarry, processing, ship loading facility and marine terminal in Nova Scotia (Project) — Joint Review Panel (JRP) carrying out environmental assessment — Recommending that Project not be permitted to proceed on basis likely to cause significant adverse environmental effects not justified in circumstances — Governments of Nova Scotia, Canada issuing decisions refusing to allow Project to proceed — Respondents claiming damages under NAFTA, Art. 1102, 1103, 1105 — NAFTA Tribunal majority

Examen de l'investissement étranger — Demande présentée en vertu de l'art. 34(2)(a)(iii) du Code d'arbitrage commercial (Code) sollicitant une ordonnance annulant une sentence arbitrale rendue en faveur des défendeurs par la majorité d'un tribunal constitué en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) — Les défendeurs souhaitaient développer une carrière de basalte, une usine de traitement, une installation de chargement de navires et un terminal maritime en Nouvelle-Écosse (le projet) — Une commission d'examen conjoint (CEC) a effectué une évaluation environnementale — Elle a recommandé que le projet ne soit pas autorisé à aller de l'avant parce qu'il risquerait de causer des effets environnementaux défavorables importants qui ne pouvaient être justifiés dans les circonstances — Les

adopting standard articulated in *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Waste Management)* — Finding, inter alia, that governmental authorities creating legitimate expectations on part of respondents, that JRP acting in arbitrary manner by creating new “community core values” standard of assessment, not considering measures to mitigate adverse environmental impact of Project — Concluding that Art. 1102, 1105 breached — Canada contending, inter alia, Tribunal exceeding its jurisdiction by measuring JRP’s conduct against its own determination of domestic law requirements, founding NAFTA liability on breach of domestic law — Whether majority committing jurisdictional error of sort discussed in *United Mexican States v. Cargill*, i.e. whether deciding issue not part of submission to arbitration, or misinterpreting its authority under NAFTA — Notice of arbitration making it clear that issues submitted to arbitration requiring Tribunal to decide whether respondents treated less favourably than Canadian investors, whether their treatment falling below minimum standard of treatment at customary international law — Tribunal not exceeding its jurisdiction by deciding questions of Canadian law reserved for Federal Court — NAFTA tribunals may consider compliance or non-compliance with domestic law as factor in determining liability under NAFTA — Deciding “preliminary” or “incidental” questions of national law not converting NAFTA Tribunal into domestic court of appeal — Tribunal majority not addressing issue not within respondents’ submission to arbitration — Not open to Court to review merits of Tribunal’s decision, to second-guess its findings as any error made by Tribunal in this regard not jurisdictional in nature — Only possible to intervene with Tribunal’s decision if majority exceeding jurisdiction — Issue herein whether Canada’s failure to follow requirements of its domestic environmental assessment laws rising to “threshold of seriousness” contemplated by *Waste Management*, or constituting discriminatory treatment for purposes of NAFTA, Art. 1102 — Canada’s argument that Tribunal failing to apply *Waste Management* standard, relying instead exclusively on breaches of domestic law in attributing liability not accepted — Tribunal making factual finding of arbitrary conduct, applying customary international law in determining whether minimum standard of treatment violated — Nothing in NAFTA, properly interpreted, precluding Tribunal majority from making award that it made — Application dismissed.

gouvernements de la Nouvelle-Écosse et du Canada ont rendu des décisions refusant la permission de poursuivre le projet — Les défendeurs ont réclamé des dommages-intérêts en vertu des art. 1102, 1103 et 1105 de l’ALENA — Le Tribunal à la majorité a retenu la norme consacrée à l’occasion de l’affaire *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Waste Management)* — Il a conclu notamment que les autorités gouvernementales ont créé des attentes légitimes chez les défendeurs, que la CEC a agi de façon arbitraire en créant effectivement une nouvelle norme d’évaluation, à savoir celle des « valeurs fondamentales de la collectivité », sans prendre en considération les mesures qui pourraient atténuer l’effet défavorable du projet sur l’environnement — Il a conclu que les art. 1102 et 1105 ont été violés — Le Canada a soutenu notamment que le Tribunal a excédé sa compétence en mesurant la conduite de la CEC au regard de sa propre conclusion quant aux exigences de la loi nationale, et en concluant à la responsabilité au titre de l’ALENA en se fondant sur une violation de la loi nationale — Il s’agissait de savoir si le Tribunal à la majorité a commis une erreur de compétence du genre de celle qui est discutée dans l’arrêt *United Mexican States v. Cargill*, à savoir si le Tribunal a tranché une question qui ne relevait pas du litige soumis à l’arbitrage ou s’il a mal interprété le pouvoir que lui confère l’ALENA — L’avis d’arbitrage indiquait clairement que les questions soumises à l’arbitrage appelaient le Tribunal à déterminer si les défendeurs ont été traités moins favorablement que les investisseurs canadiens l’auraient été et si leur traitement était inférieur à la norme minimale de traitement du droit international coutumier — En statuant sur des questions de droit canadien réservées à la Cour fédérale, le Tribunal n’a pas excédé sa compétence — Les tribunaux de l’ALENA peuvent voir dans la conformité ou la non-conformité à la législation nationale un facteur dans la détermination de la responsabilité au titre de l’ALENA — Trancher des questions « préliminaires » ou « accessoires » de droit national ne transforme pas un tribunal de l’ALENA en une cour d’appel nationale — La majorité du Tribunal n’a pas discuté une question qui ne relevait pas du litige soumis à l’arbitrage par les défendeurs — Il n’était pas loisible à la Cour d’examiner la décision du Tribunal au fond et de remettre en cause ses conclusions de fait, car toute erreur que le Tribunal aurait pu commettre à cet égard ne relevait pas d’une question de compétence — Il n’était possible d’intervenir en ce qui concerne la décision du Tribunal que si la majorité avait excédé sa compétence — La question en litige en l’espèce était de savoir si le non-respect par le Canada des exigences de ses lois nationales en matière d’évaluation environnementale a atteint le « seuil de gravité » envisagé par la jurisprudence *Waste Management* ou si ce non-respect constituait un traitement discriminatoire aux fins de l’art. 1102 de l’ALENA — La thèse du Canada selon laquelle le Tribunal n’a pas appliqué la norme de *Waste Management*, s’appuyant plutôt exclusivement sur les violations du droit interne pour attribuer la responsabilité, n’a pas été retenue — Le Tribunal a tiré une conclusion factuelle de

Practice — Parties — Intervention — Canada seeking order setting aside arbitral award in favour of respondents made by majority of tribunal constituted under North American Free Trade Agreement — Intervenors' arguments seeking to expand issues before Court, fundamentally change focus of case — Intervenors' support of Canada based on arguments not advanced by Canada, respondents — Role of intervener not to introduce new issues but to provide different perspective.

This was an application brought pursuant to article 34(2)(a)(iii) of the *Commercial Arbitration Code* (Code) seeking an order setting aside an arbitral award in favour of the respondents made by the majority of a tribunal constituted under Chapter Eleven of the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA).

The respondents incorporated Bilcon of Delaware, Inc. for the purpose of developing a basalt quarry, processing facility, ship loading facility and marine terminal at Whites Point, Nova Scotia (the Project). The respondents invested many years and millions of dollars in pursuing the Project. A federal-provincial Joint Review Panel (JRP) was established to carry out an environmental assessment of the Project. The JRP recommended that the Project not be permitted to proceed on the basis that it was likely to cause significant adverse environmental effects that could not be justified in the circumstances. The JRP was concerned, *inter alia*, that the Project “would have a significant adverse effect on a Valued Environmental Component represented by the ‘core values’ of the affected communities” and “would undermine community-driven economic development planning and threaten an area recognized and celebrated as a model of sustainability by local, regional, national and international authorities”. The Governments of Nova Scotia and Canada issued separate decisions refusing to allow the Project to proceed. The respondents issued a notice of arbitration under NAFTA, claiming damages for Canada’s breaches of Article 1102 (National Treatment), Article 1103 (Most-Favored Nation Treatment), and Article 1105 (Minimum Standard of Treatment) of NAFTA. The majority of the NAFTA Tribunal adopted the standard articulated by the NAFTA Tribunal in *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Waste Management)* as prohibiting conduct that is, among other things, “arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic”. The majority found, *inter alia*, that governmental authorities had

conduite arbitraire et a appliqué le droit international coutumier pour déterminer si le Canada a violé la norme minimale de traitement — Il n’y a rien dans l’ALENA, correctement interprété, qui interdit à la majorité du Tribunal de rendre la sentence qu’elle a rendue — Demande rejetée.

Pratique — Parties — Intervention — Le Canada a sollicité une ordonnance annulant une sentence arbitrale rendue en faveur des défendeurs par la majorité d’un tribunal constitué en vertu de l’Accord de libre-échange nord-américain — Les arguments des intervenantes visaient à amplifier les questions dont la Cour était saisie et à modifier fondamentalement l’objet de la présente affaire — L’appui par les intervenantes de la position du Canada reposait sur des arguments qui n’ont pas été avancés par le Canada, ni par les défendeurs — Le rôle de l’intervenant n’est pas d’introduire de nouvelles questions, mais plutôt d’offrir une perspective différente.

Il s’agissait d’une demande présentée en vertu du sous-alinéa 34(2)a)iii) du *Code d’arbitrage commercial* (Code) sollicitant une ordonnance annulant une sentence arbitrale rendue en faveur des défendeurs par la majorité d’un tribunal constitué en vertu du chapitre 11 de l’*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA).

Les défendeurs ont constitué en personne morale Bilcon of Delaware, Inc. dans le but de développer une carrière de basalte, une usine de traitement, une installation de chargement de navires et un terminal maritime à Whites Point, en Nouvelle-Écosse (le projet). Les défendeurs ont investi de nombreuses années et des millions de dollars dans la poursuite du projet. Une commission d’examen conjoint (CEC) fédérale-provinciale a été établie pour effectuer une évaluation environnementale du projet. La CEC a recommandé que le projet ne soit pas autorisé à aller de l’avant parce qu’il risquerait de causer des effets environnementaux défavorables importants qui ne pouvaient être justifiés dans les circonstances. La CEC était préoccupée notamment par le fait « que le projet aurait un effet négatif important sur une composante valorisée de l’écosystème représentée par les “valeurs essentielles” des communautés touchées » et « porterait gravement atteinte à la planification du développement économique porté par la communauté et mettrait en péril une région recon nue et glorifiée comme modèle de viabilité par les instances locales, régionales, nationales et internationales ». Les gouvernements de la Nouvelle-Écosse et du Canada ont rendu des décisions distinctes refusant la permission de poursuivre le projet. Les défendeurs ont déposé un avis d’arbitrage en vertu de l’ALENA, réclamant des dommages-intérêts pour les violations par le Canada des articles 1102 (Traitement national), 1103 (Traitement de la nation la plus favorisée) et 1105 (Norme minimale de traitement) de l’ALENA. Le Tribunal à la majorité a déclaré qu’il retenait la norme consacrée par le Tribunal

created legitimate expectations on the part of the respondents by clearly and repeatedly indicating that they were welcome to pursue the Project, that the JRP acted in an arbitrary manner by creating a new standard of assessment, namely that of “community core values”, and did not consider any measures to mitigate the adverse environmental impact of the Project. According to the majority, the approach of the JRP was inconsistent with the investment-liberalizing objectives of NAFTA, and was incompatible with Article 1105. It also concluded that Canada had denied national treatment to the respondents in relation to the Project, in breach of Article 1102.

Canada contended, *inter alia*, that the Tribunal exceeded its jurisdiction by measuring the JRP’s conduct against its own determination of what domestic law required, and by founding NAFTA liability on a breach of domestic law, rather than measuring the JRP’s conduct against rules of customary international law.

The standard of review to be applied in reviewing a NAFTA Chapter Eleven award under article 34(2)(a)(iii) of the Code was carefully considered by the Ontario Court of Appeal in *United Mexican States v. Cargill, Inc.* The Court concluded in *Cargill* that the role of a reviewing Court in a case such as this was to consider whether the Tribunal decided an issue that was not part of the submission to arbitration, or misinterpreted its authority under NAFTA. It suggested that another way for a reviewing court to define the proper approach was to ask itself the following three questions: (1) What was the issue that the Tribunal decided? (2) Was that issue within the submission to arbitration made under Chapter Eleven of NAFTA? (3) Is there anything in NAFTA, properly interpreted, that precluded the Tribunal from making the award it made?

At issue herein was whether the majority in this case committed a jurisdictional error of the sort discussed in *Cargill*.

Held, the application should be dismissed.

It was evident from a fair reading of the majority’s reasons as a whole that the central question that it decided was whether Canada’s conduct in relation to the environmental assessment and approvals process for the Project and its

de l’ALENA à l’occasion de l’affaire *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Waste Management)*, qui interdit notamment les comportements [TRADUCTION] « arbitraires, manifestement injustes, partiels ou idiosyncratiques ». Le Tribunal à la majorité a conclu notamment que les autorités gouvernementales ont créé des attentes légitimes chez les défendeurs en indiquant clairement et à plusieurs reprises qu’ils étaient les bienvenus pour poursuivre le projet, que la CEC a agi de façon arbitraire en créant effectivement une nouvelle norme d’évaluation, à savoir celle des « valeurs fondamentales de la collectivité », sans prendre en considération les mesures qui pourraient atténuer l’effet défavorable du projet sur l’environnement. Selon le Tribunal à la majorité, l’approche retenue par la CEC était incompatible avec les objectifs de libéralisation des investissements de l’ALENA et n’était pas conforme à l’article 1105. Il a aussi conclu que le Canada avait privé du traitement national les défendeurs relativement au projet, en violation de l’article 1102.

Le Canada a soutenu notamment que le Tribunal a excédé sa compétence en mesurant la conduite de la CEC au regard de sa propre conclusion quant aux exigences de la loi nationale, et en concluant à la responsabilité au titre de l’ALENA en se fondant sur une violation de la loi nationale plutôt qu’en mesurant la conduite de la CEC au regard des règles du droit international coutumier.

La Cour d’appel de l’Ontario a soigneusement examiné la norme de contrôle à appliquer lors de l’examen d’une sentence relevant du chapitre 11 de l’ALENA en vertu du sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code à l’occasion de l’affaire *United Mexican States v. Cargill, Inc.* La Cour a conclu à l’occasion de l’affaire *Cargill* que la mission d’une cour réformatrice dans une affaire comme celle-ci est de déterminer si le Tribunal a tranché une question qui ne relevait pas du litige soumis à l’arbitrage ou s’il a mal interprété le pouvoir que lui confère l’ALENA. Elle a observé qu’une autre façon pour une cour réformatrice de définir la bonne approche consiste à répondre aux trois questions suivantes : (1) Quelle était la question que le Tribunal a tranchée? (2) La question était-elle visée par le litige soumis à l’arbitrage en vertu du chapitre 11 de l’ALENA? (3) Y a-t-il un élément de l’ALENA, interprété correctement, qui rendait inhabile le Tribunal à rendre la sentence qu’il a rendue?

Dans la présente affaire, il s’agissait de savoir si le Tribunal à la majorité en l’espèce a commis une erreur de compétence du genre de celle qui est discutée dans l’arrêt *Cargill*.

Jugement : La demande doit être rejetée.

Il est ressorti clairement de la lecture objective de l’ensemble des motifs du Tribunal à la majorité que la question centrale qu’il a tranchée était de savoir si la conduite du Canada en ce qui concerne le processus d’évaluation environnementale

treatment of the respondents breached its obligations under Articles 1102, 1103 and 1105 of NAFTA.

This issue was contained within the respondents' submission to arbitration. The respondents' notice of arbitration made clear that the issues submitted to arbitration required the Tribunal to decide whether the respondents had been treated less favourably than Canadian investors would have been in like circumstances, and whether their treatment fell below the minimum standard of treatment at customary international law. The answers to these questions inevitably required the Tribunal to examine the compliance of the JRP and the Canadian government with Canadian domestic environmental law as part of the factual matrix underlying the dispute. The Tribunal did not exceed its jurisdiction by deciding questions of Canadian law that are reserved for the Federal Court. NAFTA tribunals may consider a NAFTA party's compliance or non-compliance with its domestic law as a factor in the determination of liability under NAFTA. Deciding "preliminary" or "incidental" questions of national law does not convert a NAFTA Tribunal into a domestic court of appeal. Rather, it is part of the exercise of the inherent jurisdiction of a tribunal that is "necessary in order to give effect to the investor's right to international arbitration as well as the object and purpose of most, if not all, investment treaties". The requirements of Canadian environmental law and Canada's compliance or non-compliance with those requirements were put squarely in issue by the parties before the Tribunal. They were, moreover, expressly within the submission to arbitration of the respondents' claim for damages resulting from Canada's alleged breaches of its NAFTA obligations. Consequently, the majority did not exceed its jurisdiction since it did not address an issue that was not within the submission to arbitration made by the respondents under Chapter Eleven of NAFTA. It was not open to the Court to review the merits of the Tribunal's decision and to second-guess its findings, as any error that the Tribunal may have made in this regard was not jurisdictional in nature.

As to the third and final question to be determined, it was only possible to intervene with the Tribunal's decision if the majority exceeded its jurisdiction, as contemplated by article 34(2)(a)(iii) of the Code. Here, the Tribunal clearly had jurisdiction to embark on its inquiry, i.e. determine whether Canada's treatment of the respondents and its conduct relating to the JRP and approvals process for the Project breached its obligations under Articles 1102, 1103 and 1105 of NAFTA. What was at issue was whether Canada's failure to follow the requirements of its domestic environmental assessment laws rose to the "threshold of seriousness" contemplated by *Waste*

et d'approbation du projet et son traitement des défendeurs contrevenaient aux obligations que lui imposent les articles 1102, 1103 et 1105 de l'ALENA.

Cette question figurait dans le litige soumis par les défendeurs à l'arbitrage. L'avis d'arbitrage des défendeurs indiquait clairement que les questions soumises à l'arbitrage appelaient le Tribunal à déterminer si les défendeurs ont été traités moins favorablement que les investisseurs canadiens l'auraient été dans des circonstances semblables et si leur traitement était inférieur à la norme minimale de traitement du droit international coutumier. Les réponses à ces questions obligeaient inévitablement le Tribunal à examiner le respect par la CEC et le gouvernement canadien du droit canadien de l'environnement dans le cadre des faits ayant donné naissance au différend. En statuant sur des questions de droit canadien réservées à la Cour fédérale, le Tribunal n'a pas excédé sa compétence. Les tribunaux de l'ALENA peuvent voir dans la conformité ou la non-conformité à la législation nationale d'un pays signataire de l'ALENA un facteur dans la détermination de la responsabilité au titre de l'ALENA. Trancher des questions « préliminaires » ou « accessoires » de droit national ne transforme pas un tribunal de l'ALENA en une cour d'appel nationale. Cela fait plutôt partie de l'exercice de la compétence inhérente d'un tribunal qui est [TRADUCTION] « nécessaire pour donner effet au droit de l'investisseur à l'arbitrage international ainsi qu'à l'objet et au but de la plupart des traités portant sur l'investissement, sinon tous ». Les exigences du droit canadien en matière d'environnement et la conformité ou la non-conformité du Canada à ces exigences ont été directement mises en cause par les parties devant le Tribunal. Elles étaient en outre expressément précisées dans le litige soumis à l'arbitrage par les défendeurs qui demandaient les dommages-intérêts au titre des violations qu'aurait commises le Canada des obligations que lui impose l'ALENA. Par conséquent, la majorité du Tribunal n'a pas excédé sa compétence car elle n'a pas discuté une question qui ne relevait pas du litige soumis à l'arbitrage faite par les défendeurs en vertu du chapitre 11 de l'ALENA. Il n'était pas loisible à la Cour d'examiner la décision du Tribunal au fond et de remettre en cause ses conclusions de fait, car toute erreur que le Tribunal aurait pu commettre à cet égard ne relevait pas d'une question de compétence.

En ce qui concerne la troisième et dernière question à trancher, il n'était possible d'intervenir en ce qui concerne la décision du Tribunal que si la majorité avait excédé sa compétence, comme le prévoit le sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code. En l'espèce, le Tribunal avait clairement compétence pour entreprendre son enquête, c'est-à-dire pour rechercher si le traitement des défendeurs par le Canada et sa conduite concernant la CEC et le processus d'approbation du projet violaient les obligations que lui imposent les articles 1102 et 1103 et 1105 de l'ALENA. La question en litige en l'espèce était de savoir si le non-respect par le Canada des exigences de

Management, or constituted discriminatory treatment for the purposes of Article 1102 of NAFTA. It was not possible to accept Canada's argument that the Tribunal failed to apply the *Waste Management* standard, relying instead exclusively on breaches of domestic law in attributing liability. The Tribunal made a factual finding of arbitrary conduct and applied customary international law in determining whether Canada violated the minimum standard of treatment for the purposes of Article 1105 of NAFTA. Whether the approach of the JRP was in fact "novel" or "arbitrary" was a factual determination going to the merits of the Tribunal's decision and beyond the scope of a review in a set-aside application brought under article 34(2)(a)(iii) of the Code. It was also not accurate to say that the majority based its conclusions of NAFTA liability *exclusively* on alleged violations of Canadian law in the JRP process. It also based its finding on the fact that Canada's conduct rose to the level contemplated by *Waste Management* on the "reasonable expectations" of the respondents. The majority's findings with respect to the nature of the representations from state officials and the expectations that could reasonably have been created were factual questions that were put squarely before the Tribunal to decide. They did not involve jurisdictional questions that were subject to review. The fact that the majority focussed at some length on the representations that were made to the respondents was further confirmation that it was aware of, and was endeavouring to apply the *Waste Management* analysis to the facts of this case. This understanding that the majority was looking to international law in this regard, and not domestic law, was further buttressed by the fact that legitimate expectations cannot create substantive rights in Canadian law, and can only create procedural rights. For these reasons, there was nothing in NAFTA, properly interpreted, that precluded the majority of the Tribunal from making the award that it made.

Finally, the interveners' arguments sought to expand the issues that were before the Court and to fundamentally change the focus of this case. This was not appropriate on an intervention. The interveners were generally supportive of Canada's position in this case. Their support was, however, based on arguments that had not been advanced by Canada, or by the respondents for that matter. The role of an intervener is not to introduce new issues, but rather to provide a different perspective that will "assist the determination of a factual or legal issue related to the proceeding".

ses lois nationales en matière d'évaluation environnementale a atteint le « seuil de gravité » envisagé par la jurisprudence *Waste Management* ou si ce non-respect constituait un traitement discriminatoire aux fins de l'article 1102 de l'ALENA. Il était impossible de retenir la thèse du Canada selon laquelle le Tribunal n'a pas appliqué la norme de *Waste Management*, s'appuyant plutôt exclusivement sur les violations du droit interne pour attribuer la responsabilité. Le Tribunal a tiré une conclusion factuelle de conduite arbitraire et a appliqué le droit international coutumier pour déterminer si le Canada avait violé la norme minimale de traitement aux fins de l'article 1105 de l'ALENA. La question de savoir si l'approche de la CEC était en fait « nouvelle » ou « arbitraire » était une question de fait qui portait sur le fond de la décision du Tribunal et qui dépassait la portée d'un examen dans le cadre d'une demande d'annulation présentée en vertu du sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code. Il était également inexact de dire que le Tribunal à la majorité a fondé ses conclusions de responsabilité au titre de l'ALENA *exclusivement* sur des allégations de violation de la loi canadienne dans le processus de la CEC. Il a fondé également sa conclusion sur le fait que la conduite du Canada avait atteint le niveau envisagé par la jurisprudence *Waste Management* sur les « attentes raisonnables » des défendeurs. Les conclusions de la majorité du Tribunal quant à la nature des déclarations qui ont été faites par les représentants de l'État et aux attentes qui auraient pu raisonnablement être créées par ces déclarations étaient des questions de fait qui ont été directement déférées au Tribunal. Elles ne comportaient pas de questions de compétence susceptibles d'examen. Le fait que la majorité du Tribunal se soit concentrée longuement sur les déclarations faites aux défendeurs constitue une confirmation supplémentaire du fait qu'elle avait connaissance de la grille d'analyse consacrée par la jurisprudence *Waste Management* et qu'elle s'efforçait de l'appliquer aux faits de l'espèce. La constatation que la majorité du Tribunal s'en est remis au droit international à cet égard, et non au droit interne, est étayée par la jurisprudence constante qui enseigne que les attentes légitimes ne peuvent créer de droits matériels en droit canadien et ne peuvent que créer des droits procéduraux. Pour ces raisons, il n'y a rien dans l'ALENA, correctement interprété, qui interdit à la majorité du Tribunal de rendre la sentence qu'elle a rendue.

Enfin, les arguments des intervenantes visaient à amplifier les questions dont la Cour était saisie et à modifier fondamentalement l'objet de la présente affaire. Cela n'était pas séant dans le cadre d'une intervention. Les intervenantes ont appuyé généralement la position du Canada dans cette affaire. Leur appui reposait, toutefois, sur des arguments qui n'ont pas été avancés par le Canada, ni même par les défendeurs. Le rôle de l'intervenant n'est donc pas d'introduire de nouvelles questions, mais plutôt d'offrir une perspective différente qui « aidera à la prise d'une décision sur toute question de fait et de droit se rapportant à l'instance ».

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 2 “environmental effect”, 16(1)(d).
Commercial Arbitration Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, s. 5(4).
Commercial Arbitration Code, being Schedule 1 to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, Art. 1(1) 34.
Environment Act, S.N.S. 1994-95, c. 1, s. 3 “environment”, “environmental effect”.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 3, 109.
International Commercial Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. I.9.
North American Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1993, c. 44, s. 2(1).
Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

North American Agreement on Environmental Cooperation, 32 I.L.M. 1482 (1993).
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992 [1994] Can. T.S. No. 2, 32 I.L.M. 289, Arts. 1102, 1103, 1105, 1114, 1116, 1117, 1121, 1131.
UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, Art. 34.
Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679, Art. 31.

CASES CITED

APPLIED:

United Mexican States v. Cargill, Inc., 2011 ONCA 622, 341 D.L.R. (4th) 249, 107 O.R. (3d) 528; *Consolidated Contractors Group S.A.L. (Offshore) v. Ambatovy Minerals S.A.*, 2017 ONCA 939, [2017] O.J. No. 6323 (QL).

DISTINGUISHED:

United Mexican States v. Metalclad Corp., 2001 BCSC 664, 89 B.C.L.R. (3d) 359.

CONSIDERED:

S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Partial Award, November 13, 2000; *L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 31.
Code d'arbitrage commercial, qui constitue l'annexe 1 de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17, art. 1(1), 34.
Environment Act, S.N.S. 1994-95, ch. 1, art. 3 « *environnement* », « *environmental effect* ».
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 2 « *effets environnementaux* », 16(1)d).
Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, ch. 44, art. 2(1).
Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17, art. 5(4).
Loi sur l'arbitrage commercial international, L.R.O. 1990, ch. I.9.
Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 3, 109.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, arts 1102, 1103, 1105, 1114, 1116, 1117, 1121, 1131.
Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement, 32 I.L.M. 1482 (1993).
Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37, art. 31.
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, le 21 juin 1985, art. 34.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

United Mexican States v. Cargill, Inc., 2011 ONCA 622, 107 O.R. (3d) 528, 341 D.L.R. (4th) 249; *Consolidated Contractors Group S.A.L. (Offshore) v. Ambatovy Minerals S.A.*, 2017 ONCA 939, [2017] O.J. n° 6323 (QL).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

United Mexican States v. Metalclad Corp., 2001 BCSC 664, 89 B.C.L.R. (3d) 359.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada, ALENA – Chapitre 11 – Investissement, (CNUDCI), sentence partielle, 13 novembre 2000; *L.F.H. Neer and Pauline Neer*

Mexican States (1926), 4 R.I.A.A. 60; *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, NAFTA – Chapter 11 – Investment Award, 8 June 2009; *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (April 30, 2004), ICSID Case No. Arb(AF)/00/3; *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, (April 10, 2001), UNCITRAL Arbitration Rules, Award on the Merits of Phase 2; *United Mexican States v. Karpa* (2005), 74 O.R. (3d) 180, [2005] O.J. No. 16 (QL); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688; *ADF Group v. United States of America*, (January 9, 2003), ICSID Case No. ARB(AF)00/1; *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, (March 24, 2016), UNCITRAL PCA Case No. 2012-17; *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)* (2006), 277 D.L.R. (4th) 527, 149 C.R.R. (2d) 290 (Ont. C.A.); *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 174, 414 D.L.R. (4th) 373; *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A.*, [1999] O.J. No. 3573 (QL) (Sup. Ct.), (1999), 104 O.T.C. 1, aff'd [2000] O.J. No. 3408 (QL) (C.A.), (2000), 49 O.R. (3d) 414, leave to appeal to S.C.C. refused, [2001] 1 S.C.R. xi.

REFERRED TO:

Clayton v. Canada (Attorney General), 2018 FCA 1, [2018] F.C.J. No. 11 (QL); *Canada (Attorney General) v. S.D. Myers, Inc.*, 2004 FC 38, [2004] 3 F.C.R. 368; *Canada (Attorney General) v. Mobil Investments Canada Inc.*, 2016 ONSC 790 (CanLII), 129 O.R. (3d) 506; *Newfoundland and Labrador v. ExxonMobil Canada Properties*, 2017 NLTD(G) 147 (CanLII), [2017] N.J. No. 313 (QL); *SMART Technologies ULC v. Electroboard Solutions Pty Ltd.*, 2017 ABQB 559 (CanLII), [2017] A.J. No. 953 (QL); *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, (December 6, 2000), ICSID Case No. Arb(AF)/99/1; *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, (November 15, 2004), UNCITRAL, Award; *Xerox Canada Ltd. v. MPI Technologies Inc.*, [2006] O.J. No. 4895 (QL), 2006 CanLII 41006 (Ont. S.C.); *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA and others*, [2005] UKHL 43, [2006] 1 A.C. 221; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Mount Sinai Hospital Centre v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Canada (Attorney General) v. Canadian Doctors for Refugee Care*, 2015 FCA 34, 470 N.R. 167; *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686; *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (August 30, 2000), ICSID, Case No. Arb(AF)/97/1; *Marvin Feldman v. Mexico*

(U.S.A.) v. United Mexican States (1926), 4 R.I.A.A. 60; *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, NAFTA – Chapter 11 – Investment Award, 8 juin 2009; *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (30 avril 2004), ICSID Case No. Arb(AF)/00/3; *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, (10 avril 2001), CNUDCI Règlement d'arbitrage, sentence sur le fond de la Phase 2; *United Mexican States v. Karpa* (2005), 74 O.R. (3d) 180, [2005] O.J. n° 16 (QL); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688; *ADF Group v. United States of America*, (9 janvier 2003), ICSID Case No. ARB(AF)00/1; *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, (24 mars 2016), UNCITRAL PCA Case No. 2012-17; *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)* (2006), 277 D.L.R. (4th) 527, 149 C.R.R. (2d) 290 (C.A. Ont.); *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 174; *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A.*, [1999] O.J. n° 3573 (QL) (C.S.), (1999), 104 O.T.C. 1, conf. par [2000] O.J. n° 3408 (QL) (C.A.), (2000), 49 O.R. (3d) 414, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusé, [2001] 1 R.C.S. xi.

DÉCISIONS CITÉES :

Clayton c. Canada (Procureur général), 2018 CAF 1, [2018] A.C.F. n° 11 (QL); *Canada (Procureur général) c. S.D. Myers Inc.*, 2004 CF 38, [2004] 3 R.C.F. 368; *Canada (Attorney General) v. Mobil Investments Canada Inc.*, 2016 ONSC 790 (CanLII), 129 O.R. (3d) 506; *Newfoundland and Labrador v. ExxonMobil Canada Properties*, 2017 NLTD(G) 147 (CanLII), [2017] N.J. n° 313 (QL); *SMART Technologies ULC v. Electroboard Solutions Pty Ltd.*, 2017 ABQB 559 (CanLII), [2017] A.J. n° 953 (QL); *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, (6 décembre 2000), ICSID Case No. Arb(AF)/99/1; *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, (15 novembre 2004), UNCITRAL, sentence; *Xerox Canada Ltd. v. MPI Technologies Inc.*, [2006] O.J. n° 4895 (QL), 2006 CanLII 41006 (C.S. Ont.); *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA and others*, [2005] UKHL 43, [2006] 1 A.C. 221; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Canada (Procureur général) c. Canadian Doctors for Refugee Care*, 2015 CAF 34; *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686; *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (30 août 2000), ICSID Case No. Arb(AF)/97/1; *Marvin Feldman v. Mexico*

(December 16, 2002), ICSID Case No. Arb(AF)/99/1; *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (June 26, 2003), ICSID Case No. ARB(AF)/98/3; *Apotex Inc. v. The Government of the United States of America* (June 14, 2013), ICSID Case No. UNCT/10/2.

(16 décembre 2002), ICSID Case No. Arb(AF)/99/1; *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (26 juin 2003), ICSID Case No. ARB(AF)/98/3; *Apotex Inc. v. The Government of the United States of America* (14 juin 2013), ICSID Case No. UNCT/10/2.

AUTHORS CITED

- Adkins, Cory and David Singh Grewal. “Democracy and Legitimacy in Investor-State Arbitration” (2016), 126 *Yale L.J.* 65.
- Alvarez, Henri. “Judicial Review of NAFTA Chapter 11 Arbitral Awards”, in Frédéric Bachand ed., *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, International Arbitration Institute, 2011.
- Atik, Jeffrey “Legitimacy, Transparency and NGO Participation in the NAFTA Chapter 11 Process” in Todd Weiler, ed., *NAFTA: Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, New York: Transnational Publishers, 2004.
- Brauch, Martin Dietrich. IISD Best Practices Series: *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, January 2017.
- Brower II, Charles H. “Investor-State Disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back” (2001), 40 *Colum. J. Transnat’l L.* 43.
- Brown, Donald J.M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose leaf, Toronto: Canvasback, 1998.
- Carfagnini, Michael. “Too Low a Threshold: *Bilcon v. Canada* and the International Minimum Standard of Treatment” (2016), 53 *Can. Y.B. Int’l L.* 244.
- Coe, Jack J. “Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in Its Tenth Year: An Interim Sketch of Selected Themes, Issues, and Methods” (2003), 36 *Vand. J. Transnat’l L.* 1381.
- de Mestral, Armand and Lukas Vanhonnaeker. “The Impact of the NAFTA Experience on Canadian Policy Concerning Investor-State Arbitration” in de Mestral, ed., *Second Thoughts: Investor-State Arbitration Between Developed Democracies*, Waterloo, Ont.: Centre for International Governance Innovation, 2017.
- Dodge, William S. “Local Remedies Under NAFTA Chapter 11”, in Frédéric Bachand ed., *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, International Arbitration Institute: 2011.
- Dodge, William S. “National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata Under Chapter Eleven of NAFTA” (2000), 23 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 358.
- Doelle, Meinhard. “The Bilcon NAFTA Tribunal: A Clash of Investor Protection and Sustainability-based

DOCTRINE CITÉE

- Adkins, Cory et David Singh Grewal. « Democracy and Legitimacy in Investor-State Arbitration » (2016), 126 *Yale L.J.* 65.
- Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada. Notes d’interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (Commission du libre-échange de l’ALENA – 31 juillet 2001), en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=fra>.
- Alvarez, Henri. « Judicial Review of NAFTA Chapter 11 Arbitral Awards », dans Frédéric Bachand, dir., *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, International Arbitration Institute, 2011.
- Atik, Jeffrey. « Legitimacy, Transparency and NGO Participation in the NAFTA Chapter 11 Process » dans Todd Weiler, dir., *NAFTA : Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, New York : Transnational Publishers, 2004.
- Brauch, Martin Dietrich. IISD Best Practices Series: *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, janvier 2017.
- Brower II, Charles H. « Investor-State Disputes Under NAFTA : The Empire Strikes Back » (2001), 40 *Colum. J. Transnat’l L.* 43.
- Brown, Donald J.M. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Canvasback, 1998.
- Carfagnini, Michael. « Too Low a Threshold : *Bilcon v. Canada* and the International Minimum Standard of Treatment » (2016), 53 *A.C.D.I.* 244.
- Coe, Jack J. « Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in Its Tenth Year : An Interim Sketch of Selected Themes, Issues, and Methods » (2003), 36 *Vand. J. Transnat’l L.* 1381.
- Commission d’examen conjoint du projet de carrière et de terminal maritime de Whites Point. *Évaluation environnementale du projet de carrière et de terminal maritime de Whites Point : rapport de la commission d’examen conjoint*, octobre 2007.
- de Mestral, Armand et Lukas Vanhonnaeker. « The Impact of the NAFTA Experience on Canadian Policy Concerning Investor-State Arbitration » dans de Mestral, dir., *Second Thoughts : Investor-State Arbitration*

- Environmental Assessments” in Stanley D. Berger, *Key Developments in Environmental Law*, 2017 Edition, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009.
- Jan van den Berg, Albert. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, T.M.C. Asser Institute, 1981.
- Kinnear, Meg N., Andrea K. Bjorklund and John F.G. Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, looseleaf, Kluwer Law International, 2006.
- Lemieux, Denis and Ana Stuhec. *Review of Administrative Action under NAFTA*, Scarborough, Ont: Carswell, 1999.
- Foreign Affairs, Trade and Development Canada. Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001), online: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=eng>.
- Puig, Sergio and Meg Kinnear. “NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration” (2010), 25 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 225.
- Redfern, Alan and Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.
- Rubins, Noah. “Judicial Review of Investment Arbitration Awards” in Todd Weiler ed., *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, New York: Transnational Publishers, 2004.
- Spiermann, Ole. “Applicable Law”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Weiler, Todd. “*Metalclad v. Mexico*: A Play in Three Parts” (2001), 2 *J. World Inv.* 685.
- Whites Point Quarry and Marine Terminal Project Joint Review Panel. *Environmental Assessment of the Whites Point Quarry and Marine Terminal Project: Joint Review Panel Report*, October 2007.
- Between Developed Democracies, Waterloo, Ont.: Centre for International Governance Innovation, 2017.
- Dodge, William S. « Local Remedies Under NAFTA Chapter 11 », dans Frédéric Bachand, dir., *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, International Arbitration Institute : 2011.
- Dodge, William S. « National Courts and International Arbitration : Exhaustion of Remedies and Res Judicata Under Chapter Eleven of NAFTA » (2000), 23 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 358.
- Doelle, Meinhard. « The Bilcon NAFTA Tribunal : A Clash of Investor Protection and Sustainability-Based Environmental Assessments » dans Stanley D. Berger, dir., *Key Developments in Environmental Law*, édition 2017, Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2009.
- Jan van den Berg, Albert. *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation*, T.M.C. Asser Institute, 1981.
- Kinnear, Meg N., Andrea K. Bjorklund et John F.G. Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA : An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, feuilles mobiles, Kluwer Law International, 2006.
- Lemieux, Denis et Ana Stuhec. *Review of Administrative Action under NAFTA*, Scarborough, Ont : Carswell, 1999.
- Puig, Sergio et Meg Kinnear, « NAFTA Chapter Eleven at Fifteen : Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration » (2010), 25 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 225.
- Redfern, Alan et Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4^e éd. London : Sweet & Maxwell, 2004.
- Rubins, Noah. « Judicial Review of Investment Arbitration Awards » dans Todd Weiler, dir., *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, New York : Transnational Publishers, 2004.
- Spiermann, Ole. « Applicable Law », dans Peter Muchlinski, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford : Oxford University Press, 2008.
- Weiler, Todd. « *Metalclad v. Mexico* : A Play in Three Parts » (2001), 2 *J. World Inv.* 685.
- APPLICATION brought pursuant to article 34(2)(a)(iii) of the *Commercial Arbitration Code* seeking an order setting aside an arbitral award (*Bilcon of Delaware Inc. et al. v. Government of Canada* (March 17, 2015), UNCITRAL P.C.A. Case No. 2009-04) in favour of the respondents made by the majority of a tribunal constituted under Chapter Eleven of the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada,*
- DEMANDE présentée en vertu du sous-alinéa 34(2)a)iii) du *Code d’arbitrage commercial* sollicitant une ordonnance annulant une sentence arbitrale (*Bilcon of Delaware Inc. et al. c. Gouvernement du Canada* (17 mars 2015), CNUDCI C.P.A. n° de dossier 2009-04) rendue en faveur des défendeurs par la majorité d’un tribunal constitué en vertu du chapitre 11 de l’*Accord de libre-échange nord-américain entre le*

the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America. Application dismissed.

gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique. Demande rejetée.

APPEARANCES

Roger Flaim, Karen Lovell and Susanna Kam for applicant.

Gregory J. Nash, John Judge, John Terry and Randy Sutton for respondents.

Aaron Ward, Amir Attaran and Matthew Lakatos-Hayward for interveners.

ONT COMPARU

Roger Flaim, Karen Lovell et Susanna Kam, pour le demandeur.

Gregory J. Nash, John Judge, John Terry et Randy Sutton, pour les défendeurs.

Aaron Ward, Amir Attaran et Matthew Lakatos-Hayward, pour les intervenantes.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant. Nash Johnston LLP, Vancouver, for respondents.

Ecojustice Environmental Law Clinic, Toronto, for interveners.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada, pour le demandeur.

Nash Johnston LLP, Vancouver, pour les défendeurs.

Ecojustice Environmental Law Clinic, Toronto, pour les intervenantes.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. Introduction	1
II. The Investors	7
III. The Project	8
IV. The Federal-Provincial Joint Review Panel.....	12
V. The Submission to Arbitration.....	23
VI. The Relevant Provisions of NAFTA.....	27
VII. The Decision of the NAFTA Tribunal ...	34
A. The Majority's Decision	37
(i) The Majority's Application of the <i>Waste Management</i> standard.....	43
B. The Dissenting Opinion.....	52
VIII. The Issue	62
IX. The Applicable Standard of Review	64
X. Did the Tribunal Commit a Jurisdictional Error in this Case?.....	84
A. The Arguments of the Parties	84
B. Commentary on the Majority's Decision.....	91

TABLES DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. Introduction	1
II. Les investisseurs.....	7
III. Le projet	8
IV. La commission fédérale-provinciale d'examen conjoint.....	12
V. Le recours à l'arbitrage.....	23
VI. Les dispositions pertinentes de l'ALENA.....	27
VII. La décision du tribunal de l'ALENA	34
A. La décision du Tribunal à la majorité....	37
(i) L'application par la majorité de la norme de la jurisprudence <i>Waste Management</i>	43
B. L'opinion dissidente.....	52
VIII. La question en litige.....	62
IX. La norme de contrôle applicable.....	64
X. Le Tribunal a-t-il commis une erreur de compétence en l'espèce?.....	84
A. Les thèses des parties.....	84
B. Observations sur la décision du Tribunal à la majorité	91

C. What was the Issue that the Tribunal Decided?.....	100	C. Quelle était la question que le Tribunal a tranchée?.....	100
D. Did the Majority’s Award Deal with an Issue that was not Within the Submission to Arbitration Made under Chapter Eleven of NAFTA?.....	106	D. La décision du Tribunal à la majorité a-t-elle porté sur une question qui n’était pas visée par le litige soumis à l’arbitrage en vertu du chapitre 11 de l’ALENA?.....	106
(i) The Investors’ Submission to Arbitration.....	108	(i) Le litige soumis à l’arbitrage par les investisseurs.....	108
(ii) Canada’s Argument Regarding the Tribunal’s Consideration of Domestic Law.....	113	(ii) La thèse du Canada concernant la prise en compte du droit interne par le Tribunal.....	113
(iii) Canada’s Argument Regarding the Relevant Articles of NAFTA and the Interpretative Notes.....	125	(iii) La thèse du Canada concernant les articles pertinents de l’ALENA et les notes interprétatives.....	125
(iv) Analysis.....	130	(iv) Analyse.....	130
E. Is there Anything in NAFTA that Precluded the Majority of the Tribunal from Making the Award that it Made?.....	148	E. Y a-t-il une disposition de l’ALENA qui interdisait à la majorité du Tribunal de rendre la sentence qu’elle a rendue?.....	148
(i) Did the Tribunal Have Jurisdiction to Embark on the Inquiry?.....	159	(i) Le Tribunal avait-il compétence pour entamer l’enquête?.....	159
(ii) Metalclad is Distinguishable.....	164	(ii) La jurisprudence <i>Metalclad</i> appelle un distinguo.....	164
(iii) The Tribunal’s Application of the <i>Waste Management</i> Standard.....	170	(iii) L’application par le Tribunal de la norme de la jurisprudence <i>Waste Management</i>	170
XI. The Interveners’ Arguments.....	184	XI. Les arguments des intervenantes.....	184
XII. Conclusion.....	198	XII. Conclusion.....	198
XIII. Costs.....	201	XIII. Dépens.....	201
Appendix I.....	p. 462	Annexe I.....	p. 462
Appendix II.....	p. 466	Annexe II.....	p. 466

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

MACTAVISH J.:

I. Introduction

[1] The Government of Canada seeks an order setting aside an arbitral award in favour of the respondents made by the majority of a tribunal constituted under Chapter Eleven [Articles 1101 to 1139] of the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA). The majority of the Tribunal concluded that Canada had violated certain of its NAFTA obligations when a federal-provincial environmental assessment panel recommended that the

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

LA JUGE MACTAVISH:

I. Introduction

[1] Le gouvernement du Canada sollicite une ordonnance annulant une sentence arbitrale rendue en faveur des défendeurs par la majorité d’un tribunal constitué en vertu du chapitre 11 [articles 1101 à 1139] de l’*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA). La majorité du Tribunal a conclu que le Canada avait manqué à certaines des obligations que lui impose l’ALENA lorsqu’un comité d’évaluation environnementale

respondents' proposed quarry and marine terminal project in Nova Scotia should not go forward. Based upon the findings of this assessment, the federal and Nova Scotia governments subsequently refused to approve the project.

[2] Canada argues that the majority of the Tribunal erred in finding that Canada had breached its obligations under NAFTA by basing its liability finding on its conclusion that the environmental assessment was not carried out in accordance with applicable federal and provincial legislation. The majority's liability finding was also based on its determination that the assessment was carried out in a manner that did not comply with the level of procedural fairness required by Canadian administrative law.

[3] Canada notes that NAFTA tribunals do not sit in review of judicial or administrative decisions made by State Parties, and that they have only been empowered to decide questions of international law. While the majority of the Tribunal purported to base its decision on international law principles, Canada submits that it instead decided questions of Canadian law that are reserved for this Court. According to Canada, this wrongful appropriation of jurisdiction requires that the Award be set aside.

[4] The respondents observe that the authority of this Court to interfere with international arbitral decisions is strictly limited by the provisions of the *Commercial Arbitration Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17], which precludes the Court from reviewing the merits of an arbitral tribunal's decision. The Court may only intervene where an arbitral tribunal decides a matter that is beyond the parties' submission to arbitration, or where one of the five other enumerated grounds for setting aside an arbitral decision is met. The respondents submit that no such jurisdictional error was committed by the majority of the Tribunal in this case, and that its liability finding was not based on Canada's domestic laws, but on the international law principles that are embedded in the relevant articles of NAFTA.

fédéral-provincial avait recommandé que le projet de carrière et de terminal maritime proposé par les défendeurs en Nouvelle-Écosse ne soit pas poursuivi. S'appuyant sur les conclusions de cette évaluation, les gouvernements fédéral et néo-écossais ont par la suite refusé d'approuver le projet.

[2] Le Canada fait valoir que le Tribunal à la majorité a commis une erreur en concluant que le Canada avait manqué aux obligations que lui impose l'ALENA en fondant sa conclusion de responsabilité sur sa constatation que l'évaluation environnementale n'avait pas été effectuée conformément aux lois fédérales et provinciales applicables. La conclusion du Tribunal à la majorité en matière de responsabilité était également fondée sur sa conclusion que l'évaluation avait été effectuée d'une manière qui ne respectait pas le niveau d'équité procédurale exigé par le droit administratif canadien.

[3] Le Canada note que les tribunaux de l'ALENA n'ont pas pour mission d'examiner les décisions judiciaires ou administratives prises par les États parties et qu'ils sont seulement habilités à trancher des questions de droit international. Alors que le Tribunal à la majorité prétendait trancher des questions de droit international, le Canada soutient qu'il a plutôt tranché des questions de droit canadien qui sont du seul ressort de notre Cour. Selon le Canada, cette usurpation de compétence appelle l'annulation de la sentence.

[4] Les défendeurs observent que le pouvoir de notre Cour de revenir sur les décisions arbitrales internationales est strictement limitée par les dispositions de la *Loi sur l'arbitrage commercial* [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17], laquelle exclut l'examen par notre Cour d'une décision d'un tribunal arbitral au fond. La Cour ne peut intervenir que lorsqu'un tribunal arbitral tranche une question qui ne relève pas du litige soumis à l'arbitrage par les parties, ou lorsque l'un des cinq autres motifs d'annulation énumérés est constaté. Les défendeurs soutiennent que nulle erreur de compétence n'a été commise par le Tribunal à la majorité en l'espèce et que sa conclusion relative à la responsabilité n'était pas fondée sur les lois internes canadiennes, mais sur les principes de droit international consacrés par les articles pertinents de l'ALENA.

[5] According to the respondents, Canada is endeavouring to fabricate a jurisdictional issue where none exists, in what they say is a transparent attempt to re-argue the merits of the case. In the absence of a true issue going to the jurisdiction of the Tribunal, the respondents say that the application should be dismissed.

[6] For the reasons that follow, I have concluded that Canada's application to set aside the Tribunal's Award cannot succeed as the errors attributed to the majority of the Tribunal do not involve true questions of jurisdiction. What Canada takes issue with are findings of fact made by the Tribunal majority, or its application of the law to the facts as it has found them. In the absence of a true jurisdictional error on the part of the Tribunal, this Court has no power to intervene. Consequently, the application will be dismissed.

II. The Investors

[7] The respondent Bilcon of Delaware, Inc. is a U.S. corporation. The respondents William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton and Daniel Clayton are American citizens. Bilcon of Delaware, Inc. and certain of the Claytons own or control a subsidiary company incorporated in Nova Scotia, known as Bilcon of Nova Scotia (Bilcon). For the purposes of these reasons, the Respondents shall be referred to collectively as "the Investors".

III. The Project

[8] The Investors incorporated Bilcon in 2002 for the purpose of developing a basalt quarry, processing facility, ship loading facility and marine terminal at Whites Point, Nova Scotia (the Project). Whites Point is a community adjacent to the Bay of Fundy.

[9] The Bay of Fundy is an important feeding and breeding ground for many different marine animals, including a number of species that are protected by the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29. In 2001, the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization designated the area a "biosphere reserve": that is, an

[5] Selon les défendeurs, le Canada s'efforce de forger une question de compétence là où il n'y en a pas, ce qui, selon eux, constitue une tentative évidente de remise en cause de l'affaire au fond. En l'absence d'une réelle question relative à la compétence du Tribunal, les défendeurs disent que la demande doit être rejetée.

[6] Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que la demande du Canada d'annuler la sentence du Tribunal ne peut être accueillie, car les erreurs attribuées au Tribunal à la majorité ne mettent pas en jeu de véritables questions de compétence. Ce que le Canada conteste, ce sont les conclusions de fait tirées par le Tribunal à la majorité ou son application de la loi aux faits tels qu'il les a constatés. En l'absence d'une réelle erreur de compétence de la part du Tribunal, notre Cour n'a pas le pouvoir d'intervenir. Par conséquent, la demande sera rejetée.

II. Les investisseurs

[7] La défenderesse Bilcon of Delaware, Inc. est une société américaine. Les défendeurs William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton et Daniel Clayton sont citoyens américains. Bilcon of Delaware, Inc. et certains des membres de la famille Clayton possèdent ou contrôlent une filiale constituée en Nouvelle-Écosse, connue sous le nom de Bilcon of Nova Scotia (Bilcon). Aux fins des présents motifs, les défendeurs sont ainsi désignés collectivement : « les investisseurs ».

III. Le projet

[8] Les investisseurs ont constitué en personne morale Bilcon en 2002 dans le but de développer une carrière de basalte, une usine de traitement, une installation de chargement de navires et un terminal maritime à Whites Point, en Nouvelle-Écosse (le projet). Whites Point est une communauté adjacente à la baie de Fundy.

[9] La baie de Fundy est une importante aire d'alimentation et de reproduction pour de nombreux animaux marins, y compris un certain nombre d'espèces protégées par la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29. En 2001, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture a désigné l'aire comme une

ecosystem that promotes biodiversity, conservation, and sustainable resources.

[10] The Investors' proposed Project consisted of two principal components. The first was a 152-hectare quarry to be located one kilometre west of the village of Little River, where rock would be blasted, crushed, washed and stockpiled. The second main component of the project was a 170-metre long marine terminal where bulk carrier ships of up to 230 meters in length could moor to be loaded with processed aggregate. It was intended that Bilcon would ship 40 000 tons of high quality Nova Scotia stone from Whites Point to the United States each week (or 2 000 000 tons annually) for a period of 50 years.

[11] Relying upon the encouragement that they say they received from "the highest levels of government", the Investors invested many years and millions of dollars in pursuing the Project, only to have the federal and provincial governments ultimately refuse to approve it.

IV. The Federal-Provincial Joint Review Panel

[12] The Project was subject to two environmental assessment regimes, the Nova Scotia *Environment Act*, S.N.S. 1994-95, c. 1 (NSEA) and the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (CEAA) [repealed by S.C. 2012, c. 19, s. 66], as well as the regulations promulgated under each statute. The completion of a federal environmental assessment was a precondition for the Investors to receive the necessary permits from various branches of the federal and provincial governments to allow the Project to proceed.

[13] The provincial and federal governments decided to harmonize these assessments, and, in 2004, they established a federal-provincial Joint Review Panel (JRP) to carry out an environmental assessment of the Project [*Environmental Assessment of the White Points Quarry and Marine Terminal Project: Joint Review Panel Report*, October 2007]. The Investors do not dispute that

« réserve de biosphère », c'est-à-dire un écosystème qui favorise la biodiversité, la conservation et les ressources durables.

[10] Le projet proposé par les investisseurs comportait deux volets principaux. Le premier volet était une carrière de 152 hectares située à un kilomètre à l'ouest du village de Little River, où la roche serait dynamitée, écrasée, lavée et stockée. Le deuxième volet du projet consistait en un terminal maritime de 170 mètres de long où des vraquiers d'une longueur maximale de 230 mètres pouvaient amarrer pour être chargés de granulats traités. Il était prévu que Bilcon expédierait 40 000 tonnes de pierres de qualité supérieure de la Nouvelle-Écosse depuis Whites Point jusqu'aux États-Unis chaque semaine (ou 2 000 000 tonnes par année) pour une période de 50 ans.

[11] S'appuyant sur les encouragements qu'ils disent avoir reçus des « plus hauts niveaux de gouvernement », les investisseurs ont investi de nombreuses années et des millions de dollars dans la poursuite du projet, que les gouvernements fédéral et provinciaux refuseront finalement d'approuver.

IV. La commission fédérale-provinciale d'examen conjoint

[12] Le projet a été assujéti à deux régimes d'évaluation environnementale, l'*Environment Act*, S.N.S. 1994-95, ch.1, de la Nouvelle-Écosse (l'EA de la N.-É.) et la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (LCEE), ainsi qu'à des règlements pris en vertu de chaque loi. La réalisation d'une évaluation environnementale fédérale constituait une condition préalable pour que les investisseurs obtiennent les permis nécessaires de diverses directions des gouvernements fédéral et provincial pour que le projet puisse aller de l'avant.

[13] Les gouvernements fédéral et provincial ont décidé d'harmoniser ces évaluations et, en 2004, ils ont établi une commission d'examen conjoint (CEC) fédérale-provinciale chargée d'effectuer une évaluation environnementale du projet [*Évaluation environnementale du projet de carrière et de terminal maritime de Whites Point : rapport de la commission d'examen*

an environmental assessment was required in this case. They do, however, take issue with the way that the assessment was carried out.

[14] Before the NAFTA Tribunal, the Investors objected to the decision to refer the Project to a JRP for assessment, rather than subjecting it to a less intensive form of environmental review. They also took issue with the composition of the JRP itself. The Tribunal refused to consider these claims on the basis that they were brought outside of the three-year limitation period provided for in Article 1116 of NAFTA, and these arguments are not at issue in this application.

[15] Under the NSEA, the JRP had to consider whether the Project would cause adverse effects or environmental effects that could not be mitigated. To this end, the NSEA mandated a broad inquiry into the Project's potential effects on both the biophysical and human environments. The NSEA defines [at section 3] "environment" broadly to include "air, land and water", in addition to "socio-economic conditions ... environmental health, [and] physical and cultural heritage". It defines "environmental effect" as including "any change, whether negative or positive, that the undertaking may cause in the environment, including any effect on socio-economic conditions, on environmental health, [or] physical and cultural heritage". The NSEA Regulations provided that the JRP was to make recommendations on these factors to the Nova Scotia Minister of Environment and Labour, whose responsibility it was to either approve the project (with or without conditions) or reject it.

[16] Pursuant to the CEAA, the JRP was required to give consideration to the environmental effects of the Project and their significance. Like the NSEA, the CEAA required consideration of both biophysical and socio-economic effects. The CEAA defines [at section 2] "environmental effect", in part, as "any change that the project may cause in the environment" and "any effect of any change [in the environment] on (i) health and

conjoint, octobre 2007]. Les investisseurs ne nient pas qu'une évaluation environnementale était requise en l'espèce. Toutefois, leur grief est fondé sur la manière dont l'évaluation a été effectuée.

[14] Devant le Tribunal de l'ALENA, les investisseurs se sont opposés à la décision de confier le projet à une commission d'examen conjoint plutôt que de le soumettre à un examen environnemental moins fouillé. Ils ont également contesté la composition de la CEC elle-même. Le Tribunal a refusé d'examiner ces demandes au motif qu'elles avaient été présentées après le délai de prescription de trois ans prévu à l'article 1116 de l'ALENA, et ces arguments ne sont pas en cause dans la présente procédure.

[15] Aux termes de l'EA de la N.-É., la CEC devait déterminer si le projet causerait des effets défavorables ou environnementaux qui ne pourraient être atténués. À cette fin, l'EA de la N.-É. a prescrit une vaste enquête sur les effets potentiels du projet sur les environnements biophysiques et humains. L'EA de la N.-É. définit [à l'article 3] [TRADUCTION] l'« environnement » de manière large comme englobant [TRADUCTION] « l'air, la terre et l'eau », ainsi que « les conditions socioéconomiques [...] la santé environnementale [et] le patrimoine physique et culturel ». Elle définit [TRADUCTION] l'« effet environnemental » comme englobant [TRADUCTION] « tout changement, négatif ou positif, que l'entreprise peut causer dans l'environnement, y compris tout effet sur les conditions socio-économiques, sur la santé environnementale, [ou] sur le patrimoine physique et culturel ». Le Règlement de l'EA de la N.-É. prévoyait que la CEC fasse des recommandations sur ces facteurs au ministre de l'Environnement et du Travail de la Nouvelle-Écosse, qui était chargé d'approuver le projet (avec ou sans conditions) ou de le rejeter.

[16] Aux termes de la LCEE, la CEC était tenue de prendre en considération les effets environnementaux du projet et leur importance. Comme l'EA de la N.-É., la LCEE exigeait qu'il soit tenu compte des effets biophysiques et socio-économiques. La LCEE définit [à l'article 2] les « effets environnementaux » en partie comme les « changements que la réalisation d'un projet risque de causer à l'environnement » et « les répercussions de

socio-economic conditions, (ii) physical and cultural heritage, [or] (iii) the current use of lands and resources for traditional purposes by aboriginal persons”. The CEAA [at paragraph 16(1)(d)] also required a consideration of “measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the project”.

[17] After almost three years of work, the JRP submitted its report to the governments of Canada and Nova Scotia on October 22, 2007. The JRP recommended that the Project not be permitted to proceed on the basis that it was likely to cause significant adverse environmental effects that could not be justified in the circumstances.

[18] While the JRP expressed many concerns over the potential biophysical and socio-economic effects of the Project, the primary conclusion underlying its recommendation that the Project be rejected was that it “would have a significant adverse effect on a Valued Environmental Component represented by the ‘core values’ of the affected communities”. As the JRP explained, the “injection of an industrial project into the region would undermine and jeopardize community visions and expectations, and lead to irrevocable and undesired changes of quality of life”.

[19] A primary consideration influencing the JRP’s decision to recommend rejection of the Project was the adverse impact that the project would have on the people, communities and economy of Digby Neck and Islands. It observed that this region of Nova Scotia “is unique in its history and in its community development activities and trajectory”, and that “[i]ts core values, defined by the people and their governments, support the principles of sustainable development based on the quality of the local environment”.

[20] The JRP went on to note that “[l]ocal residents are deeply embedded within and dependent on the terrestrial

ces changements soit en matière sanitaire et socioéconomique, soit sur l’usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles par les autochtones, soit sur une construction, un emplacement ou une chose d’importance en matière historique, archéologique, paléontologique ou architecturale ». La LCEE [à l’alinéa 16(1)d)] exigeait également qu’il soit tenu compte des « mesures d’atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux importants du projet ».

[17] Après presque trois ans de travail, la CEC a présenté son rapport aux gouvernements canadien et néo-écossais le 22 octobre 2007. La CEC a recommandé que le projet ne soit pas autorisé à aller de l’avant parce qu’il risquerait de causer des effets environnementaux défavorables importants qui ne pouvaient être justifiés dans les circonstances.

[18] Bien que la CEC exprime de nombreuses préoccupations au sujet des effets biophysiques et socioéconomiques potentiels du projet, la principale conclusion sur laquelle reposait sa recommandation de rejet du projet était « que le projet aurait un effet négatif important sur une composante valorisée de l’écosystème représentée par les “valeurs essentielles” des communautés touchées ». Comme l’a expliqué la CEC, « [l]’implantation proposée d’un projet industriel dans la région minière et mettrait en danger les visions et attentes des communautés et entraînerait des changements irrévocables et malvenus de leur qualité de vie ».

[19] L’un des principaux facteurs ayant influencé la décision de la CEC de recommander le rejet du projet était l’effet défavorable que le projet aurait sur les personnes, les collectivités et l’économie de la péninsule et les îles Digby. Elle a observé que cette région de la Nouvelle-Écosse « est unique de par son histoire, ses activités de développement communautaire et son évolution » et que « [d]éfinies par sa population et ses administrations publiques, ses valeurs essentielles soutiennent les principes de développement durable fondés sur la qualité de l’environnement local ».

[20] La CEC a ajouté que « les résidents locaux sont profondément enracinés dans les écosystèmes terrestre et

and marine ecosystems of this region” and that “human health and well-being is intrinsically linked with the viability of the ecosystem”. The JRP was of the view that the Project “would undermine community-driven economic development planning and threaten an area recognized and celebrated as a model of sustainability by local, regional, national and international authorities”. It further found that “[t]he Project is inconsistent with many government policies and principles at local, provincial and national levels”, and that it would not make a net contribution to sustainability, and would be likely to have a significant adverse environmental effect on the people and communities that comprise Digby Neck and Islands.

[21] The JRP chose not to provide any recommendations regarding measures that could be taken to mitigate the environmental impact of the Project, in the event that government decision makers decided to approve it. This was because it concluded that the Project’s impact on “community core values” was a significant adverse environmental effect that could not be mitigated.

[22] Once the JRP submitted its report, decision makers had to consider whether to take action under federal and provincial statutes to enable the Project to go ahead. In November of 2007, Nova Scotia issued a decision refusing to allow the Project to proceed. Canada followed suit the next month, issuing a separate decision denying the Investors permission to proceed with the Project.

V. The Submission to Arbitration

[23] Although they have identified what they say are numerous procedural and substantive errors in the JRP process and Report, the Investors did not seek judicial review of the JRP Report, either in this Court or in the Nova Scotia Courts, nor did they seek to challenge the governmental decisions denying them permission to proceed with the Project in either jurisdiction.

maritime de cette région et en dépendent » et que « la santé et le bien-être de la population sont intrinsèquement liés à la viabilité de l’écosystème ». La CEC était d’avis que le projet « porterait gravement atteinte à la planification du développement économique porté par la communauté et mettrait en péril une région reconnue et glorifiée comme modèle de viabilité par les instances locales, régionales, nationales et internationales ». Elle a également conclu que « [l]e projet ne concorde pas avec de nombreux principes et politiques d’administration publique aux niveaux local, provincial et national », et qu’il ne contribuerait pas de façon nette à la durabilité et serait susceptible d’avoir un effet environnemental défavorable important sur les personnes et les communautés qui composent la péninsule et les îles Digby.

[21] La CEC a choisi de ne fournir aucune recommandation concernant les mesures qui pourraient être prises pour atténuer l’effet environnemental du projet, au cas où les décideurs gouvernementaux décideraient de l’approuver. Cela tient au fait qu’elle a conclu que l’effet du projet sur les « valeurs fondamentales de cette collectivité » était un effet environnemental défavorable important qui ne pouvait être atténué.

[22] Une fois que la CEC a présenté son rapport, les décideurs devaient rechercher s’il fallait prendre des mesures en vertu des lois fédérales et provinciales permettant au projet d’aller de l’avant. En novembre 2007, la Nouvelle-Écosse a rendu sa décision par laquelle elle refusait la poursuite du projet. Le Canada a emboîté le pas le mois suivant en rendant une décision distincte refusant aux investisseurs la permission de poursuivre le projet.

V. Le recours à l’arbitrage

[23] Bien qu’ils aient cerné ce qu’ils affirment être de nombreuses erreurs de procédure et de fond dans le processus et le rapport de la CEC, les investisseurs n’ont pas demandé le contrôle judiciaire du rapport de la CEC ni devant notre Cour ni devant les tribunaux de la Nouvelle-Écosse. Ils n’ont pas non plus attaqué les décisions gouvernementales leur refusant la permission de poursuivre le projet dans l’un ou l’autre ressort.

[24] Instead, on February 5, 2008, the Investors filed a notice of intent to refer a claim for damages to arbitration under the investor-state dispute resolution provisions of Chapter Eleven of the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of United Mexican States and the Government of the United States of America*, 17 December 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, 32 I.L.M. 289.

[25] On May 26, 2008, the Investors issued a notice of arbitration under NAFTA, claiming damages for Canada's breaches of Article 1102 (National Treatment), Article 1103 (Most-Favored Nation Treatment), and Article 1105 (Minimum Standard of Treatment) of NAFTA.

[26] In support of their claim for damages, the Investors asserted that Canada's environmental regulatory regime had been applied to them in an arbitrary, unfair and discriminatory fashion. Amongst other things, the Investors claimed that the evaluation standard employed by the JRP in assessing the environmental impact of the Whites Point Project was outside its mandate under Canadian law. The Investors further contended that by relying on a flawed environmental assessment in refusing to approve the Project, the decisions of the federal and provincial governments were fundamentally arbitrary and unfair and breached the above-noted Articles of NAFTA.

VI. The Relevant Provisions of NAFTA

[27] Chapter Eleven of the NAFTA deals with investments made by investors from one NAFTA Party in the territory of another NAFTA Party. It was intended to further the NAFTA objective of increasing investment opportunities in the territories of the three signatories to the Treaty.

[28] Section A [Articles 1101 to 1114] of Chapter Eleven of NAFTA sets out specific obligations owed by each Party to investors from other NAFTA countries. Amongst other obligations, State Parties are required to treat investors from another NAFTA country

[24] Plutôt, le 5 février 2008, les investisseurs ont déposé un avis d'intention de soumettre une demande de dommages-intérêts à l'arbitrage en vertu des dispositions de règlement des différends État-investisseur du chapitre 11 de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, 32 I.L.M. 289.

[25] Le 26 mai 2008, les investisseurs ont émis un avis d'arbitrage en vertu de l'ALENA, réclamant des dommages-intérêts pour les violations par le Canada des articles 1102 (Traitement national), 1103 (Traitement de la nation la plus favorisée) et 1105 (Norme minimale de traitement) de l'ALENA.

[26] À l'appui de leur demande de dommages-intérêts, les investisseurs ont affirmé que le régime de réglementation environnementale du Canada leur avait été appliqué de façon arbitraire, injuste et discriminatoire. Entre autres choses, les investisseurs ont soutenu que la norme d'évaluation utilisée par la CEC pour évaluer l'effet environnemental du projet de Whites Point ne relevait pas de sa mission aux termes de la loi canadienne. Les investisseurs soutiennent en outre qu'en se fondant sur une évaluation environnementale erronée pour refuser d'approuver le projet, les décisions des gouvernements fédéral et provincial étaient fondamentalement arbitraires et injustes et contraires aux articles susmentionnés de l'ALENA.

VI. Les dispositions pertinentes de l'ALENA

[27] Le chapitre 11 de l'ALENA vise les investissements effectués par des investisseurs d'une partie de l'ALENA sur le territoire d'une autre partie à l'ALENA. Il avait pour but de favoriser l'objectif de l'ALENA d'accroître les possibilités d'investissement dans les territoires des trois pays signataires du Traité.

[28] La section A [articles 1101 à 1114] du chapitre 11 de l'ALENA énonce les obligations précises que chaque partie doit remplir envers les investisseurs d'autres pays membres de l'ALENA. Entre autres obligations, les États parties sont tenus de traiter les investisseurs d'un

in accordance with the minimum standard of treatment under customary international law, and to accord them treatment that is no less favorable than the treatment accorded to its own investors. Section B [Articles 1115 to 1138] of Chapter Eleven allows an investor from one NAFTA country to submit a claim for arbitration against a host state alleging that the substantive provisions of Chapter Eleven have been violated: William S. Dodge, “National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata Under Chapter Eleven of NAFTA” (2000), 23 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.*, page 358.

[29] At issue in this proceeding are Articles 1102 and 1105 of NAFTA, the relevant portions of which provide that:

Article 1102: National Treatment

Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

...

Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

The full text of each of these provisions is attached as Appendix I to these reasons.

[30] The purpose of Article 1105 of NAFTA has been described as being “to avoid what might otherwise be a gap” in investor-state protections. That is, a “government might treat an investor in a harsh, injurious and unjust manner, but do so in a way that is no different than the treatment inflicted on its own nationals. The ‘minimum standard’ is a floor below which treatment of foreign investors must not fall, even if a government were not

autre pays de l’ALENA conformément à la norme minimale de traitement prévue par le droit international coutumier et de leur accorder un traitement non moins favorable que le traitement accordé à leurs propres investisseurs. La section B [articles 1115 à 1138] du chapitre 11 permet à l’investisseur d’un pays de l’ALENA de présenter une demande d’arbitrage contre un État hôte alléguant que les dispositions de fond du chapitre 11 n’ont pas été respectées : William S. Dodge, « National Courts and International Arbitration : Exhaustion of Remedies and Res Judicata Under Chapter Eleven of NAFTA » (2000), 23 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.*, page 358.

[29] Sont en cause en l’espèce les articles 1102 et 1105 de l’ALENA, dont les passages pertinents se lisent comme suit :

Article 1102 : Traitement national

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d’une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu’elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l’établissement, l’acquisition, l’expansion, la gestion, la direction, l’exploitation et la vente ou autre aliénation d’investissements.

[...]

Article 1105 : Norme minimale de traitement

1. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d’une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu’une protection et une sécurité intégrales.

Le texte intégral de chacune de ces dispositions figure à l’annexe I des présents motifs.

[30] L’objet de l’article 1105 de l’ALENA a été ainsi défini : [TRADUCTION] « éviter ce qui pourrait autrement être une lacune » dans les mesures de protection prévues pour les investisseurs et les États. Autrement dit, un [TRADUCTION] « gouvernement pourrait traiter un investisseur d’une manière sévère, injurieuse et injuste, mais le faire d’une manière qui n’est pas différente du traitement infligé à ses propres ressortissants. La “ norme minimale ”

acting in a discriminatory manner”: both quotes from *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, (UNCITRAL), Partial Award, 13 November 2000 [*S.D. Myers*], at paragraph 259, cited in *United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664, 89 B.C.L.R. (3d) 359 [*Metalclad*], at paragraph 61.

[31] Also relevant to Article 1105 are the “Notes of Interpretation” issued by the NAFTA Free Trade Commission: See “Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission), July 31, 2001,” online: Global Affairs Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=eng>> (FTC Note). With regard to the minimum standard of treatment, the FTC Notes provide that:

1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment ... of another Party;
2. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment ... to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment ...;
3. A determination that there has been a breach of another provision of NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).

[32] In accordance with Article 1131(2) of NAFTA and Article 31 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679 (Vienna Convention), such interpretations by the NAFTA Free Trade Commission are binding on NAFTA Tribunals.

[33] Insofar as Article 1102 of NAFTA is concerned, national treatment obligations in investor-state

est le seuil en dessous duquel le traitement des investisseurs étrangers ne doit pas tomber, même si un gouvernement n’agissait pas de manière discriminatoire » : les deux citations de *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*, ALENA – Chapitre 11 – Investissement, (CNUDCI), sentence partielle, 13 novembre 2000, au paragraphe 259, cité dans l’affaire *United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 664, 89 B.C.L.R. (3d) 359 [*Metalclad*], paragraphe 61.

[31] Les « Notes d’interprétation » relatives à l’article 1105 publiées par la Commission du libre-échange de l’ALENA sont également pertinentes : Voir « Notes d’interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (Commission du libre-échange de l’ALENA) du 31 juillet 2001 », en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=fra>> (Notes de la CLE). En ce qui concerne la norme minimale de traitement, selon ces notes :

1. L’article 1105(1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l’égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d’une autre Partie;
2. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l’égard des étrangers;
3. La constatation qu’il y a eu violation d’une autre disposition de l’ALENA ou d’un accord international distinct qu’il y ait eu violation de l’article 1105(1).

[32] Conformément à l’article 1131(2) de l’ALENA et à l’article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37, 8 I.L.M. 679 (Convention de Vienne), de telles interprétations de la part de la Commission du libre-échange de l’ALENA lient les tribunaux de l’ALENA.

[33] En ce qui concerne l’article 1102 de l’ALENA, les obligations nationales en matière de traitement

agreements have traditionally sought to level the economic playing field between foreign and domestic participants. Article 1102 imposes a duty on NAFTA Parties “not to discriminate between foreign and domestic investors or investments on account of nationality when such investors or investments are situated in like circumstances”: Sergio Puig and Meg Kinnear, “NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration” (2010) 25 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 225, at page 240.

VII. The Decision of the NAFTA Tribunal

[34] The Tribunal was composed of three members. Professor Bryan Schwartz was appointed by the Investors, and Professor Donald McRae by Canada. Judge Bruno Simma was appointed as Tribunal President by agreement of the parties.

[35] The Tribunal rendered its decision on March 17, 2015: *Bilcon of Delaware Inc. et al. v. Government of Canada* (March 17, 2015), UNCITRAL P.C.A. Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability. As the parties had agreed to bifurcate the proceedings, the initial Tribunal Award dealt only with the issues of jurisdiction and liability. While the Tribunal unanimously concluded that it had jurisdiction to determine the Investors’ claim, they disagreed as to whether Canada was liable for breaches of any of its obligations under NAFTA.

[36] The majority decision issued by Tribunal President Simma and Professor Schwartz found Canada liable for breaches of Articles 1102 and 1105 of NAFTA, whereas Professor McRae found no liability on the part of Canada. The Tribunal’s hearings on the quantum of damages were set to begin in February of 2018. At this point, the Investors are seeking in excess of half a billion Canadian dollars in damages for Canada’s breaches of its obligations under NAFTA.

dans les accords investisseur-État visent traditionnellement à uniformiser les règles du jeu économique entre les participants étrangers et nationaux. L’article 1102 impose aux parties à l’ALENA [TRADUCTION] l’obligation « de ne pas faire de discrimination entre les investisseurs ou investissements étrangers et nationaux en raison de la nationalité lorsque de tels investisseurs ou investissements se trouvent dans des circonstances similaires » : Sergio Puig et Meg Kinnear, « NAFTA Chapter Eleven at Fifteen : Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration » (2010), 25 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 225, page 240.

VII. La décision du tribunal de l’ALENA

[34] Le Tribunal était composé de trois membres. Le professeur Bryan Schwartz a été nommé par les investisseurs et le professeur Donald McRae, par le Canada. Le juge Bruno Simma a été nommé président du Tribunal avec l’accord des parties.

[35] Le Tribunal a rendu sa décision le 17 mars 2015 : *Bilcon of Delaware Inc. et al. v. Government of Canada*, (17 mars 2015), CNUDCI, Cour permanente d’arbitrage n° de dossier 2009-04, décision sur la compétence et la responsabilité. Comme les parties avaient convenu de scinder la procédure, la sentence arbitrale initiale ne portait que sur les questions de compétence et de responsabilité. Bien que le Tribunal ait conclu à l’unanimité qu’il avait compétence pour statuer sur la plainte des investisseurs, il y avait désaccord sur la question de savoir si le Canada était responsable des manquements aux obligations prévues par l’ALENA.

[36] La décision majoritaire rendue par le président du Tribunal Simma et le professeur Schwartz a conclu que le Canada était responsable des manquements aux articles 1102 et 1105 de l’ALENA, alors que le professeur McRae n’a constaté nulle responsabilité de la part du Canada. Les audiences du Tribunal sur le montant des dommages-intérêts devaient commencer en février 2018. À ce stade, les investisseurs demandent plus d’un demi-milliard de dollars canadiens en dommages-intérêts pour les manquements du Canada aux obligations que lui impose l’ALENA.

A. *The Majority's Decision*

[37] While the Investors had challenged a wide range of measures and decisions made over the course of the JRP process, the majority found Canada liable under Articles 1105 and 1102 of NAFTA based primarily on two actions of the JRP: its reliance on the concept of “community core values” to arrive at its recommendation that the Project not be permitted to go ahead, and its approach to the issue of mitigation. The majority also had regard to the expectations that had been created in the minds of the Investors by governmental officials.

[38] The majority acknowledged at several points in its decision that it was required to apply customary international law in order to determine whether the actions of the JRP breached Article 1105 of NAFTA. As to what the minimum standard of treatment was that was required by customary international law, the majority stated that the “starting point” for its analysis was the decision in *L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States* (1926), 4 R.I.A.A. 60. *Neer* held that to establish a breach of the minimum standard of treatment of aliens at customary international law it must be shown that the treatment in question amounted to “bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency”: pages 61–62.

[39] The majority went on to observe that more recently, the Tribunal in *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, NAFTA – Chapter 11 – Investment, Award, 8 June 2009 [*Glamis*], held that “a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons” [footnote omitted] was necessary to establish a breach of the minimum standard of treatment at customary international law: paragraph 762. That said, the majority held that “NAFTA tribunals have ... tended to move away from the position more recently expressed in *Glamis*, and rather move towards the view that the international minimum standard has evolved

A. *La décision du Tribunal à la majorité*

[37] Bien que les investisseurs aient contesté un large éventail de mesures et décisions prises au cours du processus de la CEC, le Tribunal, à la majorité, a jugé le Canada responsable aux termes des articles 1105 et 1102 de l’ALENA principalement en raison de deux actions de la CEC : son recours au concept de « valeurs fondamentales de la collectivité » pour arriver à sa recommandation que le projet ne soit pas autorisé à aller de l’avant, et son approche quant à la question de l’atténuation. Le Tribunal à la majorité a également tenu compte des attentes qui avaient été créées dans l’esprit des investisseurs par les fonctionnaires gouvernementaux.

[38] Le Tribunal à la majorité a reconnu à plusieurs reprises dans sa décision qu’il était tenu d’appliquer le droit international coutumier afin de rechercher si les actions de la CEC contrevenaient à l’article 1105 de l’ALENA. Quant à la norme minimale de traitement requise par le droit international coutumier, le Tribunal à la majorité a déclaré que le « point de départ » de son analyse était la décision *L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States* (1926), 4 R.I.A.A. 60. La décision *Neer* enseigne que pour établir une violation de la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier, il faut démontrer que le traitement en question équivaut à [TRADUCTION] « mauvaise foi, manquement volontaire aux obligations ou insuffisance de l’action gouvernementale très en deçà des normes internationales que tout homme raisonnable et impartial en reconnaîtrait facilement son insuffisance » : pages 61 et 62.

[39] Puis, le Tribunal à la majorité a observé que, plus récemment, le Tribunal, à l’occasion de l’affaire *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, CNUDCI, 8 juin 2009 [*Glamis*], a décidé qu’ [TRADUCTION] « “un déni de justice flagrant, le caractère manifestement arbitraire, une injustice flagrante, une absence totale de procédure régulière, une discrimination évidente ou l’absence manifeste de motifs” » [note en bas de page omise] étaient nécessaires pour établir le manquement à la norme minimale de traitement en droit international coutumier : paragraphe 762. Cela dit, le Tribunal à la majorité a conclu que [TRADUCTION] « la jurisprudence relative à l’ALENA [...] a tendance à s’écarter de la

over the years towards greater protection for investors”: paragraph 435.

[40] While noting that “no single arbitral formulation can definitively and exhaustively capture the meaning of Article 1105” [at paragraph 443], the majority stated that it was adopting the standard articulated by the NAFTA Tribunal in *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (April 30, 2004), ICSID Case No. Arb(AF)/00/3, Award (*Waste Management*), as prohibiting conduct that is, among other things, “arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic”: paragraphs 442–443. The majority added, however, that “[t]he list conveys that there is a high threshold for the conduct of a host state to rise to the level of a NAFTA Article 1105 breach, but that there is no requirement in all cases that the challenged conduct reaches the level of shocking or outrageous behaviour”: paragraph 444.

[41] The majority further observed that more than a mere breach of domestic law, procedural unfairness, an imprudent exercise of discretion or even an outright mistake is generally required to establish a breach of the international minimum standard for the purposes of Article 1105 of NAFTA: paragraphs 436–437, 594 and 738.

[42] Finally, the majority accepted that the reasonable expectations of investors are a factor to be taken into account in assessing whether a host state has breached the international minimum standard of fair treatment under Article 1105 of NAFTA: paragraphs 444–445, 455.

(i) The Majority’s Application of the *Waste Management* Standard

[43] The majority found that in this case, Nova Scotian governmental authorities had created legitimate expectations on the part of the Investors by clearly and repeatedly indicating that Bilcon was welcome to pursue its coastal quarry and marine terminal project at the Whites

doctrine exprimée plus récemment dans la décision *Glamis* et à plutôt considérer que la norme minimale internationale a évolué au fil des ans vers une protection accrue en faveur des investisseurs » : paragraphe 435.

[40] Tout en notant que [TRADUCTION] « aucune formulation arbitrale unique ne peut saisir définitivement et exhaustivement le sens de l’article 1105 », le Tribunal à la majorité a déclaré qu’il retenait la norme consacrée par le Tribunal de l’ALENA à l’occasion de l’affaire *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, (30 avril 2004), ICSID Case No. Arb(AF)/00/3, sentence (*Waste Management*), qui interdit notamment les comportements [TRADUCTION] « arbitraires, manifestement injustes, partiels ou idiosyncratiques » : paragraphes 442 et 443. Le Tribunal à la majorité a toutefois ajouté que [TRADUCTION] « la liste indique qu’il y a un seuil élevé pour que le comportement d’un État hôte atteigne le niveau d’une violation de l’article 1105 de l’ALENA, mais qu’il n’y a aucune exigence dans les cas où la conduite contestée atteint le niveau d’un comportement choquant ou scandaleux » : paragraphe 444.

[41] Le Tribunal à la majorité a également fait remarquer que plus qu’une simple violation du droit interne, une iniquité procédurale, un exercice imprudent du pouvoir discrétionnaire ou même une erreur pure et simple sont généralement requis pour établir une violation de la norme minimale internationale aux fins de l’article 1105 de l’ALENA : paragraphes 436, 437, 594 et 738.

[42] Enfin, le Tribunal à la majorité a admis que les attentes raisonnables des investisseurs constituent un facteur à prendre en compte pour déterminer si l’État hôte a manqué à la norme internationale minimale du traitement équitable prévue par l’article 1105 de l’ALENA : paragraphes 444, 445 et 455.

(i) L’application par la majorité de la norme de la jurisprudence *Waste Management*

[43] Le Tribunal à la majorité a conclu qu’en l’espèce, les autorités gouvernementales de la Nouvelle-Écosse avaient créé des attentes légitimes chez les investisseurs en indiquant clairement et à plusieurs reprises que Bilcon était la bienvenue pour poursuivre son projet de carrière

Point location. The majority did, however, recognize that all of these encouragements were provided in the context of Bilcon being required to present a project that would comply with federal and provincial environmental laws: paragraph 589.

[44] The majority further found that the Investors had relied on these encouragements to their detriment, by devoting substantial resources to the environmental assessment process and attempting to design a project that would meet all of the relevant legal requirements concerning environmental protection.

[45] According to the majority, the JRP then acted in an arbitrary manner by effectively creating a new standard of assessment, namely that of “[c]ommunity core values”, without notice to Bilcon, and by having this standard play a predominant role in the Report’s conclusion that the project should not proceed. The majority further found that the JRP had effectively found the Whites Point area to be a “no go” zone for projects of this kind, without considering any measures that could mitigate the adverse environmental impact of the Project: paragraph 505.

[46] According to the majority, the “community core values” approach adopted by the JRP was not a “rational government policy”, and was at odds with the law and policy of the CEEA. The approach of the JRP was, moreover, inconsistent with the investment-liberalizing objectives of NAFTA, and was incompatible with Article 1105 of the Agreement: paragraph 724.

[47] The majority further concluded that the Investors were treated unfairly in the JRP process, as they had no way of knowing that the impact that the Project would have on “community core values” was in issue, and they were thus unable to seek clarification of and respond to the JRP’s concerns in this regard: paragraphs 534 and 543.

sur le littoral et de terminal maritime à Whites Point. La majorité a toutefois reconnu que tous ces encouragements avaient été donnés sous réserve de l’obligation de Bilcon de présenter un projet conforme aux lois fédérales et provinciales sur l’environnement : paragraphe 589.

[44] Le Tribunal à la majorité a également conclu que les investisseurs s’étaient fiés à ces encouragements à leur détriment, en consacrant des ressources importantes au processus d’évaluation environnementale et en tentant de concevoir un projet qui respecterait toutes les exigences juridiques pertinentes en matière de protection de l’environnement.

[45] Selon le Tribunal à la majorité, la CEC a alors agi de façon arbitraire en créant effectivement une nouvelle norme d’évaluation, à savoir celle des « valeurs fondamentales de la collectivité », sans préavis à Bilcon, et en donnant à cette norme un rôle essentiel dans la conclusion du rapport selon laquelle le projet ne devait pas aller plus loin. La majorité a également conclu que la CEC avait en substance conclu que l’aire de Whites Point était une zone « interdite » pour les projets de ce genre, sans prendre en considération les mesures qui pourraient atténuer l’effet défavorable du projet sur l’environnement : paragraphe 505.

[46] Selon le Tribunal à la majorité, l’approche des « valeurs fondamentales de la collectivité » retenue par la CEC ne constituait pas une [TRADUCTION] « politique gouvernementale rationnelle » et ne correspondait pas à la loi et à la politique de la LCEE. L’approche de la CEC était, en outre, incompatible avec les objectifs de libéralisation des investissements de l’ALENA et n’était pas conforme à l’article 1105 de l’Accord : paragraphe 724.

[47] Le Tribunal à la majorité a conclu en outre que les investisseurs ont été traités injustement dans le processus de la CEC, puisqu’ils n’avaient aucun moyen de savoir que l’incidence du projet sur les « valeurs fondamentales de la collectivité » était en cause et qu’ils étaient incapables de demander des éclaircissements et de répondre aux préoccupations de la CEC à cet égard : paragraphes 534 et 543.

[48] The majority's conclusion with respect to the legality of the JRP's actions under Canadian domestic law was also central to its finding that Canada had breached Article 1102 of NAFTA. It will be recalled that this provision required that the Investors and their investment be treated in accordance with the treatment afforded to similarly situated Canadian investors and investments.

[49] Citing the decision in *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, (April 10, 2001), UNCITRAL Arbitration Rules, Award on the Merits of Phase 2, at paragraph 78, the majority observed that differences in treatment "will presumptively violate Article 1102(2) [of NAFTA], unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or de facto, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of NAFTA": paragraph 722.

[50] After considering the extensive evidence adduced by the parties with respect to the treatment accorded to "like" projects, the majority concluded that as a result of the JRP's flawed approach to the environmental assessment process, the Investors, unlike Canadian project proponents, "did not receive the expected and legally mandated application, for the purposes of federal Canada environmental assessment, of the essential evaluative standard under the CEEA": paragraph 697. The majority of the Tribunal therefore concluded that Canada had denied national treatment to the Investors in relation to the Project, in breach of Article 1102 of NAFTA: paragraph 725.

[51] The Investors' claims under Article 1103 were dismissed and are not at issue in this proceeding.

B. *The Dissenting Opinion*

[52] Professor McRae disagreed with the majority's liability finding [Dissenting Opinion of Professor

[48] La conclusion du Tribunal à la majorité quant à la légalité des actions de la CEC en vertu du droit interne canadien était également essentielle à sa conclusion selon laquelle le Canada avait manqué à l'article 1102 de l'ALENA. Il convient de rappeler que cette disposition exigeait que les investisseurs et leur placement soient traités conformément au traitement réservé aux investisseurs et aux investissements canadiens situés dans des conditions similaires.

[49] Citant la décision *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, (10 avril 2001), CNUDCI Règlement d'arbitrage, sentence sur le fond de la Phase 2, au paragraphe 78, le Tribunal à la majorité a fait observer que les différences de traitement [TRADUCTION] « violeront de prime abord le paragraphe 1102(2) [de l'ALENA], à moins d'avoir un lien raisonnable avec des politiques gouvernementales rationnelles qui 1) ne font pas la distinction, à première vue ou de fait, entre des entreprises étrangères et nationales 2) ne compromettent pas indûment les objectifs de libéralisation des investissements de l'ALENA » : paragraphe 722.

[50] Après avoir examiné les nombreux éléments de preuve présentés par les parties concernant le traitement accordé aux projets « similaires », le Tribunal à la majorité a conclu qu'en raison de l'approche imparfaite de la CEC quant au processus d'évaluation environnementale, les investisseurs, contrairement aux promoteurs de projets canadiens [TRADUCTION] « n'ont pas bénéficié de l'application prévue et légalement imposée, aux fins de l'évaluation environnementale fédérale du Canada, de la norme d'évaluation essentielle aux termes de la LCEE » : paragraphe 697. Le Tribunal à la majorité a donc conclu que le Canada avait privé du traitement national les investisseurs relativement au projet, en violation de l'article 1102 de l'ALENA : paragraphe 725.

[51] Les plaintes des investisseurs aux termes de l'article 1103 ont été rejetées et ne sont pas en cause dans la présente instance.

B. *L'opinion dissidente*

[52] Le professeur McRae a rejeté la conclusion du Tribunal à la majorité en matière de responsabilité

Donald McRae, 10 March 2015]. He found that when the Report of the JRP was viewed in its entirety, it was evident that the term “community core values” was used as a form of shorthand to describe the effects of the Project on the “human environment”. The impact of the Project on the “human environment” in the Whites Point area was one of the central factors that the JRP was obliged to consider under both its terms of reference, and under federal and provincial environmental assessment legislation. As a consequence, Professor McRae concluded the Investors were on notice that they had to address such effects, with the result that there had been no procedural unfairness in this regard.

[53] Professor McRae agreed with the majority that the *Waste Management* standard was the appropriate standard to be used in determining whether there had been a breach of Article 1105 of NAFTA. He was, however, of the view that although the majority purported to apply the “high threshold” articulated in *Waste Management*, it had applied the standard in a way that it would be met “simply by an allegation of a breach of Canadian law”: paragraph 2.

[54] The majority had concluded that the JRP’s actions were arbitrary, as a result of it having “effectively created, without legal authority or notice to Bilcon, a new standard of assessment”, instead of applying Canadian law. That is, by deviating from Canadian law, the majority found that the JRP had acted arbitrarily. According to Professor McRae, “[t]his reasoning suggests that any departure from Canadian law is arbitrary and thus any departure from Canadian law meets the threshold of arbitrariness under the *Waste Management* standard. Breach of NAFTA Article 1105, then is equated with a breach of Canadian law”: paragraph 37. He concluded that the *Waste Management* threshold was not met in the case: paragraph 40.

[55] Professor McRae further observed that given the JRP’s concerns with respect to the Project’s impact on the human environment and its concerns over the

[Opinion dissidente du professeur McRae, le 10 mars 2015]. Il a conclu que lorsque le rapport de la CEC a été examiné dans son intégralité, il était évident que l’expression « valeurs fondamentales de la collectivité » était utilisée comme une sorte de raccourci pour décrire les effets du projet sur « l’environnement humain ». L’effet du projet sur « l’environnement humain » dans la région de Whites Point était l’un des principaux facteurs que la CEC était tenue d’examiner en vertu de sa mission et en vertu des lois fédérales et provinciales sur l’évaluation environnementale. Par conséquent, le professeur McRae a conclu que les investisseurs étaient avisés qu’ils devaient répondre à ce type d’effets, de sorte qu’il n’y avait pas eu d’injustice procédurale à cet égard.

[53] Le professeur McRae a suivi la conclusion de la majorité portant que la norme de la jurisprudence *Waste Management* était la norme appropriée à suivre pour déterminer s’il y avait eu violation de l’article 1105 de l’ALENA. Cependant, il était d’avis que même si la majorité prétendait appliquer le « seuil élevé » consacré par la jurisprudence *Waste Management*, elle avait appliqué la norme de manière à ce qu’elle soit satisfaite [TRADUCTION] « simplement par une allégation de violation de Loi canadienne » : paragraphe 2.

[54] La majorité a conclu que les actions de la CEC étaient arbitraires, puisqu’elle avait [TRADUCTION] « en substance créé, sans autorisation légale ni avis à Bilcon, une nouvelle norme d’évaluation », au lieu d’appliquer la loi canadienne. Ainsi, en s’écarter du droit canadien, le Tribunal à la majorité a conclu que la CEC avait agi de façon arbitraire. Selon le professeur McRae, [TRADUCTION] « il ressort de ce raisonnement que tout écart par rapport à la loi canadienne est arbitraire et que toute dérogation à la loi canadienne répond au seuil du caractère arbitraire de la norme de la jurisprudence *Waste Management*. Une violation de l’article 1105 de l’ALENA est alors synonyme d’une violation de la loi canadienne » : paragraphe 37. Il a conclu que le seuil de la jurisprudence *Waste Management* n’avait pas été atteint dans l’affaire : paragraphe 40.

[55] Le professeur McRae a ajouté que, compte tenu des préoccupations de la CEC concernant l’effet du projet sur l’environnement humain et de ses préoccupations

adequacy of information and data that had been provided by the Investors, the Panel was of the view that “pointing out possible individual mitigation measures served no value when its concerns were much larger”. In his view, it was this “accumulation of concerns” that ultimately led the Panel to recommend the rejection of the project: paragraph 29.

[56] Professor McRae accepted that there may be questions under Canadian law as to whether it was proper for the JRP to take such an approach to the issue of mitigation, and whether using a term such as “community core values” to encapsulate the variety of effects on the human environment effects that the Investors had failed to adequately address accorded with the requirements of Canadian law. He further accepted that the question of whether Canadian law had been complied with in the process leading up to the refusal of permission to proceed with the Project was a relevant consideration in determining whether there had been a violation of Article 1105 of NAFTA. However, a breach of Canadian law was not, in and of itself, sufficient to establish such a violation: paragraph 31.

[57] Professor McRae was further of the view that the Tribunal could not conclude that the JRP had violated Canadian law without the benefit of a determination of that question by this Court. He noted that as the expert witnesses called by the parties in the arbitration had provided divergent views on this point, “the matter was arguable and the Tribunal did not have the benefit of a determination by a Canadian federal court on the matter”: paragraph 34.

[58] Professor McRae was also concerned about the significant implications that the majority’s decision would have for the application of environmental laws by NAFTA Parties. In his view, the conclusion that a potential violation of Canadian law is sufficient to meet the *Waste Management* standard for establishing a violation of Article 1105 of NAFTA, thereby allowing a claimant to bypass the domestic remedy provided for in Canadian law, represented “a significant intrusion into

quant à la pertinence des renseignements et des données fournis par les investisseurs, la commission était d’avis que [TRADUCTION] : « souligner les mesures d’atténuation individuelles possibles ne servait à rien étant donné que ses préoccupations étaient beaucoup plus grandes ». Il était d’avis que c’était cette [TRADUCTION] « accumulation de préoccupations » qui a finalement amené la commission à recommander le rejet du projet : paragraphe 29.

[56] Le professeur McRae a admis que, au regard du droit canadien, l’on pouvait soulever des questions quant à savoir s’il convenait que la CEC retienne une telle approche pour la question de l’atténuation et utilise une expression comme « valeurs fondamentales de la collectivité » pour englober la variété des effets sur l’environnement humain que les investisseurs n’ont pas réussi à résoudre conformément aux exigences de la loi canadienne. Il a également reconnu que la question de savoir si le droit canadien avait été respecté dans le processus ayant abouti au refus d’autorisation de poursuivre le projet constituait un facteur pertinent pour déterminer s’il y avait eu violation de l’article 1105 de l’ALENA. Toutefois, une violation de la loi canadienne n’était pas, en soi, suffisante pour établir une telle violation : paragraphe 31.

[57] Le professeur McRae était en outre d’avis que le Tribunal ne pouvait conclure que la CEC avait violé la loi canadienne sans que notre Cour se soit prononcée sur cette question. Il a noté que, comme les témoins experts appelés par les parties à l’arbitrage avaient exprimé des points de vue divergents sur ce point, [TRADUCTION] « l’affaire était discutable et le Tribunal n’avait pas le bénéfice d’une décision de la Cour fédérale » : paragraphe 34.

[58] Le professeur McRae était également préoccupé par les répercussions importantes que la décision du Tribunal à la majorité aurait sur l’application des lois environnementales par les parties à l’ALENA. Selon lui, la conclusion qu’une violation potentielle de la loi canadienne est suffisante pour satisfaire à la norme de la jurisprudence *Waste Management* pour établir une violation de l’article 1105 de l’ALENA, permettant ainsi à un demandeur de contourner le recours prévu par le

domestic jurisdiction and will create a chill on the operation of environmental review panels”: paragraph 48.

[59] In support of this contention, Professor McRae observed that if an environmental assessment agency made an error in the past, its recommendations would either be ignored by the government to which they were made, or they would be overturned on judicial review. If, however, the views of the majority in this case were to be accepted, the proper application of Canadian law by an environmental review panel would then be in the hands of a tribunal appointed pursuant to Chapter Eleven of NAFTA, thereby importing a damages remedy that is not available under Canadian law: paragraph 48.

[60] Professor McRae noted that this result “may be disturbing to many”. In his view, there was nothing unusual about an environmental review panel electing to put more weight on the human environment and community values than on a project’s scientific and technical feasibility. In his view, it was open to the JRP to conclude that these community values were not outweighed by what the Panel regarded as the modest economic benefits that would accrue over the ensuing 50 years. Neither the result, nor the process by which the JRP reached its decision “could ever be said to ‘offend judicial propriety’” [footnote omitted], leading Professor McRae to conclude that “the decision of the majority will be seen as a remarkable step backwards in environmental protection” and that “a chill will be imposed on environmental review panels which will be concerned not to give too much weight to socio-economic considerations or other considerations of the human environment in case the result is a claim for damages under NAFTA Chapter 11”: all quotes from paragraph 51.

droit interne pour une telle inobservation du droit canadien, constituait [TRADUCTION] « une intrusion importante dans la compétence nationale et créera un effet paralysant sur le fonctionnement des commissions d’examen environnemental » : paragraphe 48.

[59] À l’appui de cette thèse, le professeur McRae a fait remarquer que si une agence d’évaluation environnementale avait commis une erreur par le passé, ses recommandations étaient soit ignorées par le gouvernement auquel elles étaient adressées, soit annulées lors d’une procédure de contrôle judiciaire. Si, toutefois, les opinions du Tribunal à la majorité en l’espèce étaient retenues, la bonne application de la loi canadienne par une commission d’examen environnemental relèverait alors d’un tribunal nommé en vertu du chapitre 11 de l’ALENA, intégrant ainsi au droit canadien un recours en dommages-intérêts qu’il ne reconnaît pas à l’heure actuelle : paragraphe 48.

[60] Le professeur McRae a noté que cette solution [TRADUCTION] « peut être troublante pour beaucoup ». Selon lui, il n’y avait rien d’inhabituel à ce qu’une commission d’examen environnemental choisisse de donner plus de poids à l’environnement humain et aux valeurs communautaires qu’à la faisabilité scientifique et technique d’un projet. À son avis, il était loisible à la CEC de conclure que ces valeurs communautaires n’étaient pas écartées par ce que la commission considérait comme les avantages économiques modestes qui résulteraient au cours des 50 années suivantes. Ni la solution, ni le processus par lequel la CEC a pris sa décision [TRADUCTION] « ne pourraient jamais être considérés comme « offensant la dignité judiciaire » [note en bas de page omise], ce qui amène le professeur McRae à conclure que [TRADUCTION] « la décision du Tribunal à la majorité sera considérée comme un recul remarquable en matière de protection de l’environnement » et que [TRADUCTION] « un effet paralysant sera imposé aux commissions d’examen environnemental qui se soucieront de ne pas accorder trop de poids aux considérations socioéconomiques ou à d’autres considérations de l’environnement humain dans le cas où il en résulte une demande de dommages-intérêts en vertu du chapitre 11 de l’ALENA » : toutes les citations tirées du paragraphe 51.

[61] Finally, Professor McRae was of the view that the Investors had in fact been treated in accordance with Canadian law, and that there were no grounds for a finding that the JRP process breached Article 1102 of NAFTA by denying national treatment to the Investors in relation to the Project: paragraph 53.

VIII. The Issue

[62] Canada submits that the Tribunal exceeded its jurisdiction by grounding NAFTA liability in purported breaches of Canadian law. It therefore seeks a determination from this Court of the following question:

Does the Award deal with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration by wrongfully determining that the actions of the JRP violated domestic administrative law standards and making that determination the sole basis of liability under the NAFTA?

[63] For their part, the Investors submit that the majority's Award was not outside of the scope of their submission to arbitration (to which Canada consented), and that Canada has not established that the Award dealt with a dispute that was not contemplated by, or not falling within the terms of the submission to arbitration, or that it contained decisions on matters that were beyond the scope of the submission to arbitration.

IX. The Applicable Standard of Review

[64] Canada's application is brought pursuant to article 34(2)(a)(iii) of the *Commercial Arbitration Code*, which is Schedule 1 of the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17 (the Code). This provision governs applications to set aside decisions of international arbitral tribunals, including claims submitted to arbitration under Article 1116 of NAFTA: *Commercial Arbitration Act*, subsection 5(4); the Code, paragraph 1(1); *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, subsection 2(1), *Clayton v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 1, [2018] F.C.J. No. 11 (QL) (*Clayton* FCA), at paragraph 4.

[61] Enfin, le professeur McRae était d'avis que les investisseurs avaient, en fait, été traités conformément à la loi canadienne et qu'il n'y avait aucune raison de conclure que le processus de la CEC était contraire à l'article 1102 de l'ALENA en refusant le traitement national aux investisseurs en ce qui a trait au projet : paragraphe 53.

VIII. La question en litige

[62] Le Canada soutient que le Tribunal a excédé sa compétence par son constat de responsabilité au titre de l'ALENA en se fondant sur des violations présumées de la loi canadienne. Il demande donc à la Cour de trancher la question suivante :

La sentence porte-t-elle sur un différend non envisagé ou non conforme au litige défini par les parties soumis à l'arbitrage en concluant que les actions de la CEC ont violé les normes du droit administratif national et en faisant de cette conclusion le seul fondement de la responsabilité en vertu de l'ALENA?

[63] Pour leur part, les investisseurs soutiennent que la sentence du Tribunal à la majorité ne relevait pas du litige soumis à l'arbitrage (avec le consentement du Canada) et que le Canada n'a pas établi que la sentence portait sur un différend qui n'était pas envisagé ou qui ne relevait pas du litige soumis à l'arbitrage, ou qu'elle contenait des décisions sur des questions qui ne relevaient pas du litige soumis à l'arbitrage.

IX. La norme de contrôle applicable

[64] La demande du Canada est présentée en vertu du sous-alinéa 34(2)a)iii) du *Code d'arbitrage commercial*, qui constitue l'annexe 1 de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17 (le Code). Cette disposition régit les recours en annulation des décisions des tribunaux arbitraux internationaux, y compris en ce qui concerne les plaintes soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 1116 de l'ALENA : *Loi sur l'arbitrage commercial*, paragraphe 5(4); le Code, paragraphe 1(1); *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44, paragraphe 2(1), *Clayton c. Canada (Procureur général)*,

[65] The relevant provisions of article 34(2)(a)(iii) of the Code provide that an arbitral award may only be set aside by a reviewing Court if the party seeking to have the decision set aside furnishes proof that “the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside”. The full text of article 34(2)(a)(iii) of the Code is attached as Appendix II to this decision.

[66] There has evidently been “considerable inconsistency” in the reasoning of Canadian, American and Mexican courts with respect to the standard of review to be applied to decisions of Tribunals appointed under Chapter Eleven of NAFTA: Henri Alvarez, “Judicial Review of NAFTA Chapter 11 Arbitral Awards”, in Frédéric Bachand ed., *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration* (International Arbitration Institute, 2011), 103, at page 105.

[67] The standard of review to be applied in reviewing a NAFTA Chapter Eleven award under article 34(2)(a)(iii) of the *Commercial Arbitration Code* was, however, carefully considered by the Ontario Court of Appeal in *United Mexican States v. Cargill, Inc.*, 2011 ONCA 622, 107 O.R. (3d) 528, 341 D.L.R. (4th) 249, (*Cargill*). *Cargill* is one of most recent appellate-level Canadian decisions considering this issue in the NAFTA context, and is relied upon by both parties as a correct statement of the applicable standard of review.

[68] Although *Cargill* dealt with the standard of review established under the *International Commercial*

2018 CAF 1, [2018] A.C.F. n° 11 (QL) (*Clayton CAF*), au paragraphe 4.

[65] Les dispositions pertinentes du sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code prévoient qu’une sentence arbitrale ne peut être annulée par une cour réformatrice que si la partie qui demande l’annulation de la décision rapporte la preuve que « la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n’entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu’elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l’arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l’arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l’arbitrage pourra être annulée ». On trouvera le texte intégral du sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code à l’Annexe II de la présente décision.

[66] Il existe manifestement une « incohérence considérable » dans la jurisprudence canadienne, américaine et mexicaine à l’égard de la norme de contrôle à appliquer aux décisions des tribunaux nommés en vertu du chapitre 11 de l’ALENA : Henri Alvarez, « Judicial Review of NAFTA Chapter 11 Arbitral Awards », dans Frédéric Bachand, dir., *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration* (International Arbitration Institute, 2011), 103, page 105.

[67] La Cour d’appel de l’Ontario a toutefois soigneusement examiné la norme de contrôle à appliquer lors de l’examen d’une sentence relevant du chapitre 11 de l’ALENA en vertu du sous-alinéa 34(2)a)iii) du *Code d’arbitrage commercial* à l’occasion de l’affaire *United Mexican States v. Cargill, Inc.*, 2011 ONCA 622, 107 O.R. (3d) 528, 341 D.L.R. (4th) 249, (*Cargill*). L’arrêt *Cargill* est l’une des plus récentes décisions rendues par des juridictions d’appel canadiennes portant sur cette question dans le cadre de l’ALENA et les deux parties soutiennent qu’elle formule correctement la norme de contrôle applicable.

[68] Bien que la jurisprudence *Cargill* portait sur la norme de contrôle établie en vertu de la *Loi sur*

Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. I.9 (rather than the federal *Commercial Arbitration Act*), the language of the two provisions is identical. This is because both statutes are based on the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985.

[69] The Court started its analysis in *Cargill* by observing that domestic concepts of standard of review, both in the administrative law context and in the context of the appellate review of trial decisions, “may not be helpful to courts when conducting their review process of international arbitration awards under Article 34 of the Model Law”: paragraph 30. The Court further observed that none of the grounds identified in Article 34 of the *Model Law* allows a court to review the merits of a Tribunal’s decision, and that courts may only review an award based on an excess of jurisdiction: paragraph 31.

[70] The Ontario Court of Appeal accepted that “courts should interfere only sparingly or in extraordinary cases”: *Cargill*, above, paragraph 35. Indeed, the Court had previously observed that “[n]otions of international comity and the reality of the global marketplace suggest that courts should use their authority to interfere with international commercial arbitration awards sparingly”: *United Mexican States v. Karpa* (2005), 74 O.R. (3d) 180, [2005] O.J. No. 16 (QL), at paragraph 34.

[71] The Court further noted that if Canadian judicial review principles were applicable, it would have to apply a *Dunsmuir* analysis and determine whether the applicable standard of review was that of reasonableness or correctness, and that under *Dunsmuir*, true questions of jurisdiction are ordinarily decided on the standard of correctness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [*Dunsmuir*], at paragraph 47. The Court observed that this was the standard that had been applied by the British Columbia Supreme Court in reviewing the decision of a NAFTA Tribunal in *Metalclad*, above, and by this Court in

l’arbitrage commercial international, L.R.O. 1990, ch. I.9 (plutôt que la *Loi sur l’arbitrage commercial au fédéral*), le libellé des deux dispositions est identique. En effet, les deux lois sont fondées sur la *Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international*, adoptée par Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, le 21 juin 1985.

[69] La Cour a commencé son analyse dans l’affaire *Cargill* en observant que les concepts nationaux de norme de contrôle, tant en matière de droit administratif que de réexamen des décisions de première instance, [TRADUCTION] « pourraient ne pas aider les juges à mener leur processus d’examen des sentences arbitrales internationales en vertu de l’article 34 de la *Loi type* » : paragraphe 30. La Cour observe en outre qu’aucun des motifs consacrés par l’article 34 de la *Loi type* ne permet au juge judiciaire de réexaminer une décision du Tribunal au fond et que ce juge ne peut examiner qu’une sentence fondée sur un excès de compétence : paragraphe 31.

[70] La Cour d’appel de l’Ontario a reconnu que [TRADUCTION] « le juge judiciaire ne doit intervenir qu’avec modération ou dans des cas extraordinaires » : *Cargill*, précité, paragraphe 35. En effet, cette Cour avait déjà fait remarquer qu’[TRADUCTION] « il ressort des notions de courtoisie internationale et de réalité du marché mondial que le juge judiciaire ne doit user de son pouvoir d’intervention qu’avec modération en matière de sentences arbitrales internationales » : *United Mexican States v. Karpa* (2005), 74 O.R. (3d) 180, [2005] O.J. No. 16 (QL), au paragraphe 34.

[71] La Cour a ajouté que si les principes de contrôle judiciaire canadiens étaient applicables, elle devrait appliquer la grille d’analyse consacrée par la jurisprudence *Dunsmuir* et déterminer si la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable ou correcte, et que, selon la jurisprudence *Dunsmuir*, les vraies questions de compétence sont ordinairement tranchées selon la norme de la décision correcte : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [*Dunsmuir*], au paragraphe 47. La Cour a fait remarquer que telle était la norme qui avait été appliquée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique lors

Canada (Attorney General) v. S.D. Myers Inc., 2004 FC 38, [2004] 3 F.C.R. 368 (*S.D. Myers* (Federal Court)); *Cargill*, above, at paragraph 35.

[72] The Court also had regard to Canadian administrative law principles in *Cargill* in considering what constitutes a “true question of jurisdiction”. Again referring to *Dunsmuir*, the Court stated in *Cargill* that the term “[j]urisdiction” is intended in the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry”. True questions of jurisdiction “arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter”: *Cargill*, at paragraph 40, referring to *Dunsmuir*, above, at paragraph 59.

[73] The Court concluded in *Cargill* that a NAFTA Tribunal “must interpret the grant of authority correctly or its action will be found to be ultra vires or to constitute a wrongful decline of jurisdiction”: *Cargill*, at paragraph 40. This led the Ontario Court of Appeal to conclude that the standard of review to be applied to an arbitral decision under NAFTA is that of correctness, “in the sense that the tribunal had to be correct in its determination that it had the ability to make the decision it made”: paragraph 42, citing Donald J.M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), Toronto: Canvasback, 1998, pages 14-3 to 14-6.

[74] That said, the Court went on in *Cargill* to caution that even though the standard of review on jurisdictional questions is that of correctness, this does not give reviewing courts a broad scope for intervention in the decisions of international arbitral tribunals: paragraph 44. While Canadian courts are required to take a narrow view of what constitutes a jurisdictional question in the domestic context, this approach is magnified in the international arbitration context, where “[c]ourts are warned to limit themselves in the strictest terms to

de l’examen de la décision d’un tribunal de l’ALENA dans à l’occasion de l’affaire *Metalclad*, précitée, et par notre Cour dans la décision *Canada (Procureur général) c. S.D. Myers Inc.*, 2004 CF 38, [2004] 3 R.C.F. 368 (*S.D. Myers* (Cour fédérale)) : *Cargill*, précité, au paragraphe 35.

[72] En ce qui concerne l’affaire *Cargill*, la Cour a également tenu compte des principes du droit administratif canadien pour déterminer ce qui constitue une « véritable question de compétence ». Se référant de nouveau à la jurisprudence *Dunsmuir*, la Cour a observé dans l’arrêt *Cargill* que le mot « compétence » [TRADUCTION] « s’entend au sens strict de la question de savoir si le tribunal avait ou non le pouvoir de faire l’enquête ». De véritables questions de compétence [TRADUCTION] « se posent lorsque le tribunal doit déterminer explicitement si son pouvoir législatif lui confère le pouvoir de trancher une question particulière » : *Cargill*, au paragraphe 40, se référant à *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 59.

[73] La Cour a conclu dans l’arrêt *Cargill* que [TRADUCTION] « l’interprétation [par un tribunal de l’ALENA] de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour ultra vires ou assimilés à un refus injustifié d’exercer sa compétence » : *Cargill*, au paragraphe 40. Cela a amené la Cour d’appel de l’Ontario à conclure que la norme de contrôle à appliquer à une décision arbitrale en vertu de l’ALENA est celle de la décision correcte, [TRADUCTION] « en ce sens que le tribunal devait avoir raison dans sa conclusion qu’il avait la capacité de prendre la décision qu’il a prise » : paragraphe 42, citant Donald J.M. Brown et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), Toronto : Canvasback, 1998, pages 14-3 à 14-6.

[74] Cela dit, toujours en ce qui concerne l’affaire *Cargill*, la Cour a fait une mise en garde : même si la norme de contrôle sur les questions de compétence est celle de la décision correcte, cela ne donne pas aux juridictions réformatrices un large champ d’intervention en matière de décisions des tribunaux arbitraux internationaux : paragraphe 44. Si le juge judiciaire canadien est tenu de retenir une vision étroite de ce qui constitue une question de compétence dans le contexte national, cette approche s’impose *a fortiori* en matière

intervene only rarely in decisions made by consensual, expert, international arbitration tribunals, including on issues of jurisdiction”: paragraph 46.

[75] Although there is some authority for the proposition that there is a “powerful presumption” that expert international arbitral Tribunals act within their authority, this does not mean that a reviewing court should presume that the Tribunal was correct in determining the scope of its jurisdiction. If Courts deferred to the decisions of arbitral Tribunal on true issues of jurisdiction, it would “effectively nullify the purpose and intent of the review authority of the court under Article 34(2)(a)(iii)”: *Cargill*, paragraph 46.

[76] The Court further cautioned that when a reviewing court does identify a true question of jurisdiction in a NAFTA Tribunal decision, “they are to carefully limit the issue they address to ensure that they do not, advertently or inadvertently, stray into the merits of the question that was decided by the tribunal”: *Cargill*, paragraph 47; see also *Canada (Attorney General) v. Mobil Investments Canada Inc.*, 2016 ONSC 790 (CanLII), 129 O.R. (3d) 506 [*Mobil*], paragraph 37.

[77] The Court concluded in *Cargill* that the role of a reviewing Court in a case such as this is to consider whether the Tribunal decided an issue that was not part of the submission to arbitration, or misinterpreted its authority under NAFTA: paragraph 53. It suggested that another way for a reviewing court to define the proper approach is to ask itself the following three questions:

1. What was the issue that the Tribunal decided?
2. Was that issue within the submission to arbitration made under Chapter Eleven of NAFTA?

d’arbitrage international, où [TRADUCTION] « le juge judiciaire est invité à se limiter dans les termes les plus stricts pour n’intervenir que rarement en matière de décisions rendues par des tribunaux d’arbitrage international saisis du consentement des parties pour leur expertise, y compris en ce qui concerne les questions de compétence » : paragraphe 46.

[75] Bien qu’une certaine jurisprudence enseigne qu’il existe une « forte présomption » selon laquelle les tribunaux arbitraux internationaux choisis pour leur expertise procèdent dans les limites de leurs pouvoirs, cela ne signifie pas qu’une cour réformatrice doit présumer que le Tribunal a eu raison dans la détermination de la portée de sa compétence. Si le juge judiciaire s’en remettait aux décisions du tribunal arbitral sur les véritables questions de compétence, cela [TRADUCTION] « annulerait effectivement l’objet et l’intention du pouvoir d’intervention du juge en vertu du sous-alinéa 34(2)a)iii) » : *Cargill*, paragraphe 46.

[76] La Cour a fait une autre mise en garde : lorsqu’une cour réformatrice dégage une véritable question de compétence d’une décision du Tribunal de l’ALENA, [TRADUCTION] « elle doit soigneusement limiter la question qu’elle discute pour s’assurer qu’elle ne s’égare pas, consciemment ou par inadvertance, vers le fond de la question qui a été tranchée par le tribunal » : *Cargill*, paragraphe 47; voir aussi *Canada (Attorney General) v. Mobil Investments Canada Inc.*, 2016 ONSC 790 (CanLII), 129 O.R. (3d) 506 [*Mobil*], paragraphe 37.

[77] La Cour a conclu à l’occasion de l’affaire *Cargill* que la mission d’une cour réformatrice dans une affaire comme celle-ci est de déterminer si le Tribunal a tranché une question qui ne relevait pas du litige soumis à l’arbitrage ou s’il a mal interprété le pouvoir que lui confère l’ALENA. Elle a observé qu’une autre façon pour une cour réformatrice de définir la bonne approche consiste à répondre aux trois questions suivantes :

1. Quelle était la question que le Tribunal a tranchée?
2. La question était-elle visée par le litige soumis à l’arbitrage en vertu du chapitre 11 de l’ALENA?

3. Is there anything in NAFTA, properly interpreted, that precluded the Tribunal from making the award it made?

[78] Cases decided since the Ontario Court of Appeal's decision in *Cargill* have confirmed this approach, both in the NAFTA context and otherwise: *Mobil*, above, at paragraphs 37–39; *Consolidated Contractors Group S.A.L. (Offshore) v. Ambatovy Minerals S.A.*, 2017 ONCA 939, [2017] O.J. No. 6323 (QL) [*Consolidated Contractors Group*], at paragraphs 28–32; *Newfoundland and Labrador v. ExxonMobil Canada Properties*, 2017 NLTD(G) 147 (CanLII), [2017] N.J. No. 313 (QL), at paragraphs 111–112; *SMART Technologies ULC v. Electroboard Solutions Pty Ltd.*, 2017 ABQB 559 (CanLII), [2017] A.J. No. 953 (QL), at paragraphs 71–77.

[79] There is one post-*Cargill* decision that requires specific comment: that is the decision of the Supreme Court of Canada in *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688 [*Teal Cedar*]. Canada cites this decision as an articulation of the type of legal error that resulted in an excess of the Tribunal's jurisdiction in this case.

[80] As was noted earlier, Canada contends that the majority erred in this case by measuring the JRP's conduct against its own determination of what domestic law required, and by founding NAFTA liability on a breach of domestic law, rather than measuring the JRP's conduct against rules of customary international law. In so doing, Canada says that the Tribunal exceeded its jurisdiction.

[81] In support of this contention, Canada notes that the Supreme Court observed in *Teal Cedar* that although the application of a legal test to a set of facts is a question of mixed fact and law, a legal question will arise that is open to appellate review if the underlying legal test was altered by a decision maker: paragraph 44.

[82] It is, however, important to note that the arbitral decision at issue in *Teal Cedar* was subject to review

3. Y a-t-il un élément de l'ALENA, interprété correctement, qui rendait inhabile le Tribunal à rendre la sentence qu'il a rendue?

[78] La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Cargill* rendu par la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette approche, non seulement en ce qui concerne l'ALENA : *Mobil*, précité, aux paragraphes 37 à 39; *Consolidated Contractors Group S.A.L. (Offshore) v. Ambatovy Minerals S.A.*, 2017 ONCA 939, [2017] O.J. n° 6323 (QL) [*Consolidated Contractors Group*], aux paragraphes 28 à 32; *Newfoundland and Labrador v. ExxonMobil Canada Properties*, 2017 NLTD(G) 147 (CanLII), [2017] N.J. n° 313 (QL), aux paragraphes 111 et 112; *SMART Technologies ULC v. Electroboard Solutions Pty Ltd.*, 2017 ABQB 559 (CanLII), [2017] A.J. n° 953 (QL), aux paragraphes 71 à 77.

[79] Une jurisprudence postérieure à l'arrêt *Cargill* appelle des observations particulières, à savoir l'arrêt *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688 [*Teal Cedar*], rendu par la Cour suprême du Canada. Selon le Canada, cet arrêt formule le genre d'erreur de droit qui a résulté en excès de compétence du Tribunal en l'espèce.

[80] Comme indiqué précédemment, le Canada soutient que, en l'espèce, le Tribunal à la majorité a commis une erreur en mesurant la conduite de la CEC au regard de sa propre conclusion quant aux exigences de la loi nationale, et en concluant à la responsabilité au titre de l'ALENA en se fondant sur une violation de la loi nationale plutôt qu'en mesurant la conduite de la CEC au regard des règles du droit international coutumier. Selon le Canada, le Tribunal a ainsi excédé sa compétence.

[81] À l'appui de cette thèse, le Canada note que la Cour suprême a observé, à l'occasion de l'affaire *Teal Cedar*, que même si l'application d'un critère juridique à un ensemble de faits est une question mélangée de fait et de droit, une question d'ordre juridique se pose qui peut faire l'objet d'un examen en appel si le critère juridique de fond a été modifié par un décideur : paragraphe 44.

[82] Il est toutefois important de noter que la décision arbitrale en cause dans l'affaire *Teal Cedar* a fait

under the British Columbia *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55, section 31 of which provides that arbitration awards are subject to appellate review on questions of law. There is no comparable provision in the *Commercial Arbitration Act*, with the result that the Supreme Court's comments in *Teal Cedar* are of limited assistance in this case.

[83] With this understanding of the applicable standard of review, I turn next to consider whether the majority in this case committed a jurisdictional error of the sort discussed in *Cargill* that would allow this Court to intervene.

X. Did the Tribunal Commit a Jurisdictional Error in this Case?

A. *The Arguments of the Parties*

[84] Canada acknowledges that the reasons of the majority correctly identify the standard that it was bound to apply in determining whether Canada breached Article 1105 of NAFTA, namely that established in the *Waste Management* case. However, Canada says that the majority of the Tribunal then “lost its way”, exceeding its jurisdiction by founding both its analysis and its ultimate determination of NAFTA liability on whether the JRP's actions complied with Canadian, rather than international law.

[85] In support of this contention, Canada points to the majority's finding that the environmental assessment carried out by the JRP involved “a fundamental departure from the methodology required by Canadian and Nova Scotia law”: paragraph 600. The majority went on to conclude that this resulted in the Investors not being “treated in a manner consistent with Canada's own laws, including the core evaluative standard under the CEAA and the standards of fair notice required by Canadian public administrative law”: paragraph 602.

l'objet d'un examen en vertu de l'*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 55, dont l'article 31 prévoit que les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un examen en appel des questions de droit. Il n'y a pas de disposition comparable dans la *Loi sur l'arbitrage commercial*, de sorte que les observations de la Cour suprême dans l'arrêt *Teal Cedar* ne sont que d'une utilité limitée en l'espèce.

[83] Compte tenu de cette interprétation de la norme de contrôle applicable, je rechercherai si le Tribunal à la majorité en l'espèce a commis une erreur de compétence du genre de celle qui est discutée dans l'arrêt *Cargill*, et qui permettrait à notre Cour d'intervenir.

X. Le Tribunal a-t-il commis une erreur de compétence en l'espèce?

A. *Les thèses des parties*

[84] Le Canada reconnaît que les motifs du Tribunal à la majorité cernent correctement la norme qu'il était tenu d'appliquer pour déterminer si le Canada avait manqué à l'article 1105 de l'ALENA, à savoir celle consacrée par la jurisprudence *Waste Management*. Toutefois, le Canada affirme que la majorité du Tribunal a « fait fausse route », excédant sa compétence, en fondant son analyse et sa conclusion finale de responsabilité au titre de l'ALENA sur la question de savoir si les actions de la CEC étaient conformes au droit canadien plutôt qu'au droit international.

[85] À l'appui de cette thèse, le Canada attire notre attention sur le fait que la majorité a conclu que l'évaluation environnementale effectuée par la CEC comportait [TRADUCTION] « une entorse fondamentale à la méthodologie exigée par les lois du Canada et de la Nouvelle-Écosse » : paragraphe 600. Le Tribunal à la majorité a ensuite conclu que les investisseurs n'étaient pas [TRADUCTION] « traités d'une manière compatible avec les lois canadiennes, y compris la norme d'évaluation de base en vertu de la LCEE et les normes d'avertissement raisonnable exigées par le droit public administratif canadien » : paragraphe 602.

[86] Canada notes that NAFTA Tribunals do not sit in appeal of decisions made under domestic law. Not every regulatory deficiency will rise to the level of a breach of the international law obligation to accord fair and equitable treatment to investors, and that “something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1)”: *ADF Group v. United States of America*, (January 9, 2003), ICSID Case No. ARB(AF)00/1, Award [*ADF Group*]: paragraph 190. The jurisprudence further teaches that this “something more” can include matters such as “sectoral or local prejudice”: *Waste Management*, paragraph 115. It can also include a party’s legitimate expectations resulting from representations made by the host state: *Waste Management*, paragraphs 98 and 99.

[87] Canada further contends that the importing of an incorrect element into the majority’s Article 1105 analysis constitutes a jurisdictional error of the sort contemplated by article 34(2)(a)(iii) of the Code, and by the Ontario Court of Appeal in *Cargill*.

[88] In support of this claim, Canada cites the decision of the Supreme Court of British Columbia in *Metalclad*, above. The NAFTA Tribunal in *Metalclad* had expressly and incorrectly stated that the minimum standard of treatment under customary international law included an obligation to be “transparent”. The Tribunal’s finding of NAFTA liability was then based on a determination that there had been a lack of transparency in the governmental action in issue: paragraph 70. The Court concluded that in so doing, the Tribunal decided a matter beyond the scope of the submission to arbitration, and the Tribunal’s decision was accordingly set aside: paragraph 76.

[89] The Investors contend that that Canadian law simply formed part of the factual matrix in which customary international law was applied by the majority of the Tribunal. They further submit that the question

[86] Le Canada note que les tribunaux de l’ALENA ne siègent pas en appel des décisions prises en vertu du droit interne. Les lacunes de la réglementation ne résultent pas toutes en violations de l’obligation en droit international d’accorder un traitement juste et équitable aux investisseurs, et [TRADUCTION] « plus qu’une simple illégalité ou un manque d’autorité en vertu du droit interne d’un État est nécessaire pour rendre un acte ou une mesure incompatible avec les exigences du droit international coutumier visées par le paragraphe 1105(1) » : *ADF Group v. United States of America*, (9 janvier 2003), ICSID Case No. ARB(AF)00/1, Sentence [*ADF Group*]: paragraphe 190. La jurisprudence enseigne en outre que ce [TRADUCTION] « quelque chose de plus » peut inclure des questions telles que [TRADUCTION] « le préjugé sectoriel ou local » : *Waste Management*, paragraphe 115. Il peut également inclure les attentes légitimes d’une partie découlant des observations faites par l’État hôte : *Waste Management*, paragraphes 98 et 99.

[87] Le Canada soutient en outre que l’intégration d’un élément incorrect à l’analyse relative à l’article 1105 du Tribunal à la majorité constitue une erreur de compétence du genre de celle visée par le sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code et par la jurisprudence *Cargill* de la Cour d’appel de l’Ontario.

[88] À l’appui de cette thèse, le Canada cite *Metalclad*, précitée, une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le Tribunal de l’ALENA à l’occasion de l’affaire *Metalclad* avait déclaré expressément et incorrectement que la norme minimale de traitement prévue par le droit international coutumier comprenait l’obligation d’être « transparent ». La conclusion du Tribunal de responsabilité au titre de l’ALENA reposait alors sur la constatation d’un manque de transparence dans l’action gouvernementale en cause : paragraphe 70. La Cour a conclu que, ce faisant, le Tribunal a tranché une question dépassant la portée du litige soumis à l’arbitrage, et la décision du Tribunal a donc été annulée : paragraphe 76.

[89] Les investisseurs soutiennent que cette loi canadienne constituait simplement un des faits auxquels le droit international coutumier a été appliqué par la majorité du Tribunal. Ils soutiennent en outre que la question

of whether or not the Tribunal applied the correct legal test to the facts of this case is not a true question of jurisdiction for the purposes of article 34(2)(a)(iii) of the Code.

[90] In what the Investors characterize as a “transparent attempt to re-argue the merits”, they say that Canada is mischaracterizing the majority’s decision in order to fabricate a jurisdictional issue where none exists. Contrary to Canada’s contentions, the majority’s finding that Canada breached its obligations under NAFTA does not rest on Canada’s domestic law, but on the international law principles that are embedded in Articles 1102 and 1105 of NAFTA that determined the question submitted to arbitration.

B. *Commentary on the Majority’s Decision*

[91] It is fair to say that the decision of the majority in this case has attracted a great deal of negative commentary from the dissenting arbitrator, the academy and the State Parties themselves.

[92] Professor McRae’s highly critical comments with respect to the majority’s decision have been discussed earlier in these reasons. Academic commentators have also suggested that the majority did indeed err by equating a breach of Canadian administrative law principles with a breach of Canada’s obligations under NAFTA, and by applying too low a threshold in finding Canada to have breached Article 1105 of NAFTA: see Cory Adkins and David Singh Grewal, “Democracy and Legitimacy in Investor-State Arbitration” (2016), 126 *Yale L.J. Forum* 65, at pages 65–76; Michael Carfagnini, “Too Low a Threshold: *Bilcon v. Canada* and the International Minimum Standard of Treatment” (2016), 53 *Can. Y.B. Int’l L.* 244, pages 244–277.

[93] Adkins and Grewal further assert that the decision of the majority “is inconsistent with the principled respect for democratic sovereignty with which the majority began its analysis”, and that while the majority’s decision “claims to uphold the importance of democratic

de savoir si le Tribunal a appliqué le bon critère juridique aux faits de l’espèce ne constitue pas une véritable question de compétence aux fins du sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code.

[90] Les investisseurs affirment que, par ce qu’ils qualifient de « tentative transparente de remettre en cause l’affaire au fond », le Canada déforme le sens de la décision du Tribunal à la majorité afin de fabriquer une question de compétence là où il n’en existe aucune. Contrairement aux affirmations du Canada, la conclusion du Tribunal à la majorité selon laquelle le Canada a manqué aux obligations que lui impose l’ALENA ne repose pas sur le droit canadien, mais sur les principes de droit international consacrés par les articles 1102 et 1105 de l’ALENA qui déterminent la question soumise à l’arbitrage.

B. *Observations sur la décision du Tribunal à la majorité*

[91] Il est juste de dire que la décision du Tribunal à la majorité en l’espèce a donné lieu à de nombreux commentaires défavorables de la part de l’arbitre dissident, de la doctrine et des États parties eux-mêmes.

[92] Les commentaires très critiques du professeur McRae à l’égard de la décision de la majorité ont déjà été discutés dans les présents motifs. La doctrine soutient également que la majorité avait commis une erreur en assimilant une violation des principes du droit administratif canadien à une violation des obligations qu’impose au Canada l’ALENA et en appliquant un seuil trop bas pour conclure que le Canada avait manqué à l’article 1105 de l’ALENA : voir Cory Adkins et David Singh Grewal, « Democracy and Legitimacy in Investor-State Arbitration » (2016), 126 *Yale L.J. Forum* 65, pages 65 à 76; Michael Carfagnini, « Too Low a Threshold : *Bilcon v. Canada* and the International Minimum Standard of Treatment » (2016), 53 *A.C.D.I.* 244, pages 244 à 277.

[93] Adkins et Grewal affirment en outre que la décision du Tribunal à la majorité [TRADUCTION] « est incompatible avec le respect de principe de la souveraineté démocratique avec laquelle le Tribunal à la majorité a commencé son analyse » et que, bien que la décision du

control over national laws ... it strips this commitment of meaning in its actual application to the facts”: page 73.

[94] Some scholars point to the majority’s decision as an example of the disturbing trend of NAFTA Tribunals enlarging the scope of protection offered by fair and equal treatment, made possible by Article 1105’s “broad and undefined language”: Armand de Mestral & Lukas Vanhonnaeker, “The Impact of the NAFTA Experience on Canadian Policy Concerning Investor-State Arbitration” in de Mestral, ed., *Second Thoughts: Investor-State Arbitration Between Developed Democracies*, Waterloo, Ont.: Centre for International Governance Innovation, 2017, 187, at pages 198–199. Atik further asserts that “[e]ach provision is its own case as a textual matter; yet taken together they present a potential opportunity for a substantial enhancement of Chapter 11’s reach, beyond the parties’ respective original intent, and perhaps beyond the underlying consent of the respective polities”: Jeffrey Atik, “Legitimacy, Transparency and NGO Participation in the NAFTA Chapter 11 Process” in Todd Weiler, ed., *NAFTA: Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2004), at page 147.

[95] Other commentators have raised concerns with respect to the ability of NAFTA Tribunals “to properly assess whether a foreign investor has been treated fairly under a domestic environmental assessment process”: Meinhard Doelle, “The Bilcon NAFTA Tribunal: A Clash of Investor Protection and Sustainability-based Environmental Assessments” in Stanley D. Berger, *Key Developments in Environmental Law*, 2017 Edition, (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009) 99, at page 121. Doelle suggests that amongst the challenges facing the Tribunal in this case was its lack of familiarity with relevant Canadian law, with the environmental assessment practice at the federal and provincial levels, and with the process used to make findings of fact and domestic law: page 121.

Tribunal à la majorité [TRADUCTION] « prétende confirmer l’importance du contrôle démocratique sur les lois nationales... elle enlève cet engagement de sens dans son application effective aux faits » : page 73.

[94] La doctrine voit parfois dans la décision du Tribunal à la majorité un exemple de la tendance inquiétante de la jurisprudence de l’ALENA à élargir la portée de la protection offerte par un traitement juste et équitable, rendue possible par le « libellé large et indéfini » de l’article 1105 : Armand de Mestral et Lukas Vanhonnaeker, « The Impact of the NAFTA Experience on Canadian Policy Concerning Investor-State Arbitration » dans de Mestral, dir., *Second Thoughts : Investor-State Arbitration Between Developed Democracies*, Waterloo, Ont. : Centre for International Governance Innovation, 2017, 187, pages 198 et 199. Atik affirme en outre que [TRADUCTION] « toute disposition est son propre cas en tant que question textuelle; mais ensemble, elles constituent une occasion potentielle d’amélioration substantielle de la portée du Chapitre 11, au-delà de l’intention originale respective des parties, et peut-être au-delà du consentement sous-jacent des entités politiques respectives » : Jeffrey Atik, « Legitimacy, Transparency and NGO Participation in the NAFTA Chapter 11 Process », dans Todd Weiler, dir., *NAFTA : Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practice, Future Prospects* (New York : Transnational Publishers, 2004), page 147.

[95] Par ailleurs, la doctrine a soulevé des préoccupations concernant la capacité des tribunaux de l’ALENA [TRADUCTION] « d’apprécier correctement si l’investisseur étranger a été traité équitablement dans le cadre d’un processus d’évaluation environnementale nationale » : Meinhard Doelle, « The Bilcon NAFTA Tribunal : A Clash of Investor Protection and Sustainability-Based Environmental Assessments » dans Stanley D. Berger dir., *Key Developments in Environmental Law*, édition 2017, (Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2009) 99, page 121. Doelle soutient qu’il y avait parmi les défis auxquels le Tribunal était confronté en l’espèce son manque de connaissance des lois canadiennes pertinentes, de la pratique d’évaluation environnementale aux niveaux fédéral et provincial et du

[96] Doelle further echoes the concern expressed by Professor McRae, the Interveners and others as to the “chill” that will allegedly result from the majority’s decision. As he explains, the concern is that “when officials speak out in favour of a project before an [environmental assessment] is conducted, they may be in violation of NAFTA if they later take the advice of an independent [environmental assessment] that concludes the project should not be permitted to proceed because of its negative impacts on local communities”: page 117.

[97] The three signatories to NAFTA have also expressed their disapproval of the majority’s reasoning with respect to the requirement for fair and equitable treatment under Article 1105, and its relationship to minimum standard of treatment at customary international law. In written submissions filed by Canada, the United States and Mexico in *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, (March 24, 2016), UNCITRAL PCA Case No. 2012-17, Award [*Mesa*], the three signatories asserted that the majority in this case erred by failing to require the Investors to establish that the actions of Canada resulted in a breach of customary international law, and by equating a failure to comply with applicable domestic law with a failure to meet the minimum standard of treatment at international law.

[98] Even if the Tribunal erred as alleged, the question for determination is whether any such error constituted an excess of jurisdiction within the meaning of article 34(2)(a)(iii) of the Code. That is, whether in finding Canada to be liable to the Investors for breaches of Articles 1102 and 1105 of NAFTA, the majority exceeded its jurisdiction in the sense that its Award “deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration”.

processus suivi pour tirer des conclusions de fait et de droit interne : page 121.

[96] Doelle fait également écho aux préoccupations exprimées par le professeur McRae, les intervenants et d’autres quant à l’« effet paralysant » qui résulterait de la décision du Tribunal à la majorité. Comme il l’explique, la préoccupation est que [TRADUCTION] « lorsque des fonctionnaires se prononcent en faveur d’un projet avant qu’une [évaluation environnementale] ne soit effectuée, ils peuvent contrevenir à l’ALENA s’ils prennent plus tard l’avis d’une [évaluation environnementale] indépendante qui conclut que le projet ne devrait pas être autorisé à aller de l’avant en raison de ses effets défavorables sur les communautés locales » : page 117.

[97] Les trois signataires de l’ALENA ont également exprimé leur désapprobation du raisonnement du Tribunal à la majorité à l’égard de l’exigence d’un traitement juste et équitable aux termes de l’article 1105 et de sa relation avec la norme minimale de traitement en droit international coutumier. Dans les observations écrites déposées par le Canada, les États-Unis et le Mexique dans l’affaire *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, (24 mars 2016), UNCITRAL P.C.A. Case No. 2012-17, sentence [*Mesa*], les trois signataires ont affirmé que le Tribunal à la majorité dans cette affaire a commis une erreur en omettant d’exiger des investisseurs qu’ils établissent que les actions du Canada ont donné lieu à une violation du droit international coutumier et en assimilant le non-respect de la législation nationale applicable au non-respect de la norme minimale de traitement en droit international.

[98] Même si le Tribunal a commis une erreur comme il est allégué, la question à trancher est de savoir si une telle erreur constituait un excès de compétence au sens du sous-alinéa 34(2)a)ii) du Code. C’est-à-dire si, en concluant que le Canada était responsable envers les investisseurs des manquements aux articles 1102 et 1105 de l’ALENA, le Tribunal à la majorité a excédé sa compétence en ce sens que sa sentence [TRADUCTION] « porte sur un différend qui ne relève pas du litige soumis à l’arbitrage ou qui ne relève pas des conditions de la soumission du litige à l’arbitrage, ou qui contient des décisions sur des questions qui dépassent la portée du litige soumis à l’arbitrage ».

[99] To answer this question, regard must be had to the three questions identified by the Ontario Court of Appeal in *Cargill*. The first of these requires me to identify the issue that the Tribunal decided.

C. What was the Issue that the Tribunal Decided?

[100] Canada says that the majority decided whether the actions of the JRP were consistent with the CEAA and domestic administrative law standards. According to Canada, the majority based its liability determination primarily on two actions of the JRP: its reliance on the concept of “community core values” as a basis for recommending against the Project, and the JRP’s conclusion that it was not possible to mitigate the adverse environmental effects of the Project. The majority then used the same rationale as a basis for finding Canada to have breached Article 1102 of NAFTA.

[101] In contrast, the Investors say that the majority of the Tribunal decided that they had been treated in a manner that was contrary to Articles 1105 and 1102 of NAFTA, both in relation to the procedure that was followed and the outcome of the regulatory reviews of the Project. In coming to this conclusion, the Investors contend that the majority appropriately applied the *Waste Management* articulation of the minimum standard of treatment required under Article 1105 of NAFTA, and further applied the appropriate test to determine whether they had received unequal treatment without justification as contemplated by Article 1102 of NAFTA.

[102] The Investors further submit that the majority considered the Canadian legal framework “as a matter of fact” [majority decision, paragraph 509], and that its liability decision was firmly grounded in an analysis of the content and scope of NAFTA as established by international law.

[99] Pour répondre à cette question, il faut tenir compte des trois questions soulevées par la Cour d’appel de l’Ontario à l’occasion de l’affaire *Cargill*. La première d’entre elles m’oblige à définir la question que le Tribunal a tranchée.

C. Quelle était la question que le Tribunal a tranchée?

[100] Le Canada affirme que le Tribunal à la majorité s’est prononcé sur la question de savoir si les actions de la CEC étaient conformes aux normes de la LCEE et du droit administratif national. Selon le Canada, le Tribunal à la majorité a fondé sa conclusion de responsabilité principalement sur deux actions de la CEC : son utilisation du concept de « valeurs fondamentales de la collectivité » comme motif de recommandation défavorable au projet et la conclusion de la CEC selon laquelle il n’était pas possible d’atténuer les effets environnementaux défavorables du projet. Le Tribunal à la majorité a ensuite utilisé la même justification pour conclure que le Canada avait manqué à l’article 1102 de l’ALENA.

[101] En revanche, les investisseurs affirment que la majorité du Tribunal a décidé qu’ils avaient été traités d’une manière contraire aux articles 1105 et 1102 de l’ALENA, à la fois en ce qui concerne la procédure suivie et le résultat des examens réglementaires du projet. Pour tirer cette conclusion, les investisseurs prétendent que le Tribunal à la majorité a appliqué de façon appropriée la norme minimale de traitement consacrée par la jurisprudence *Waste Management* requise aux termes de l’article 1105 de l’ALENA et a ensuite appliqué le critère approprié afin de rechercher s’ils avaient fait l’objet d’un traitement inégal, sans motif, comme prévu par l’article 1102 de l’ALENA.

[102] Les investisseurs soutiennent en outre que la majorité du Tribunal a considéré le cadre juridique canadien comme « une question de fait » [décision du Tribunal à la majorité, paragraphe 509] et que sa décision relative à la responsabilité était fermement fondée sur l’analyse du contenu et de la portée de l’ALENA tel qu’établi par le droit international.

[103] I do not accept Canada’s characterization of the issue that was decided by the Tribunal. It is evident from a fair reading of the majority’s reasons as a whole that the central question that it decided was whether Canada’s conduct in relation to the environmental assessment and approvals process for the Project and its treatment of the Investors breached its obligations under Articles 1102, 1103 and 1105 of NAFTA.

[104] This understanding of the issues decided by the majority of the Tribunal is confirmed by the structure of the majority’s 220-page Award, and by the “Dispositif” portion of the Award, where the Tribunal states [at paragraph 742] that it:

ii. *By majority vote* decides that [Canada] has failed to accord to investments of these Investors treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security, in breach of Article 1105 (Minimum Standard of Treatment);

iii. *By Majority vote* decides that [Canada] has failed to accord to investments of these Investors treatment no less favorable than that it has accorded, in like circumstances, to investments of its own investors, in breach of Article 1102 (National Treatment);

[105] This takes me to the second of the *Cargill* questions, which is whether the majority’s Award dealt with an issue that was not within the submission to arbitration made by the Investors under Chapter Eleven of NAFTA.

D. *Did the Majority’s Award Deal with an Issue that was not Within the Submission to Arbitration Made under Chapter Eleven of NAFTA?*

[106] Having determined that the central issue decided by the Tribunal was whether Canada’s conduct in relation to the environmental assessment and approvals process for the Project and its treatment of the Investors breached its obligations under Articles 1102, 1103 and

[103] Je ne retiens pas la qualification par le Canada de la question qui a été tranchée par le Tribunal. Il ressort clairement de la lecture objective de l’ensemble des motifs du Tribunal à la majorité que la question centrale qu’il a tranchée était de savoir si la conduite du Canada en ce qui concerne le processus d’évaluation environnementale et d’approbation du projet et son traitement des investisseurs contrevenaient aux obligations que lui imposent les articles 1102, 1103 et 1105 de l’ALENA.

[104] Cette interprétation des questions tranchées par la majorité du Tribunal est confirmée par la structure de la sentence de 220 pages du Tribunal à la majorité et par la partie « Dispositif » de la sentence, où le Tribunal déclare [au paragraphe 742] qu’il :

[TRADUCTION]

ii. Par *vote majoritaire*, décide que [le Canada] n’a pas accordé aux investissements de ces investisseurs un traitement conforme au droit international, y compris un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité complètes, en violation de l’article 1105 (norme minimale de traitement);

iii. Par *vote majoritaire*, décide que [le Canada] n’a pas accordé aux investissements de ces investisseurs un traitement non moins favorable que celui qu’il a accordé, dans des circonstances similaires, aux investissements de ses propres investisseurs, en violation de l’article 1102 (traitement national);

[105] Cela m’amène à la deuxième question de l’affaire *Cargill*, à savoir si la décision de la majorité portait sur une question qui relevant pas du litige soumis à l’arbitrage par les investisseurs en vertu du chapitre 11 de l’ALENA.

D. *La décision du Tribunal à la majorité a-t-elle porté sur une question qui n’était pas visée par le litige soumis à l’arbitrage en vertu du chapitre 11 de l’ALENA?*

[106] Ayant conclu que la question centrale tranchée par le Tribunal était de savoir si la conduite du Canada concernant le processus d’évaluation environnementale et d’approbation du projet et son traitement des investisseurs contrevenaient aux obligations que lui imposent les

1105 of NAFTA, I find that this issue was contained within the Investors' submission to arbitration. I am further satisfied that the Tribunal's discussion of domestic law was incidental to the main issues that were before it, and did not constitute an excess of jurisdiction.

[107] As the Ontario Court of Appeal explained in *Cargill*, at this stage in the analysis, the Court is required to review the Award and the submission to arbitration, in order to determine whether the Tribunal stayed within its jurisdiction: paragraph 39.

(i) The Investors' Submission to Arbitration

[108] The submission to arbitration in a Chapter Eleven arbitration consists of three parts: the agreement of the parties, the words of the relevant Articles of Chapter Eleven of NAFTA, and any interpretation of those words that has been subsequently agreed to by the NAFTA parties: *Cargill*, above, at paragraph 32.

[109] Section B of Chapter Eleven of NAFTA essentially represents a standing offer to arbitrate disputes between NAFTA Parties and investors, which offer is accepted by the filing of a notice of arbitration by an aggrieved investor. In this case, the Investors' notice of arbitration specifically identified the governmental measures at issue, asserting that Canada breached its obligations under NAFTA by applying its environmental regulatory regime in "an arbitrary, unfair and discriminatory manner".

[110] The questions that the Investors submitted to the Tribunal for arbitration were the following:

a. Did Canada treat the Investors in a manner inconsistent with its obligations under Article 1102, 1105 or 1103 of NAFTA?

b. If yes, what is the quantum of compensation to be paid to the Investors as a result of Canada's breaches of its obligations under Chapter Eleven of NAFTA?

articles 1102, 1103 et 1105 de l'ALENA, je conclus que cette question figurait dans le litige soumis par les investisseurs à l'arbitrage. Je conclus également que l'analyse du droit interne par le Tribunal était accessoire aux principales questions dont il était saisi et ne constituait pas un excès de compétence.

[107] Comme l'a expliqué la Cour d'appel de l'Ontario à l'occasion de l'affaire *Cargill*, à ce stade de l'analyse, la Cour est tenue d'examiner la sentence et la présentation à l'arbitrage afin de rechercher si le Tribunal est resté dans le cadre de sa compétence : paragraphe 39.

(i) Le litige soumis à l'arbitrage par les investisseurs

[108] Le litige soumis à l'arbitrage dans le cadre de l'arbitrage relevant du chapitre 11 comporte trois parties : l'accord des parties, le texte des articles pertinents du chapitre 11 de l'ALENA et toute interprétation de ces textes qui a été retenue par la suite par les parties à l'ALENA : *Cargill*, précité, au paragraphe 32.

[109] La section B du chapitre 11 de l'ALENA constitue essentiellement une offre permanente d'arbitrer les différends entre les parties à l'ALENA et les investisseurs, cette offre étant acceptée par le dépôt d'un avis d'arbitrage par l'investisseur lésé. En l'espèce, l'avis d'arbitrage des investisseurs précisait les mesures gouvernementales en cause, affirmant que le Canada avait manqué aux obligations que lui impose l'ALENA en appliquant son régime de réglementation environnementale de manière [TRADUCTION] « arbitraire, injuste et discriminatoire ».

[110] Les questions que les investisseurs ont soumises au Tribunal pour arbitrage sont les suivantes :

a. Le Canada a-t-il traité les investisseurs d'une manière incompatible avec les obligations que lui imposent les articles 1102, 1105 ou 1103 de l'ALENA?

b. Dans l'affirmative, quel est le montant de l'indemnisation à verser aux investisseurs par suite de la violation par le Canada des obligations que lui impose le chapitre 11 de l'ALENA?

[111] The notice of arbitration further describes the measures that the Investors say fit within a continuous course of internationally wrongful actions, raising the issue of whether Canada's environmental regulatory regime had been applied to the Investors in an arbitrary, unfair or discriminatory manner. The disputed measures included the failure on the part of the JRP to conduct itself in accordance with the applicable laws, rules and procedures, its misstatement and misapplication of these laws, rules and procedures, and its reliance on non-legal documents and concepts. By failing to pay due regard to the legal framework of the CEEA, the Investors contended that Canada's response to the recommendations of the JRP "was therefore also fundamentally arbitrary and unfair".

[112] The Investors' notice of arbitration thus makes clear that the issues submitted to arbitration required the Tribunal to decide whether the Investors had been treated less favourably than Canadian investors would have been in like circumstances, and whether their treatment fell below the minimum standard of treatment at customary international law. The answers to these questions inevitably required the Tribunal to examine the compliance of the JRP and the Canadian government with Canadian domestic environmental law as part of the factual matrix underlying the dispute.

(ii) Canada's Argument Regarding the Tribunal's Consideration of Domestic Law

[113] Canada contends that the majority's Award dealt with a dispute that was not contemplated by, nor falling within the terms of the Investors' submission to arbitration. It did so by wrongfully determining that the actions of the JRP violated domestic administrative law standards, and by making that determination the sole basis for liability under NAFTA.

[114] Canada acknowledges that the majority expressly stated that it was applying the *Waste Management* standard in determining whether the actions of the JRP and Canada breached the minimum standard of treatment

[111] L'avis d'arbitrage expose en outre les mesures qui, selon les investisseurs, s'inscrivent dans un flux continu d'actions internationalement illicites, soulevant la question de savoir si le régime réglementaire environnemental canadien avait été imposé aux investisseurs de manière arbitraire, injuste ou discriminatoire. Les mesures controversées comprenaient la non-conformité de la CEC aux lois, règles et procédures applicables, la déclaration inexacte et la mauvaise application de ces lois, règles et procédures, et son utilisation de documents et concepts non juridiques. Selon les investisseurs, en ne tenant pas dûment compte du cadre juridique de la LCEE, la réponse du Canada aux recommandations de la CEC [TRADUCTION] « était donc aussi fondamentalement arbitraire et injuste ».

[112] L'avis d'arbitrage des investisseurs indique donc clairement que les questions soumises à l'arbitrage appelaient le Tribunal à déterminer si les investisseurs avaient été traités moins favorablement que les investisseurs canadiens l'auraient été dans des circonstances semblables et si leur traitement était inférieur à la norme minimale de traitement du droit international coutumier. Les réponses à ces questions obligeaient inévitablement le Tribunal à examiner le respect par la CEC et le gouvernement canadien du droit canadien de l'environnement dans le cadre des faits ayant donné naissance au différend.

(ii) La thèse du Canada concernant la prise en compte du droit interne par le Tribunal

[113] Le Canada soutient que la décision du Tribunal à la majorité portait sur un différend qui n'avait pas été envisagé par les investisseurs dans leur soumission du litige à l'arbitrage et qui ne remplissait pas non plus les conditions de cette soumission. Il l'a fait en concluant à tort que les actions de la CEC violaient les normes du droit administratif national et en faisant de cette décision le seul motif de sa conclusion de responsabilité au titre de l'ALENA.

[114] Le Canada reconnaît que le Tribunal à la majorité a expressément déclaré qu'il appliquait la norme de la jurisprudence *Waste Management* pour rechercher si les actions de la CEC et du Canada violaient la norme

required under Article 1105 of NAFTA. It says, however, that the majority then “starkly pivoted in its approach”, abandoning the international minimum standard at customary international law, instead drawing conclusions based exclusively on alleged violations of Canadian law.

[115] In assessing the Government of Canada’s actions under Canadian domestic environmental assessment law—a body of law that Canada says was wholly outside a NAFTA tribunal’s jurisdiction and expertise to interpret and apply—Canada argues that the majority dealt with a question that was not within the terms of the submission to arbitration, thereby running afoul of the jurisdictional boundaries that the NAFTA Parties have agreed to.

[116] In support of its position, Canada observes that NAFTA tribunals “have been given the power to adjudicate only upon alleged breaches of the international obligations mutually undertaken by treaty by the NAFTA Parties”, and that “[t]hey are to do so using international law principles not domestic law”: *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)* (2006), 277 D.L.R. (4th) 527, 149 C.R.R. (2d) 290 (Ont. C.A.), at paragraph 42. While the majority of the Tribunal purported to decide questions of international law, Canada says that it actually decided questions of Canadian law that are reserved for this Court, using its findings with respect to Canada’s alleged non-compliance with the requirements of Canadian environmental law as the basis for its finding of NAFTA liability. According to Canada, this wrongful appropriation of jurisdiction requires that the Award be set aside.

[117] In support of this contention, Canada points, in particular, to paragraphs 600 to 604 of the majority’s reasons, which it refers to as the “ground zero” of the majority’s error with respect to Canada’s alleged breach of Article 1105 of NAFTA. These paragraphs appear in the section of the majority’s decision entitled “Conclusions Regarding the International Minimum Standard”.

minimale de traitement exigée par l’article 1105 de l’ALENA. Il dit, cependant, que le Tribunal à la majorité a alors [TRADUCTION] « opéré un revirement radical dans son approche », abandonnant la norme minimale internationale en droit international coutumier et tirant plutôt des conclusions fondées exclusivement sur des violations présumées du droit canadien.

[115] En appréciant les actions du gouvernement du Canada au regard de la loi canadienne sur l’évaluation environnementale — un ensemble de règles de droit qui, selon le Canada, échappait entièrement à la compétence et à l’expertise d’un tribunal de l’ALENA nécessaires à leur interprétation et application — le Canada soutient que la majorité du Tribunal a discuté une question qui ne relevait pas du litige soumis à l’arbitrage, excédant ainsi les limites de la mission acceptée par les parties à l’ALENA.

[116] À l’appui de sa position, le Canada fait observer que les tribunaux de l’ALENA [TRADUCTION] « ont été habilités à se prononcer uniquement sur les violations alléguées des obligations internationales mutuellement assumées par les parties à l’ALENA » et que [TRADUCTION] « ils doivent le faire en suivant les principes du droit international et non du droit interne » : *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)* (2006), 277 D.L.R. (4th) 527, 149 C.R.R. (2d) 290 (C.A. Ont.), au paragraphe 42. Alors que le Tribunal à la majorité prétendait trancher des questions de droit international, le Canada affirme qu’il a en réalité tranché des questions de droit canadien qui sont du seul ressort de notre Cour, utilisant ses conclusions concernant le non-respect allégué par le Canada des exigences du droit canadien de l’environnement comme fondement de sa conclusion de responsabilité au titre de l’ALENA. Selon le Canada, cette usurpation de compétence appelle l’annulation de la sentence.

[117] À l’appui de cette thèse, le Canada mentionne en particulier les paragraphes 600 à 604 des motifs du Tribunal à la majorité, qu’il appelle le « point zéro » de l’erreur du Tribunal à la majorité concernant la violation alléguée par le Canada de l’article 1105 de l’ALENA. Ces paragraphes figurent dans la section de la décision du Tribunal à la majorité intitulée [TRADUCTION]

[118] In this section, the majority identified “[t]he problem in this case” as being “whether the Investors’ application was assessed in a manner that complied with the laws that Canada and Nova Scotia actually chose to adopt”: paragraph 600. The majority concluded that “there was in fact a fundamental departure from the methodology required by Canadian and Nova Scotia law” in the way that the Project was assessed. While recognizing that social impacts can be within the scope of a valid environmental assessment, and that “the value placed by members of a community on distinctive components of an ecosystem” can be a relevant consideration in an environmental assessment, the majority took issue with the “distinct, unprecedented and unexpected approach taken by the JRP to ‘community core values’ in this particular case”: paragraph 601.

[119] The majority found that the Investors were “not treated in a manner consistent with Canada’s own laws, including the core evaluative standard under the CEAA and the standards of fair notice required by Canadian public administrative law”: paragraph 602. It went on in the following paragraph to find that “[t]he basis of liability under Chapter Eleven is that, after all the specific encouragement the Investors and their investment had received from government to pursue the project, and after all the resources placed in preparing and presenting their environmental assessment case, the Investors and their investment were not afforded a fair *opportunity* to have the specifics of that case considered, assessed and decided in accordance with applicable laws” (emphasis in the original).

[120] The majority concluded that “the approach to the environmental assessment taken by the JRP and adopted by Canada resulted in a breach of Article 1105”: paragraph 604.

« Conclusions concernant la norme internationale minimale ».

[118] Dans cette section, le Tribunal à la majorité a ainsi défini [TRADUCTION] « le problème en l’espèce » : [TRADUCTION] « la question de savoir si la demande des investisseurs a été évaluée d’une manière conforme aux lois que le Canada et la Nouvelle-Écosse ont concrètement choisi d’adopter » : paragraphe 600. Le Tribunal à la majorité a conclu [TRADUCTION] « qu’il y avait en fait une entorse fondamentale à la méthode imposée par les lois canadiennes et néo-écossaises » dans la façon dont le projet avait été évalué. Tout en reconnaissant que les répercussions sociales peuvent entrer dans le cadre d’une évaluation environnementale valable et que [TRADUCTION] « la valeur accordée par les membres d’une communauté à des éléments distinctifs d’un écosystème » peut constituer un facteur pertinent dans une évaluation environnementale, le Tribunal à la majorité a rejeté [TRADUCTION] « l’approche distincte, sans précédent et inattendue retenue par la CEC concernant les « valeurs fondamentales de la collectivité » dans ce cas particulier » : paragraphe 601.

[119] Le Tribunal à la majorité a conclu que les investisseurs n’étaient [TRADUCTION] « pas traités de manière conforme aux propres lois du Canada, y compris la norme d’évaluation fondamentale de la LCEE et les normes d’avertissement raisonnable exigées par le droit administratif canadien » : paragraphe 602. Puis, dans le paragraphe suivant, il a conclu que [TRADUCTION] « le fondement de la responsabilité au titre du chapitre 11 est que, après tous les encouragements spécifiques que les investisseurs et leur investissement ont reçus du gouvernement pour poursuivre le projet, et vu toutes les ressources investies dans la préparation et la présentation de leur dossier d’évaluation environnementale, les investisseurs et leur investissement n’ont pas eu la *possibilité* raisonnable de voir les spécificités de ce dossier examinées, évaluées et tranchées conformément aux lois applicables » (souligné dans l’original).

[120] Le Tribunal à la majorité a conclu que [TRADUCTION] « l’approche de l’évaluation environnementale retenue par la CEC et retenue par le Canada a résulté en une violation de l’article 1105 » : paragraphe 604.

[121] Canada submits that the majority thus effectively decided that there had been a failure to act in accordance with applicable Canadian law in this case, erroneously equating that departure with a breach of the minimum standard of treatment at customary international law. It says that the majority's approach in this case should be contrasted with the Tribunal's reasoning in *ADF Group*, above, where a NAFTA Tribunal correctly rejected a claim that a domestic regulator had misapplied domestic law on the basis that it had no authority to review the legal validity and standing of measures under domestic administrative law.

[122] Canada argues that the error of the majority was perpetuated in its analysis of the Investors' claim under Article 1102 of NAFTA. In finding Canada liable in this regard, the majority held that "[w]hat is of critical importance here is that the Whites Point project did not receive the expected and legally mandated application, for the purposes of federal Canada environmental assessment, of the essential evaluative standard under the CEEA": paragraph 697. The majority therefore found that there was no justification for the differential and adverse treatment that was accorded to the Investors: paragraph 724.

[123] The majority recognized that "[e]rrors, even substantial errors, in applying national laws do not generally, let alone automatically, rise to the level of international responsibility vis-à-vis foreign investors": paragraph 738. However, it went on in the same paragraph to find that "[t]he trigger for international responsibility in this particular case was the very specific set of facts that were presented, tested and established through an extensive litigation process".

[124] The majority then went to find that some of the factual elements of this case "were highly unusual", and that the "unprecedented nature of the JRP's approach ... was not only at variance with the existing legal framework, but also with the actual treatment provided in comparable cases": paragraph 739.

[121] Le Canada soutient que le Tribunal à la majorité a donc en substance conclu à la non-conformité à la loi canadienne applicable en l'espèce, assimilant à tort cette entorse à une violation de la norme minimale de traitement en droit international coutumier. Il dit que l'approche du Tribunal à la majorité, en l'espèce, doit être opposée au raisonnement du Tribunal à l'occasion de l'affaire *ADF Group*, précitée, où un tribunal de l'ALENA a rejeté à juste titre l'allégation selon laquelle un organisme national de réglementation avait mal appliqué le droit interne au motif qu'il n'avait pas le pouvoir d'examiner la validité et la qualité des mesures en droit administratif interne.

[122] Le Canada soutient que l'erreur du Tribunal à la majorité a contaminé son analyse de l'allégation des investisseurs au titre de l'article 1102 de l'ALENA. En concluant à la responsabilité du Canada à cet égard, le Tribunal à la majorité a conclu que [TRADUCTION] « ce qui revêt une importance cruciale en l'espèce est que le projet de Whites Point n'a pas bénéficié de l'application prévue et légalement obligatoire, aux fins de l'évaluation environnementale fédérale du Canada, de la norme d'évaluation essentielle en vertu de la LCEE » : paragraphe 697. Le Tribunal à la majorité a donc conclu que le traitement différencié et défavorable dont ont fait l'objet les investisseurs n'était pas justifié : paragraphe 724.

[123] Le Tribunal à la majorité a reconnu que [TRADUCTION] « les erreurs, même graves, dans l'application des lois nationales ne donnent généralement pas lieu, et encore moins automatiquement, au niveau de responsabilité internationale à l'égard des investisseurs étrangers » : paragraphe 738. Cependant, il a indiqué dans le même paragraphe que [TRADUCTION] « le générateur de la responsabilité internationale dans ce cas particulier était l'ensemble très spécifique de faits qui ont été exposés, vérifiés et établis dans le cadre d'un processus judiciaire exhaustif ».

[124] La majorité du Tribunal a ensuite conclu que certains des éléments de fait de cette affaire [TRADUCTION] « étaient très inhabituels » et que [TRADUCTION] « la nature sans précédent de l'approche de la CEC [...] n'était pas seulement en contradiction avec le cadre juridique existant, mais aussi avec le traitement réel assuré dans des cas comparables » : paragraphe 739.

(iii) Canada's Argument Regarding the Relevant Articles of NAFTA and the Interpretative Notes

[125] In support of its argument that the majority erred by relying on breaches of Canadian environmental and administrative law to ground liability under Articles 1102 and 1105 of NAFTA, Canada notes that Articles 1116(1) and 1117(1) of NAFTA provide that a tribunal has jurisdiction only to rule on alleged breaches of substantive obligations for which investor-State dispute settlement is available under Chapter Eleven.

[126] Canada observes that the Tribunal's jurisdiction was further circumscribed by Article 1131(1) of NAFTA, which states that tribunals are to "decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law". This provision "ensures that domestic law is not applied to investment matters by specifying the applicability of international law": Denis Lemieux and Ana Stuhec, *Review of Administrative Action under NAFTA* (Scarborough, Ont: Carswell, 1999), at page 94.

[127] This requirement is confirmed by the FTC Note, which confirms that "Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment of another Party", and that "[t]he concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens".

[128] As was noted earlier, an interpretation of a provision of NAFTA by the Free Trade Commission is binding on tribunals established under Chapter Eleven of the Agreement. As a consequence, Canada contends that the majority of the Tribunal was required to apply customary international law in determining whether Canada violated the minimum standard of treatment

(iii) La thèse du Canada concernant les articles pertinents de l'ALENA et les notes interprétatives

[125] À l'appui de sa thèse portant que le Tribunal à la majorité a commis une erreur en invoquant les violations du droit environnemental et administratif canadien pour conclure en sa responsabilité au titre des articles 1102 et 1105 de l'ALENA, le Canada note que les paragraphes 1116(1) et 1117(1) de l'ALENA prévoient qu'un tribunal n'a compétence que pour se prononcer sur des violations présumées d'obligations de fond pour lesquelles un règlement des différends entre l'investisseur et un État est possible en vertu du chapitre 11.

[126] Le Canada fait observer que la compétence du Tribunal était encore plus circonscrite par le paragraphe 1131(1) de l'ALENA, qui prévoit que le tribunal « tranchera les points en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international ». Cette disposition [TRADUCTION] « garantit que le droit interne ne joue pas en matière d'investissement en précisant l'applicabilité du droit international » : Denis Lemieux et Ana Stuhec, *Review of Administrative Action under NAFTA* (Scarborough, Ont : Carswell, 1999), page 94.

[127] Cette exigence est confirmée par les Notes de la CLE qui confirment que « l'article 1105(1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie » et que « [l]es concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers ».

[128] Comme il a été noté précédemment, l'interprétation d'une disposition de l'ALENA par la Commission du libre-échange lie les tribunaux établis en vertu du chapitre 11 de l'Accord. En conséquence, le Canada soutient que la majorité du Tribunal était tenue d'appliquer le droit international coutumier pour déterminer si le Canada avait manqué à la norme minimale de traitement

required by Article 1105 of NAFTA, and that by failing to give effect to the FTC Note, the majority exceeded its jurisdiction.

[129] Canada also refers the submissions of the NAFTA Parties in *Mesa*, cited above, as constituting an additional binding “subsequent agreement” within the meaning of Article 31 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*. It will be recalled that in the *Mesa* case, Canada, the United States and Mexico agreed that the majority in this case erred by failing to require the Investors to establish that the actions of Canada resulted in a breach of customary international law, and by equating a failure to comply with applicable domestic law with a failure to meet the minimum standard of treatment at international law.

(iv) Analysis

[130] I do not need to determine whether the NAFTA State Parties’ submissions in *Mesa* created a binding subsequent agreement for the purposes of Article 31 of the Vienna Convention. This is because the *Mesa* submissions all post-dated the Tribunal’s decision in this case, and thus could not have been binding on the majority at the time that it made its decision.

[131] Canada’s argument does, however, require me to consider the role that domestic law should play in considering alleged breaches of Articles 1102 and 1105 of NAFTA.

[132] Canada contends that it is the role of this Court, and not a NAFTA Tribunal, to determine whether Canada acted in accordance with its own laws in making decisions with respect to the approval of the Project. By deciding questions of Canadian law that are reserved for this Court, Canada says that the majority of the Tribunal exceeded its jurisdiction. As will be explained below, I cannot accept this submission.

[133] I understand the parties to agree that NAFTA Tribunals do not sit in review of decisions made within State parties: *ADF Group*, above, at paragraph 190;

exigée par l’article 1105 de l’ALENA, et qu’en omettant de suivre la Note de la CLE, le Tribunal à la majorité a excédé sa compétence.

[129] Le Canada se réfère également aux observations des parties à l’ALENA dans l’affaire *Mesa*, précitée, qui constituent un « accord ultérieur » contraignant supplémentaire au sens de l’article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. On se rappellera que dans l’affaire *Mesa*, le Canada, les États-Unis et le Mexique ont convenu que le tribunal à la majorité dans cette affaire avait commis une erreur en omettant d’exiger des investisseurs qu’ils établissent que les actions du Canada ont résulté en une violation du droit international coutumier, et en assimilant le non-respect de la législation nationale pertinente au non-respect de la norme minimale de traitement en droit international.

(iv) Analyse

[130] Il n’est pas nécessaire que je recherche si les observations des États parties à l’ALENA dans l’affaire *Mesa* ont constitué un accord ultérieur contraignant aux fins de l’article 31 de la Convention de Vienne. En effet, les observations produites dans l’affaire *Mesa* étaient toutes postérieures à la décision du Tribunal dans la présente affaire et ne pouvaient donc pas lier la majorité du Tribunal au moment où elle s’est prononcée.

[131] Vu la thèse du Canada, je suis toutefois appelée à examiner le rôle que le droit interne doit jouer en matière d’examen des violations alléguées des articles 1102 et 1105 de l’ALENA.

[132] Le Canada soutient que c’est la mission de notre Cour, et non d’un tribunal de l’ALENA, de déterminer si le Canada a agi conformément à ses propres lois lorsqu’il a pris des décisions concernant l’approbation du projet. Selon le Canada, en statuant sur des questions de droit canadien réservées à notre Cour, la majorité du Tribunal a excédé sa compétence. Comme je l’expliquerai plus loin, je ne puis retenir cette thèse.

[133] Je crois comprendre qu’il n’est pas controversé entre les parties que les tribunaux de l’ALENA n’examinent pas les décisions prises au sein des États

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, (December 6, 2000), ICSID Case No. Arb(AF)/99/1, Interim Decision on Jurisdictional Issues, paragraph 61; *Glamis Gold Ltd.*, above, at paragraph 762. That said, Canada conceded in its written submissions that NAFTA tribunals may consider a NAFTA Party's compliance or non-compliance with its domestic law as a factor in the determination of liability under NAFTA: Canada's memorandum of fact and law, at paragraph 66.

[134] Although claims under Chapter Eleven of NAFTA are unquestionably to be decided based on international law, questions of compliance with a State Party's domestic law can nevertheless be a material and relevant factor in that analysis, and can form an important part of the factual matrix underlying NAFTA disputes: *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, (November 15, 2004), UNCITRAL, Final Award [*Gami Investments*], at paragraph 91.

[135] Indeed, while domestic laws are not generally germane in international arbitrations as matters of law, "domestic law can be central to the function of [NAFTA] tribunals and an assessment of a given domestic regime can be a critical aspect of an assessment of the facts underlying these cases": Meg N. Kinnear, Andrea K. Bjorklund and John F.G. Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, looseleaf, (Kluwer Law International, 2006), at page 1131-20.

[136] The fact that Canada's compliance with its domestic environmental assessment legislation was a relevant and appropriate consideration for the Tribunal in this case is confirmed by the fact that Canada pleaded to it as part of the "Factual Background" in its Statement of Defence. Indeed, the structure of Canada's Statement of Defence makes it clear that domestic law, and its own compliance with that law, were viewed as relevant factual issues by Canada.

parties : *ADF Group*, précité, au paragraphe 190; *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, (6 décembre 2000), ICSID Case No. Arb(AF)/99/1, décision provisoire sur des questions de compétence, au paragraphe 61; *Glamis Gold Ltd.*, précité, au paragraphe 762. Cela dit, le Canada a admis dans ses observations écrites que les tribunaux de l'ALENA peuvent voir dans la conformité ou la non-conformité à la législation nationale d'un pays signataire de l'ALENA un facteur dans la détermination de la responsabilité au titre de l'ALENA : mémoire des faits et du droit du Canada, au paragraphe 66.

[134] Bien que les plaintes fondées sur le chapitre 11 de l'ALENA soient incontestablement fondées sur le droit international, les questions de conformité au droit interne d'un État partie peuvent néanmoins constituer un facteur important et pertinent dans cette analyse et peuvent constituer une importante partie des faits donnant naissance aux différends relevant de l'ALENA : *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, (15 novembre 2004), UNCITRAL, sentence, [*Gami Investments*], au paragraphe 91.

[135] En effet, bien que les lois nationales ne soient généralement pas pertinentes dans les arbitrages internationaux à titre de questions de droit, [TRADUCTION] « le droit interne peut être essentiel à la fonction des tribunaux [de l'ALENA] et l'appréciation d'un régime national donné peut constituer un aspect critique de l'appréciation des faits de ces affaires » : Meg N. Kinnear, Andrea K. Bjorklund et John F.G. Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, édition sur feuilles mobiles, (Kluwer Law International, 2006), page 1131-20.

[136] La conformité du Canada à sa législation nationale en matière d'évaluation environnementale constitue un facteur pertinent et approprié pour le Tribunal en l'espèce; cela est confirmé par la mention qu'en a faite le Canada dans le « Contexte factuel » de sa défense. En effet, il ressort clairement de la structure de la défense du Canada que le droit interne et son propre respect de la loi canadienne étaient considérés comme des questions de fait pertinentes par le Canada.

[137] While arguing that the Investors were conflating the role of the Tribunal in applying the customary international law minimum standard with the role of this Court sitting in review of decisions relating to the Project under Canadian administrative law, Canada nevertheless pleaded that it had complied with the requirements of Canadian environmental law in the Memorials that it filed with the Tribunal, putting the matter squarely before the Tribunal to decide.

[138] In addition, both Canada and the Investors adduced substantial evidence before the Tribunal from leading experts in Canadian environmental law with respect to the requirements of domestic environmental law, and whether that law had been complied with in relation to the Project. Canada's compliance with domestic environmental law was thus clearly identified by the parties as a factual issue to be decided by the Tribunal—one that ultimately went to the merits of whether Canada breached its international law obligations to the Investors.

[139] Indeed, some disputes giving rise to international claims can likely only be assessed by considering the requirements of domestic law incidentally to the issue of international liability: William S. Dodge, “Local Remedies Under NAFTA Chapter 11”, in Frédéric Bachand ed., *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration* (International Arbitration Institute: 2011), 37, at page 39-41.

[140] For example, in considering a claim under Article 1102 of NAFTA, a tribunal may only be able to determine whether a foreign investor has been treated less favorably by a NAFTA Party than the country would treat its own nationals by considering what treatment was required by the domestic laws of the country in question. Indeed, as Kinnear and Puig have observed, “[t]he focus on the context under Article 1102 requires adjudicators to pay close attention to the applicable regulatory framework before finding any national treatment violation”: Sergio Puig and Meg Kinnear, “NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a

[137] Tout en soutenant que les investisseurs confondaient la mission du Tribunal lorsqu’il applique la norme minimale du droit international coutumier et la mission de notre Cour lorsqu’elle examine les décisions relatives au projet au regard du droit administratif canadien, le Canada a néanmoins soutenu qu’il avait respecté les exigences du droit environnemental canadien dans les mémoires qu’il a produits au Tribunal; celui-ci était donc clairement saisi de la question et devait la trancher.

[138] En outre, le Canada et les investisseurs ont présenté devant le Tribunal des éléments de preuves substantiels émanant d’experts en droit canadien de l’environnement concernant les exigences du droit environnemental national et concernant la question de savoir si ce droit avait été respecté dans le cadre du projet. Le respect par le Canada de la législation environnementale nationale a donc été clairement relevé par les parties comme une question de fait devant être tranchée par le Tribunal — une question qui, au final, a porté sur le fond de la question de savoir si le Canada avait violé les obligations que lui impose le droit international envers les investisseurs.

[139] En effet, certains différends donnant lieu à des plaintes internationales ne peuvent vraisemblablement être appréciés que par la prise en compte accessoire des exigences du droit interne par rapport à la question de la responsabilité internationale : William S. Dodge, « Local Remedies Under NAFTA Chapter 11 », dans Frédéric Bachand, dir., *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration* (International Arbitration Institute : 2011), 37, page 39–41.

[140] Par exemple, en examinant une plainte en vertu de l’article 1102 de l’ALENA, il se peut qu’un tribunal soit seulement en mesure de déterminer si une partie à l’ALENA a traité un investisseur étranger de façon moins favorable que le pays traiterait ses propres ressortissants en tenant compte du traitement exigé les lois nationales du pays en question. En effet, comme Kinnear et Puig l’ont fait observer, [TRADUCTION] « l’accent mis sur le contexte de l’article 1102 oblige les arbitres à accorder une attention particulière au cadre réglementaire applicable avant de conclure à une violation du traitement national » : Sergio Puig et Meg Kinnear, « NAFTA

Systemic Approach in Investment Arbitration” (2010), 25:2 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 225, at page 241.

[141] Authors have identified examples of such “preliminary” or “incidental” questions governed by domestic law as including matters such as whether an investment is valid or a contract has been concluded, as well as zoning changes, taxation and *environmental impact assessments*: Ole Spiermann, “Applicable Law”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 89, at pages 110–113.

[142] Contrary to Canada’s submissions, deciding “preliminary” or “incidental” questions of national law does not convert a NAFTA Tribunal into a domestic court of appeal. Rather, it is part of the exercise of the inherent jurisdiction of a tribunal that is “necessary in order to give effect to the investor’s right to international arbitration as well as the object and purpose of most, if not all, investment treaties”: Spiermann, above, at pages 110–113; *GAMI Investments, Inc.*, above, at paragraphs 90–91, 94.

[143] It is also noteworthy that although Canada raised a number of objections to the jurisdiction of the Tribunal in this case, it did *not* argue that the Investors failed to have the issues of domestic law raised by their NAFTA claim determined by this Court through an application for judicial review of the decisions at issue. Nor did Canada assert that the NAFTA Tribunal could not look at Canadian domestic law issues as part of its analysis of the Investors’ claim. Indeed, as was noted earlier, it adduced substantial evidence on this issue.

[144] The requirements of Canadian environmental law and Canada’s compliance or non-compliance with those requirements were thus put squarely in issue by the parties before the Tribunal. They were, moreover, expressly

Chapter Eleven at Fifteen : Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration » (2010), 25:2 *ICSID Review – Foreign Investments Law Journal* 225, page 241.

[141] La doctrine a relevé des exemples de questions « préliminaires » ou « accessoires » régies par le droit national, telles que la validité d’un investissement ou la conclusion d’un contrat, ainsi que les changements de zonage, la fiscalité et les *études d’impact environnemental* : Ole Spiermann, « Applicable law », dans Peter Muchlinski, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir., *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 89, pages 110 à 113.

[142] Contrairement à ce que soutient le Canada, trancher des questions « préliminaires » ou « accessoires » de droit national ne transforme pas un tribunal de l’ALENA en une cour d’appel nationale. Cela fait plutôt partie de l’exercice de la compétence inhérente d’un tribunal qui est [TRADUCTION] « nécessaire pour donner effet au droit de l’investisseur à l’arbitrage international ainsi qu’à l’objet et au but de la plupart des traités portant sur l’investissement, sinon tous » : Spiermann, précité, pages 110 à 113; *GAMI Investments, Inc.*, précité, paragraphes 90, 91, 94.

[143] Il convient également de noter que bien que le Canada ait soulevé un certain nombre d’objections à la compétence du Tribunal en l’espèce, il n’a *pas* soutenu que les investisseurs ont omis de soulever les questions de droit interne dans leur plainte fondée sur l’ALENA tranchées par notre Cour dans le cadre d’une procédure de contrôle judiciaire des décisions en cause. Le Canada n’a pas non plus affirmé que le Tribunal de l’ALENA ne pouvait pas examiner les questions de droit interne canadien dans le cadre de son analyse de la plainte des investisseurs. En effet, comme il a été noté plus tôt, il a présenté des éléments de preuve substantiels sur cette question.

[144] Les exigences du droit canadien en matière d’environnement et la conformité ou la non-conformité du Canada à ces exigences ont donc été directement mises en cause par les parties devant le Tribunal. Elles étaient

within the submission to arbitration of the Investors' claim for damages resulting from Canada's alleged breaches of its NAFTA obligations. Consequently, I am satisfied that the majority did not exceed its jurisdiction since it did not address an issue that was not within the submission to arbitration made by the Investors under Chapter Eleven of NAFTA.

[145] There was, moreover, nothing in the words of the relevant Articles of Chapter Eleven of NAFTA or in the interpretation of those words in the FTC Note that precluded the Tribunal majority from making findings as to Canada's compliance or non-compliance with the requirements of its domestic environmental laws incidentally to its finding of liability under Articles 1102 or 1105 of NAFTA.

[146] While Canada takes issue with the majority's findings regarding Canada's non-compliance with the requirements of Canadian environmental law, it is not open to this Court, sitting on an application to set aside an Award under Chapter Eleven of NAFTA, to review the merits of the Tribunal's decision and to second-guess its findings, as any error that the Tribunal may have made in this regard was not jurisdictional in nature.

[147] This takes me to the final question to be considered, which is whether there is anything in NAFTA, properly interpreted, that precluded the majority of the Tribunal from making the award that it made.

E. *Is there Anything in NAFTA that Precluded the Majority of the Tribunal from Making the Award that it Made?*

[148] Canada submits that Articles 1105, 1102, 1116, 1117 and 1131 of NAFTA, properly interpreted, precluded the majority from making determinations of domestic law, and from making those determinations the sole basis of liability under Articles 1105 and 1102.

en outre expressément précisées dans le litige soumis à l'arbitrage par les investisseurs qui demandaient les dommages-intérêts au titre des violations qu'aurait commises le Canada des obligations que lui impose l'ALENA. Par conséquent, je conclus que la majorité du Tribunal n'a pas excédé sa compétence car elle n'a pas discuté une question qui ne relevait pas du litige soumis à l'arbitrage faite par les investisseurs en vertu du chapitre 11 de l'ALENA.

[145] En outre, rien dans le texte des articles pertinents du chapitre 11 de l'ALENA ni dans l'interprétation de ce texte dans les Notes de la CLE n'interdisait à la majorité du Tribunal de tirer des conclusions de fait quant au respect ou au non-respect par le Canada des exigences de ses lois nationales en matière d'environnement à titre accessoire pour finalement tirer sa conclusion de responsabilité au titre des articles 1102 ou 1105 de l'ALENA.

[146] Bien que le Canada attaque les conclusions du Tribunal à la majorité concernant le non-respect par le Canada des exigences du droit environnemental canadien, il n'est pas loisible à notre Cour, saisie d'une demande d'annulation d'une sentence rendue en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, d'examiner la décision du Tribunal au fond et de remettre en cause ses conclusions de fait, car toute erreur que le Tribunal aurait pu commettre à cet égard ne relève pas d'une question de compétence.

[147] Cela m'amène à la dernière question à examiner, à savoir s'il y a quelque disposition que ce soit dans l'ALENA, correctement interprétée, qui interdisait à la majorité du Tribunal de rendre la sentence qu'elle a rendue.

E. *Y a-t-il une disposition de l'ALENA qui interdisait à la majorité du Tribunal de rendre la sentence qu'elle a rendue?*

[148] Le Canada soutient que les articles 1105, 1102, 1116, 1117 et 1131 de l'ALENA, correctement interprétés, interdisaient au Tribunal à la majorité de tirer des conclusions concernant le droit interne et de faire de ces conclusions le seul fondement de sa conclusion de responsabilité au titre des articles 1105 et 1102.

[149] I have already found that it was appropriate for the Tribunal to consider the requirements of *Canadian environmental assessment law* in arriving at its decision. The question at this stage of the analysis is whether the Tribunal exceeded its jurisdiction in the way that it used those findings in finding Canada liable to the Investors under Articles 1105 and 1102 of NAFTA.

[150] While the Investors challenged a wide range of measures and decisions made over the course of the JRP process, Canada asserts that the majority found liability under Articles 1105 and 1102 of NAFTA based primarily on two actions of the JRP: its reliance on the concept of “community core values” in its recommendations, and its approach to the issue of mitigation.

[151] According to Canada, all of the findings supporting the majority’s liability finding were essentially just a restatement of these two findings, and that but for its conclusions with respect to Canada’s purported breach of its domestic environmental laws, the majority would not have reached the result that it did. In finding Canada to be liable for breaches of Articles 1105 and 1102 of NAFTA, Canada says that the Tribunal exceeded the clear, but limited authority that Canada has consented to a NAFTA tribunal exercising, namely to decide disputes in accordance with the provisions of NAFTA and the applicable rules of international law.

[152] Before considering Canada’s arguments on this point, it is important to recall the standard of review that applies in cases such as this. I am not judicially reviewing the reasonableness of the decision of the majority of the NAFTA panel, nor am I determining whether the Tribunal erred in fact or law in arriving at its decision. Article 34(2)(a)(iii) of the Code does not invalidate an arbitral award simply because, in the opinion of the Court, a tribunal erred in law, or made an erroneous finding of fact: *S.D. Myers* (Federal Court), above, at paragraph 42; *Consolidated Contractors Group*, above, at paragraph 23.

[149] J’ai déjà conclu qu’il était approprié que le Tribunal examine les exigences de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* pour en arriver à sa décision. La question à ce stade de l’analyse est de savoir si le Tribunal a excédé sa compétence vu la façon dont il a utilisé ces conclusions pour déclarer le Canada responsable envers les investisseurs en vertu des articles 1105 et 1102 de l’ALENA.

[150] Bien que les investisseurs aient contesté un large éventail de mesures et de décisions prises au cours du processus de la CEC, le Canada affirme que le Tribunal à la majorité a conclu à la responsabilité en vertu des articles 1105 et 1102 de l’ALENA, principalement en raison de deux mesures de la CEC : son recours au concept de « valeurs fondamentales de la collectivité » dans ses recommandations, et son approche quant à la question de l’atténuation.

[151] Selon le Canada, toutes les conclusions allant dans le sens de la conclusion de responsabilité tirée par le Tribunal à la majorité constituaient essentiellement la reformulation de ces deux constatations, et que, sans ses conclusions concernant la prétendue violation par le Canada de ses lois environnementales nationales, la majorité du Tribunal n’aurait pas retenu la même solution. En déclarant le Canada responsable des violations des articles 1105 et 1102 de l’ALENA, le Canada affirme que le Tribunal a outrepassé la mission précise, mais limitée, conférée à un tribunal de l’ALENA, à laquelle le Canada a donné son consentement, à savoir celle de trancher des différends conformément aux dispositions de l’ALENA et aux règles applicables du droit international.

[152] Avant d’examiner les arguments du Canada sur ce point, il est important de rappeler la norme de contrôle qui joue dans les cas comme celui-ci. Je ne procède pas au contrôle judiciaire du caractère raisonnable de la décision de la majorité du tribunal de l’ALENA, et je ne recherche pas non plus si le Tribunal a commis une erreur de fait ou de droit en arrivant à sa décision. Le sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code n’invalide pas une sentence arbitrale simplement parce que, de l’avis de la Cour, le tribunal a commis une erreur de droit ou a tiré une conclusion de fait erronée : *S.D. Myers* (Cour fédérale), précité, au paragraphe 42; *Consolidated Contractors Group*, précité, au paragraphe 23.

[153] Indeed, none of the limited and narrow grounds for setting aside an arbitral decision enumerated in article 34(2) of the Code permit a court to review the merits of an arbitral tribunal's award. This is so even if the Tribunal has manifestly erred in fact or in law: *Xerox Canada Ltd. v. MPI Technologies Inc.*, [2006] O.J. No. 4895 (QL) (Ont. S.C.), paragraphs 144–147; Jan van den Berg, Albert, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (T.M.C. Asser Institute, 1981), page 273; *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA and others*, [2005] UKHL 43, [2006] 1 A.C. 221, paragraph 31. I may only intervene in the Tribunal's decision if the majority exceeded its jurisdiction, as contemplated by article 34(2)(a)(iii) of the Code.

[154] This approach is consistent with the modern movement towards finality of arbitration awards: Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2004). As Redfern and Hunter put it, “[t]here is a belief that, so far as international arbitrations are concerned, the parties should be prepared to accept the decision of the arbitral tribunal even if it is wrong, so long as the correct procedures are observed”: page 421. The concern is that if a court is permitted to review an arbitral decision on its merits, the speed and the finality of the arbitral process will be lost. Indeed, arbitration would then become “merely the first stage in a process that may lead, by way of successive appeals, to the highest appellate court at the place of arbitration”: at page 421. As a consequence, “[i]f the Tribunal has jurisdiction, the correct procedures are followed and the correct formalities are observed, the award, good, bad or indifferent – is final and binding on the parties”: page 422.

[155] Moreover, as the Ontario Court of Appeal cautioned in *Cargill*, Courts should “limit themselves in the strictest terms to intervening only rarely in decisions made by consensual, expert, international arbitration tribunals”: above, at paragraph 46. Courts must, moreover, “be circumspect” in assessing whether an

[153] En effet, aucun des motifs limités et stricts d’annulation d’une sentence arbitrale énumérés au paragraphe 34(2) du Code n’autorise le juge judiciaire à examiner la sentence d’un tribunal arbitral au fond. Il en est ainsi même si le Tribunal a manifestement commis une erreur de fait ou de droit : *Xerox Canada Ltd. v. MPI Technologies Inc.*, [2006] O.J. n° 4895 (QL), 2006 CanLII 41006 (C.S. Ont.), paragraphes 144 à 147; Jan van den Berg, Albert, *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation* (T.M.C. Asser Institute, 1981), page 273; *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA and others*, [2005] UKHL 43, [2006] 1 A.C. 221, paragraphe 31. Je ne peux intervenir en ce qui concerne la décision du Tribunal que si la majorité a excédé sa compétence, comme le prévoit le sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code.

[154] Cette approche est conforme à la tendance actuelle à la finalité des sentences arbitrales : Alan Redfern et Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4^e éd. (London : Sweet & Maxwell, 2004). Comme Redfern et Hunter l’observent, [TRADUCTION] « la conviction est que, en ce qui concerne les arbitrages internationaux, les parties doivent être disposées à accepter la décision du tribunal arbitral même si elle est erronée, à condition que les procédures correctes aient été respectées » : page 421. La crainte est que si le juge judiciaire a le pouvoir de remettre en cause une décision arbitrale sur le fond, la rapidité et la finalité du processus arbitral seront perdues. En effet, l’arbitrage deviendra alors [TRADUCTION] « simplement la première étape d’un processus pouvant aboutir, par appels successifs, à la plus haute cour d’appel du lieu de l’arbitrage » : page 421. En conséquence, [TRADUCTION] « si le Tribunal est compétent, si les procédures correctes sont suivies et si les formalités sont respectées, la sentence, bonne, mauvaise ou indifférente, est définitive et lie les parties » : page 422.

[155] De plus, conformément à la mise en garde de la Cour d’appel de l’Ontario à l’occasion de l’affaire *Cargill*, le juge judiciaire doit [TRADUCTION] « se limiter, au sens le plus strict du terme, à n’intervenir que rarement dans les décisions rendues par des tribunaux d’arbitrage librement choisis par les parties et disposant

alleged error properly falls within article 34(2)(a)(iii) of the Code and raises a true question of jurisdiction, taking “a narrow view of the extent of any such question”: *Cargill*, above, at paragraph 47.

[156] The Ontario Court of Appeal discussed what is meant by “true questions of jurisdiction” in *Cargill*. By way of example, it stated that a NAFTA Tribunal will have exceeded its jurisdiction if a submission to arbitration claimed damages suffered in 2007 and 2008, and the Tribunal awarded damages for 2009 and 2010, as that would be an “award ... not falling within the terms of the submission to arbitration”: *Cargill*, above, at paragraph 49. It will be recalled that in this case, the Tribunal sustained Canada’s jurisdictional objection and refused to deal with the Investors’ claim that the decision to refer the Project to the JRP was discriminatory, as that decision was made more than three years prior to the issuance of the Investors’ notice of arbitration.

[157] A NAFTA tribunal would similarly exceed its jurisdiction if it were to award damages in relation to an investment in Brazil, as Chapter Eleven of NAFTA defines an investment as being located in the territory of another Party to NAFTA, namely Canada, the United States or Mexico: *Cargill*, above, at paragraph 49. Another such “true question of jurisdiction” would arise if a Tribunal purported to intervene in a case brought under Chapter Eleven of NAFTA, even though the dispute did not relate to an “investment”: Noah Rubins, “Judicial Review of Investment Arbitration Awards” in Todd Weiler ed., *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2004), 359, at page 364.

[158] Even if a Court does identify a jurisdictional issue, *Cargill* cautions that it must “carefully limit the issue they address to ensure that they do not, advertently or inadvertently, stray into the merits of the question

d’une expertise » : précité, paragraphe 46. De plus, le juge judiciaire doit [TRADUCTION] « être circonspect » pour rechercher si une erreur alléguée relève bien du sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code et soulève une véritable question de compétence, en retenant [TRADUCTION] « une vision étroite de la portée d’une telle question » : *Cargill*, précité, paragraphe 47.

[156] La Cour d’appel de l’Ontario a discuté le sens de l’expression [TRADUCTION] « véritables questions de compétence » à l’occasion de l’affaire *Cargill*. À titre d’exemple, elle a déclaré qu’un tribunal de l’ALENA aurait excédé sa compétence si, saisi d’une réclamation relative à des dommages subis en 2007 et en 2008, le Tribunal accordait les dommages-intérêts pour 2009 et 2010, puisqu’il s’agirait d’une [TRADUCTION] « sentence [...] ne relevant pas du litige soumis l’arbitrage » : *Cargill*, précité, paragraphe 49. On se rappellera qu’en l’espèce, le Tribunal a retenu l’objection de compétence du Canada et a refusé de discuter la thèse des investisseurs portant que la décision de renvoyer le projet à la CEC était discriminatoire, puisque cette décision avait été prise plus de trois ans avant l’émission de l’avis d’arbitrage des investisseurs.

[157] Un tribunal de l’ALENA excéderait sa compétence s’il devait accorder les dommages-intérêts relativement à un investissement au Brésil, puisque, selon la définition figurant au chapitre 11 de l’ALENA, un investissement est situé sur le territoire d’une autre partie à l’ALENA, à savoir le Canada, les États-Unis ou le Mexique : *Cargill*, précité, au paragraphe 49. Une autre « véritable question de compétence » se poserait si un tribunal prétendait intervenir dans une affaire intentée en vertu du chapitre 11 de l’ALENA, même si le différend ne portait pas sur un « investissement » : Noah Rubins, « Judicial Review of Investment Arbitration Awards » dans Todd Weiler, dir., *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects* (New York : Transnational Publishers, 2004) 359, page 364.

[158] Même si le juge judiciaire relève une question de compétence, la jurisprudence *Cargill* enseigne qu’il doit [TRADUCTION] « soigneusement limiter la question qu’il discute afin de s’assurer qu’il ne s’égare pas,

that was decided by the tribunal”: *Cargill*, above, at paragraph 47.

- (i) Did the Tribunal have Jurisdiction to Embark on the Inquiry?

[159] In this case, the Tribunal clearly had jurisdiction to embark on its inquiry: that is, to determine whether Canada’s treatment of the Investors and its conduct relating to the JRP and approvals process for the Project breached its obligations under Articles 1102, 1103 and 1105 of NAFTA.

[160] Insofar as the Investors’ Article 1105 claim was concerned, all three Tribunal members understood that the *Waste Management* decision established the appropriate test for determining whether Canada’s actions conformed with the minimum standard of treatment required at customary international law for the purposes of Article 1105 of NAFTA: see, for example, majority, at paragraphs 442–443; dissent, at paragraph 2.

[161] All three members of the Tribunal also agreed that *Waste Management* prescribed a high threshold for establishing a breach of the international minimum standard at customary international law: majority, at paragraphs 36, 441; dissent, at paragraph 2. They further agreed that liability under Article 1105 of NAFTA requires something more than a mere breach of domestic law, and that “[t]he imprudent exercise of discretion or even outright mistakes do not, as a rule, lead to a breach of the international minimum standard”: majority, at paragraphs 436–437; dissent, at paragraph 2.

[162] Where the members of the Tribunal disagreed was in their assessment of whether Canada’s actions in this case fell below the *Waste Management* standard. This understanding of the differences between the members is reflected in Professor McRae’s reasons, where he observed that “[i]n large part, [his] disagreement is

consciemment ou par inadvertance, dans le fond de la question qui a été tranchée par le tribunal » : *Cargill*, précité, au paragraphe 47.

- (i) Le Tribunal avait-il compétence pour entamer l’enquête?

[159] En l’espèce, le Tribunal avait clairement compétence pour entreprendre son enquête, c’est-à-dire pour rechercher si le traitement des investisseurs par le Canada et sa conduite concernant la CEC et le processus d’approbation du projet violaient les obligations que lui imposent les articles 1102 et 1103 et 1105 de l’ALENA.

[160] En ce qui concerne la plainte des investisseurs aux termes de l’article 1105, il était entendu par les trois membres du Tribunal que la jurisprudence *Waste Management* consacrait le critère approprié pour rechercher si les actions du Canada étaient conformes à la norme de traitement minimale requise en droit international coutumier aux fins de l’article 1105 de l’ALENA : voir, par exemple, l’opinion majoritaire, aux paragraphes 442 à 443; l’opinion dissidente, au paragraphe 2.

[161] Il était aussi entendu par les trois membres du Tribunal que la jurisprudence *Waste Management* prescrivait un seuil élevé pour établir une violation de la norme minimale internationale en droit international coutumier : opinion majoritaire, aux paragraphes 36, 441; opinion dissidente, au paragraphe 2. En outre, il était également entendu que la responsabilité en vertu de l’article 1105 de l’ALENA appelle plus qu’une simple violation du droit interne et que [TRANSCRIPTION] « l’exercice imprudent du pouvoir discrétionnaire ou même des erreurs pures ne donnent pas lieu, en règle générale, à une violation de la norme internationale minimale » : opinion majoritaire, aux paragraphes 436 et 437; opinion dissidente, au paragraphe 2.

[162] Toutefois, les membres du Tribunal ont affiché leur désaccord dans leur appréciation de la question de savoir si les actions du Canada en l’espèce se situaient sous la norme de la jurisprudence *Waste Management*. Cette compréhension des différences entre les membres est reflétée dans les motifs du professeur McRae, où il

with the majority’s assessment of the facts”: dissent, at paragraph 2.

[163] The assessment of the facts of a case goes to the merits of the decision, and does not involve a jurisdictional question. Moreover, the application of the law to the facts of a case as a decision maker may have found them is a challenge to the conclusion reached by the Tribunal, and not a matter of jurisdiction: *Mobil*, above, at paragraph 48.

(ii) *Metalclad* is Distinguishable

[164] Canada argues that in the *Metalclad* case, the British Columbia Supreme Court set aside a tribunal’s decision because it had misstated the applicable law regarding Article 1105 of NAFTA. In particular, the Tribunal expressly and incorrectly stated that the minimum standard of treatment under Article 1105 of NAFTA included transparency obligations, and then made its decision based on the concept of transparency. Canada argues that the majority in this case committed a similar error, importing domestic legal standards into its Article 1105 analysis, and then equating them to the rules of customary international law as a basis for imposing liability under NAFTA.

[165] I would start by observing that criticism of the Court’s decision in *Metalclad* has been “fierce”, and that numerous commentators have suggested that it was far too intrusive into the merits of the case: Rubins, above, at page 379; Coe, Jack J. Jr., “Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in Its Tenth Year: An Interim Sketch of Selected Themes, Issues, and Methods” (2003), 36 *Vand. J. Transnat’l L.* 1381, at page 1411; Todd Weiler, “*Metalclad v. Mexico: A Play in Three Parts*” (2001), 2 *J. World Inv.* 685, at page 700; Charles H. Brower II, “Investor-State Disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back” (2001), 40 *Colum. J. Transnat’l L.* 43.

a fait remarquer que [TRADUCTION] « en grande partie, [son] désaccord se rapoorte à l’appréciation des faits par le Tribunal à la majorité » : opinion dissidente, au paragraphe 2.

[163] L’appréciation des faits d’une affaire porte sur le fond de la décision et ne soulève pas de question de compétence. De plus, l’application de la loi aux faits d’une affaire tels qu’un décideur peut les avoir constatés constitue une attaque de la conclusion tirée par le Tribunal; il ne s’agit pas d’une question de compétence : *Mobil*, précité, au paragraphe 48.

(ii) La jurisprudence *Metalclad* appelle un *distinguo*

[164] Le Canada fait valoir que dans l’affaire *Metalclad*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé la décision d’un tribunal parce qu’il avait mal formulé le droit applicable concernant l’article 1105 de l’ALENA. En particulier, le Tribunal a déclaré expressément et incorrectement que la norme minimale de traitement prévue à l’article 1105 de l’ALENA comprenait des obligations de transparence, puis a pris sa décision en se fondant sur cette notion de transparence. Le Canada soutient que le Tribunal à la majorité dans la présente affaire a commis une erreur similaire en intégrant des normes juridiques nationales dans son analyse au titre de l’article 1105 et en les assimilant aux règles du droit international coutumier comme motif pour imposer la responsabilité aux termes de l’ALENA.

[165] J’observerai d’abord que la critique de la jurisprudence *Metalclad* a été « féroce », et que, selon une abondante doctrine, la Cour est allée trop loin en se hasardant dans le fond de l’affaire : Rubins, précité, page 379; Coe, Jack Jr., « Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in Its Tenth Year : An Interim Sketch of Selected Themes, Issues, and Methods » (2003), 36 *Vand. J. Transnat’l L.* 1381, page 1411; Todd Weiler, « *Metalclad c. Mexico : A Play in Three Parts* » (2001), 2 *J. World Inv.* 685, page 700; Charles H. Brower II, « Investor-State Disputes Under NAFTA : The Empire Strikes Back » (2001), 40 *Colum. J. Transnat’l L.* 43.

[166] Moreover, while the cases are somewhat analogous, the decision in *Metalclad* is in fact distinguishable from the present case.

[167] As noted earlier, the Tribunal in *Metalclad* based its finding of liability under Article 1105 of NAFTA on a breach of the transparency obligations allegedly contained in that provision. There are, however, no such transparency obligations in Article 1105, or anywhere else in Chapter Eleven of NAFTA for that matter. While there is a transparency obligation in Chapter Eighteen [Articles 1801 to 1806] of NAFTA, the parties had not consented to arbitrate issues under Chapter Eighteen, with the result that the Tribunal had based its decision on a matter that was beyond the scope of the submission to arbitration: *Metalclad*, at paragraph 72.

[168] It bears noting, however, that the Court went out of its way in *Metalclad* to observe that had the Tribunal simply interpreted the words of Article 1105 to include an obligation of transparency, there would not necessarily have been any basis for the Court to intervene. Although the interpretation of Article 1105 may have been flawed, the arbitrator would not necessarily have decided a matter outside the scope of the submission to arbitration: paragraph 70.

[169] In contrast to the error identified in *Metalclad*, what is at issue in this case is whether Canada's failure to follow the requirements of its domestic environmental assessment laws rose to the "threshold of seriousness" contemplated by *Waste Management*, or constituted discriminatory treatment for the purposes of Article 1102 of NAFTA. In other words, the alleged error involved the Tribunal's assessment of the degree of seriousness, rather than the imputing of an obligation into Article 1105 from a different section of NAFTA.

[166] En outre, si la jurisprudence porte sur des faits plus ou moins analogues à la présente espèce, un distinguo s'impose en ce qui concerne la jurisprudence *Metalclad*.

[167] Tel qu'indiqué précédemment, le Tribunal, à l'occasion de l'affaire *Metalclad*, a fondé sa conclusion de responsabilité au titre de l'article 1105 de l'ALENA sur la violation des obligations de transparence prétendument imposées par cette disposition. Il n'y a cependant aucune obligation de transparence prévue par l'article 1105, ni ailleurs dans le chapitre 11 de l'ALENA. Bien qu'il y ait une obligation de transparence au chapitre 18 [articles 1801 à 1806] de l'ALENA, les parties n'ont pas consenti à faire arbitrer des questions relevant du chapitre 18, de sorte que le Tribunal avait fondé sa décision sur une question qui ne relevait pas du litige soumis à l'arbitrage : *Metalclad*, au paragraphe 72.

[168] Il convient toutefois de noter que la Cour a instamment observé à l'occasion de l'affaire *Metalclad* que, si le Tribunal avait simplement interprété le texte de l'article 1105 comme incluant une obligation de transparence, la Cour n'aurait pas nécessairement eu de motif d'intervenir. Bien que l'interprétation de l'article 1105 ait pu être erronée, l'arbitre n'aurait pas nécessairement tranché une question ne relevant pas du litige soumis à l'arbitrage : au paragraphe 70.

[169] Contrairement à l'erreur relevée dans la décision *Metalclad*, la question en litige en l'espèce est de savoir si le non-respect par le Canada des exigences de ses lois nationales en matière d'évaluation environnementale a atteint le « seuil de gravité » envisagé par la jurisprudence *Waste Management* ou si ce non-respect constituait un traitement discriminatoire aux fins de l'article 1102 de l'ALENA. En d'autres termes, l'erreur alléguée se rapportait à l'appréciation, par le Tribunal, de ce degré de gravité, est une erreur de degré; n'était pas en cause la transposition d'une obligation à l'article 1105 tirée d'un article différent de l'ALENA.

(iii) The Tribunal's Application of the *Waste Management Standard*

[170] As was previously noted, one of the Investors' arguments before the Tribunal was that it was treated unfairly in the JRP as a result of its novel, and allegedly inappropriate, reliance on the concept of "community core values" as a basis for recommending that the Project not be approved, without notice to the Investors that this concept was in issue. The majority found that the conduct of the JRP in so doing was arbitrary, specifically tying that finding to the *Waste Management* standard in finding Canada to have breached Article 1105: paragraph 591. To be clear, the question before this Court is not whether the Tribunal correctly applied the *Waste Management* threshold in finding Canada's conduct to be arbitrary, as that question unequivocally speaks to the merits of the decision.

[171] What Canada argues is that the Tribunal failed to apply the *Waste Management* standard *at all*, relying instead exclusively on breaches of domestic law in attributing liability. I cannot accept Canada's submission in this regard. I find that the Tribunal made a factual finding of arbitrary conduct and applied customary international law in determining whether Canada violated the minimum standard of treatment for the purposes of Article 1105 of NAFTA.

[172] Whether the approach of the JRP was in fact "novel" or "arbitrary" is a factual determination going to the merits of the Tribunal's decision. As such, it is beyond the scope of a review in a set-aside application brought under article 34(2)(a)(iii) of the Code.

[173] My conclusion in this regard is supported by the *Consolidated Contractors Group* decision referred to earlier in these reasons. There, the appellant claimed that in deciding an issue against it, the Tribunal "developed its own 'novel theory' of constructive notice and denied procedural fairness by failing to give notice of that theory and an opportunity to respond to it":

(iii) L'application par le Tribunal de la norme de la jurisprudence *Waste Management*

[170] Tel qu'indiqué précédemment, l'un des arguments des investisseurs devant le Tribunal était que leur investissement avait été injustement traité par la CEC en raison de son caractère novateur et du recours prétendument inapproprié au concept de « valeurs fondamentales de la collectivité » comme motif pour recommander que le projet ne soit pas approuvé, sans aviser les investisseurs que ce concept était en cause. La majorité du Tribunal a conclu que la conduite de la CEC était arbitraire, rattachant spécifiquement cette conclusion à la norme de la jurisprudence *Waste Management* en concluant que le Canada avait violé l'article 1105 : au paragraphe 591. Pour être clair, la question soumise à notre Cour n'est pas de savoir si le Tribunal a correctement appliqué le seuil consacré par la jurisprudence *Waste Management* lorsqu'il a conclu qu'avaient été arbitraires les actions du Canada, puisque cette question se rapporte sans équivoque au fond de la décision.

[171] Ce que le Canada soutient, c'est que le Tribunal n'a pas *du tout* appliqué la norme de *Waste Management*, s'appuyant plutôt exclusivement sur les violations du droit interne pour attribuer la responsabilité. Je ne puis retenir la thèse du Canada à cet égard. Je conclus que le Tribunal a tiré une conclusion factuelle de conduite arbitraire et a appliqué le droit international coutumier pour déterminer si le Canada avait violé la norme minimale de traitement aux fins de l'article 1105 de l'ALENA.

[172] La question de savoir si l'approche de la CEC était en fait « nouvelle » ou « arbitraire » est une question de fait qui porte sur le fond de la décision du Tribunal et qui dépasse la portée d'un examen dans le cadre d'une demande d'annulation présentée en vertu du sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code.

[173] Va dans le sens de ma conclusion à cet égard la jurisprudence *Consolidated Contractors Group* mentionnée précédemment dans les présents motifs. Dans cette affaire, l'appellant a soutenu que, pour trancher une question, le Tribunal [TRADUCTION] « a élaboré sa propre "nouvelle théorie" de l'avis constructif et a refusé l'équité procédurale en omettant de donner un

paragraph 81. The Ontario Court of Appeal rejected this argument as a basis for setting aside an arbitral award, agreeing with the respondent in that case that “this argument is essentially a complaint about arbitral fact-finding, under the guise of a procedural fairness argument”: paragraph 82. The same may be said here.

[174] It is also not accurate to say that the majority based its conclusions of NAFTA liability *exclusively* on alleged violations of Canadian law in the JRP process. After expressly noting that breaches of domestic law are not necessarily sufficient to satisfy the *Waste Management* test, the majority then stated that it was also basing its finding that Canada’s conduct rose to the level contemplated by *Waste Management* on the “reasonable expectations” of the Investors, which expectations had been created by representations made to them by governmental sources. These representations had led the Investors to invest substantial time and resources in pursuing the Project: majority, at paragraph 594.

[175] There is no suggestion that representations from state officials are a relevant consideration in the Canadian environmental assessment process. The majority found that representations made by a host State that were reasonably relied on by a claimant were, however, a relevant consideration in determining whether there has been a breach of a state party’s obligations under Chapter Eleven of NAFTA: *Waste Management*, above, at paragraphs 98 and 99, as quoted in the majority’s Award, at paragraph 442.

[176] In finding liability under Article 1105 of NAFTA, the majority found as a fact that the Investors “reasonably relied on specific encouragements, at the political and technical level, to pursue the project not only in Nova Scotia but in the specific site they chose”: paragraph 448. The majority further found that “these encouragements contributed to the Investors’ decision to

avis concernant cette théorie et la possibilité d’y répondre » : paragraphe 81. Selon la Cour d’appel de l’Ontario, cet argument ne pouvait justifier l’annulation d’une sentence arbitrale, retenant la thèse de l’intimé dans cette affaire portant que [TRADUCTION] « cet argument constitue essentiellement un grief visant les constatations de faits arbitrales sous le couvert d’un argument d’équité procédurale » : au paragraphe 82. On peut dire qu’il en va de même en l’espèce.

[174] Il est également inexact de dire que le Tribunal à la majorité a fondé ses conclusions de responsabilité au titre de l’ALENA *exclusivement* sur des allégations de violation de la loi canadienne dans le processus de la CEC. Après avoir expressément constaté que les manquements au droit interne ne sont pas nécessairement suffisants pour satisfaire au critère de la jurisprudence *Waste Management*, la majorité du Tribunal a ensuite observé qu’elle fondait également sa conclusion selon laquelle la conduite du Canada avait atteint le niveau envisagé par la jurisprudence *Waste Management* sur les « attentes raisonnables » des investisseurs, lesquelles avaient été créées par des déclarations qui leur avaient été faites par des représentants gouvernementaux. Ces déclarations avaient amené les investisseurs à investir beaucoup de temps et de ressources dans la poursuite du projet : opinion majoritaire, au paragraphe 594.

[175] Rien n’indique que les déclarations des représentants de l’État constituent un facteur pertinent dans le processus d’évaluation environnementale canadien. La majorité du Tribunal a conclu que les déclarations faites par un État hôte sur lesquelles s’appuyait raisonnablement un demandeur constituaient, toutefois, un facteur pertinent pour déterminer s’il y avait eu manquement aux obligations d’un État partie en vertu du chapitre 11 de l’ALENA : paragraphes 98 et 99, tel que cité dans la sentence du Tribunal à la majorité, au paragraphe 442.

[176] Pour conclure à la responsabilité au titre de l’article 1105 de l’ALENA, la majorité du Tribunal a conclu que les investisseurs [TRADUCTION] « s’étaient raisonnablement appuyés sur des encouragements précis, sur le plan politique et technique, pour poursuivre le projet non seulement en Nouvelle-Écosse, mais sur le site précis qu’ils avaient choisi » : paragraphe 448. Le Tribunal à

not only proceed with their business plans, but to invest very substantive corporate resources—including several millions of dollars—in good faith to obtain and present an Environmental Impact Statement”: paragraph 449.

[177] This led the majority to conclude that “it was unjust for officials to encourage coastal mining projects in general and specifically encourage the pursuit of the project at the Whites Point site, and then, after a massive expenditure of effort and resources by Bilcon on that basis, have other officials effectively determine that the area was a ‘no go’ zone for this kind of development rather than carrying out the lawfully prescribed evaluation of its individual environmental merits”: paragraph 592.

[178] The majority then specifically tied this finding to the *Waste Management* standard, finding that Canada’s conduct satisfied the *Waste Management* threshold in part on the Investors’ “reasonable expectations and major consequent investment of resources and reputation in a process that is the most rigorous, public and extensive kind provided under the laws of Canada”: all quotes from paragraph 594.

[179] For the reasons cited by Professor McRae, one might take issue with the majority’s findings with respect to the nature of the representations that were made to the Investors and the expectations that could reasonably have been created by these representations. These are, however, factual questions that were put squarely before the Tribunal to decide. They do not involve jurisdictional questions that are subject to review by this Court.

[180] That said, the fact that the majority focussed at some length on the representations that were made to the Investors by state officials and the reasonableness of the Investors’ reliance on these representations is further confirmation that it was aware of, and was

la majorité a aussi conclu que [TRADUCTION] « ces encouragements ont contribué à la décision des investisseurs non seulement de poursuivre leurs plans d’affaire, mais aussi d’investir de bonne foi des ressources d’entreprise très importantes — dont plusieurs millions de dollars — pour obtenir et présenter un énoncé des incidences environnementales » : paragraphe 449.

[177] Cela a amené la majorité du Tribunal à conclure que [TRADUCTION] « il était injuste que les représentants gouvernementaux encouragent des projets miniers côtiers de manière générale et encouragent spécifiquement la poursuite du projet sur le site de Whites Point, pour finalement, après un déploiement massif d’efforts et de ressources par Bilcon pour ce motif, avoir d’autres représentants déterminer effectivement que la zone est une “zone interdite” pour ce type de développement plutôt que de procéder à l’évaluation légalement prescrite de ses mérites en matière d’environnement » : paragraphe 592.

[178] La majorité a ensuite spécifiquement rattaché cette conclusion à la norme de la jurisprudence *Waste Management*, concluant que la conduite du Canada répondait au seuil consacré par la jurisprudence *Waste Management* en partie compte tenu des [TRADUCTION] « attentes raisonnables des investisseurs et de l’important investissement consécutif de ressources et de leur réputation dans un processus qui est le plus rigoureux, public et vaste prévu par les lois canadiennes » : toutes les citations sont des extraits du paragraphe 594.

[179] Pour les raisons invoquées par le professeur McRae, on pourrait être en désaccord avec les conclusions de la majorité du Tribunal quant à la nature des déclarations qui ont été faites aux investisseurs et aux attentes qui auraient pu raisonnablement être créées par ces déclarations. Il s’agit toutefois de questions de fait qui ont été directement déférées au Tribunal. Elles ne comportent pas de questions de compétence susceptibles d’examen par notre Cour, qui devait trancher.

[180] Cela dit, le fait que la majorité du Tribunal se soit concentrée longuement sur les déclarations faites aux investisseurs par les représentants de l’État et sur le caractère raisonnable de l’importance donnée par ces investisseurs à ces déclarations constitue une confirmation

endeavouring to apply the *Waste Management* analysis to the facts of this case: majority decision, at paragraphs 444, 446–449.

[181] My understanding that the majority was looking to international law in this regard, and not domestic law, is further buttressed by the fact that it is well-established that legitimate expectations cannot create substantive rights in Canadian law, and can only create procedural rights: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 26; *Mount Sinai Hospital Centre v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281, at paragraphs 32, 79 and 86; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, at paragraph 68.

[182] Once again, Canada’s complaint really relates to the way that the majority applied the *Waste Management* standard to the facts of this case in finding it liable for a breach of Article 1105 of NAFTA. Canada similarly takes issue with the majority’s findings of fact with respect to the differential treatment to which the Investors’ Project was subjected through the environmental assessment process, as well as its finding that this treatment was discriminatory, as contemplated by Article 1102 of NAFTA. These too involve either questions of fact or mixed fact and law, and do not involve a jurisdictional error on the part of the majority.

[183] For these reasons, I have not been persuaded that there is anything in NAFTA, properly interpreted, that precluded the majority of the Tribunal from making the Award that it made.

XI. The Interveners’ Arguments

[184] By order of this Court, the Sierra Club Canada Foundation and East Coast Environmental Law Association were granted leave to intervene in this application. The interveners are generally supportive of

supplémentaire du fait qu’elle avait connaissance de la grille d’analyse consacrée par la jurisprudence *Waste Management* et qu’elle s’efforçait de l’appliquer aux faits de l’espèce : décision majoritaire, aux paragraphes 444, 446 à 449.

[181] Ma constatation que la majorité du Tribunal s’en est remis au droit international à cet égard, et non au droit interne, est étayée par la jurisprudence constante qui enseigne que les attentes légitimes ne peuvent créer de droits matériels en droit canadien et ne peuvent que créer des droits procéduraux : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 26; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281, aux paragraphes 32, 79 et 86; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 68.

[182] Une fois de plus, la plainte du Canada réellement sur la façon dont le Tribunal à la majorité a appliqué la norme de la jurisprudence *Waste Management* aux faits de l’espèce en le déclarant responsable d’une violation de l’article 1105 de l’ALENA. Le Canada attaque également les conclusions de fait du Tribunal à la majorité concernant le traitement différencié auquel le projet des investisseurs a été soumis dans le cadre du processus d’évaluation environnementale, ainsi que sa conclusion selon laquelle ce traitement était discriminatoire, au sens de l’article 1102 de l’ALENA. Cela aussi soulève des questions de fait, ou mélangées de fait et de droit, et ne comporte pas une erreur de compétence de la part de la majorité du Tribunal.

[183] Pour ces raisons, je ne suis pas convaincue qu’il y ait quoi que ce soit dans l’ALENA, correctement interprété, qui interdisait à la majorité du Tribunal de rendre la sentence qu’elle a rendue.

XI. Les arguments des intervenantes

[184] Par ordonnance de notre Cour, la Fondation Sierra Club Canada et l’East Coast Environmental Law Association ont été autorisées à intervenir dans la présente procédure. Les intervenantes appuient

Canada's position in this case. Their support is, however, based on arguments that have not been advanced by Canada, or by the Investors for that matter.

[185] The interveners argue that the decision of the Tribunal was premature, as the Investors had failed to exhaust their domestic remedies before accessing the arbitration process under Chapter Eleven of NAFTA. The interveners further argue that the majority's decision gives the Investors "an unprecedented substantive finding of liability for alleged violations of procedural fairness" without ever considering or even mentioning highly relevant environmental law provisions in NAFTA and its sister treaty, the *North American Agreement on Environmental Cooperation*, 32 I.L.M. 1482 (1993). The interveners contend that this offended "fundamental notions and principles of justice" and is contrary to Canada's public policy. According to the Interveners, either one of these errors would provide a sufficient basis for setting aside the Award of the majority.

[186] The interveners argued in the written submissions that they filed on their motion to intervene that the Award should be set aside under article 34(2)(a)(iii) of the Code, which is the provision of the Code that is relied upon by Canada. It was presumably on this basis that leave to intervene was granted. However, the Interveners' position appeared to have evolved over time, as they argued in their memorandum of fact and law and at the hearing before me that the majority's Award should be set under article 34(2)(b)(i) of the Code because of the failure of the Investors to exhaust their local remedies. They further argued that article 34(2)(b)(ii) of the Code would allow the decision to be set aside on the basis that it conflicts with Canada's public policy. These were not the grounds of review on which the interveners were granted leave to intervene.

[187] While finding that the Interveners had "a genuine interest in the Application and bring unique viewpoints

généralement la position du Canada dans cette affaire. Leur appui repose, toutefois, sur des arguments qui n'ont pas été avancés par le Canada, ni même par les investisseurs.

[185] Les intervenantes soutiennent que la décision du Tribunal était prématurée, car les investisseurs n'avaient pas épuisé leurs recours internes avant d'avoir eu accès au processus d'arbitrage du chapitre 11 de l'ALENA. Les intervenantes soutiennent en outre que la décision majoritaire accorde aux investisseurs [TRADUCTION] « une conclusion de fond sans précédent quant à la responsabilité pour des violations présumées de l'équité procédurale » sans jamais tenir compte ni même mentionner les dispositions très pertinentes du droit de l'environnement de l'ALENA et de son traité jumeau, l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 32 I.L.M. 1482 (1993). Les intervenantes soutiennent que cela était contraire aux [TRADUCTION] « notions et principes fondamentaux de la justice » et contraire à l'ordre public canadien. Selon les intervenants, l'une ou l'autre de ces erreurs constituerait une base suffisante pour annuler la décision du Tribunal à la majorité.

[186] Les intervenantes ont soutenu dans leurs observations écrites présentées dans leur requête en intervention que la sentence doit être annulée aux termes du sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code, soit la disposition du Code qui est invoquée par le Canada. C'est vraisemblablement sur cette base que la permission d'intervenir a été accordée. Cependant, la position des intervenantes semble avoir évolué au fil du temps, puisqu'elles ont soutenu dans leur mémoire des faits et du droit et lors de l'audience devant moi que la sentence du Tribunal à la majorité devrait être établie en vertu du sous-alinéa 34(2)b)i) du Code en raison de l'incapacité des investisseurs à épuiser leurs recours internes. Elles ont ajouté que l'alinéa 34(2)b)ii) du Code permettrait d'annuler la décision au motif qu'elle est contraire à la politique publique du Canada. Ce ne sont pas les motifs de contrôle sur lesquels les intervenantes ont été autorisées à intervenir.

[187] Tout en concluant que les intervenantes avaient [TRADUCTION] « un réel intérêt à l'égard de la requête et

that would be useful to the case”, the order granting leave to intervene did not specify the issues that the interveners would be permitted to address. The order, must, however, be interpreted in light of the binding jurisprudence governing interventions.

[188] The Federal Court of Appeal has been clear that interveners are not given “an open microphone” to discuss whatever may be on their mind about a given case: *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 174, 414 D.L.R. (4th) 373 [*Tsleil-Waututh*], at paragraph 17. An outsider seeking admission to a proceeding as an intervener has to take the issues identified by the parties as it finds them, and cannot transform them or add to them: *Canada (Attorney General) v. Canadian Doctors for Refugee Care*, 2015 FCA 34, 470 N.R. 167, at paragraph 19.

[189] The role of an intervener is thus not to introduce new issues, but rather to provide a different perspective that will “assist the determination of a factual or legal issue related to the proceeding”: *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rules 3 and 109; *Tsleil-Waututh*, above, at paragraph 54; *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686, at paragraphs 7–10. As the Court stated in *Tsleil-Waututh*, “interveners are guests at a table already set with the food already out on the table. Interveners can comment from their perspective on what they see, smell and taste. They cannot otherwise add food to the table in any way”: at paragraph 55.

[190] While Canada raised five separate objections to the jurisdiction of the NAFTA Tribunal in this case, none of these jurisdictional objections related to the failure of the Investors to seek judicial review of the decision of the JRP before submitting the case to arbitration under Chapter Eleven of NAFTA: see majority decision, at paragraph 230.

[191] This is not surprising because the prevailing view appears to be that Article 1121 of Chapter Eleven

des points de vue uniques qui seraient utiles à l’affaire », l’ordonnance autorisant l’intervention ne précisait pas les questions que les intervenantes seraient autorisées à discuter. L’ordonnance doit toutefois être interprétée à la lumière de la jurisprudence faisant autorité en matière d’interventions.

[188] La Cour d’appel fédérale enseigne clairement que les intervenants n’ont pas [TRADUCTION] « un micro ouvert » pour discuter de tout ce qui leur passe par la tête au sujet d’une affaire : *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 174 [*Tsleil-Waututh*], au paragraphe 17. Un tiers qui souhaite prendre part à une instance à titre d’intervenant doit s’en tenir aux questions telles qu’elles sont définies par les parties; il ne peut y apporter des modifications ou des ajouts : *Canada (Procureur général) c. Canadian Doctors for Refugee Care*, 2015 CAF 34, au paragraphe 19.

[189] Le rôle de l’intervenant n’est donc pas d’introduire de nouvelles questions, mais plutôt d’offrir une perspective différente qui « aidera à la prise d’une décision sur toute question de fait et de droit se rapportant à l’instance » : *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 3 et 109; *Tsleil-Waututh*, précité, au paragraphe 54; *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686, paragraphes 7 à 10. Comme l’a déclaré la Cour à l’occasion de l’affaire *Tsleil-Waututh* [TRADUCTION] « les intervenants sont invités à une table déjà installée avec le repas déjà servi sur la table. Les intervenants peuvent faire des observations, dans leur optique, sur ce qu’ils voient, sentent et goûtent. Ils ne peuvent en aucun cas mettre un autre plat sur la table » : au paragraphe 55.

[190] Bien que le Canada ait soulevé cinq oppositions distinctes à la compétence du Tribunal de l’ALENA en l’espèce, aucune de ces oppositions relatives à la compétence ne portait sur le défaut des investisseurs de demander le contrôle judiciaire de la décision de la CEC avant de soumettre l’affaire à l’arbitrage en vertu du chapitre 11 de l’ALENA : voir la décision majoritaire, au paragraphe 230.

[191] Cela n’est pas surprenant parce que l’opinion dominante semble être que l’article 1121 du chapitre 11 de

of NAFTA tacitly waives the requirement that litigants must exhaust local remedies before accessing the Chapter Eleven NAFTA arbitration process: Martin Dietrich Brauch, IISD Best Practices Series: *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, January 2017, at page 13; Coe, above, at page 1421. See also *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (August 30, 2000), ICSID Case No. Arb(AF)/97/1, Award, footnote to paragraph 97; *Waste Management*, above, at paragraphs 116, 133; *GAMI Investments*, above, at paragraph 103; *Marvin Feldman v. Mexico* (December 16, 2002), ICSID Case No. Arb(AF)/99/1, Award, at paragraph 73.

[192] The exception to this principle arises in cases where the governmental action in issue involves an alleged denial of justice through a judicial act. In such cases, claimants must first obtain a final decision by the highest court of the host state before accessing the NAFTA process: *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (June 26, 2003), ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award; *Apotex Inc. v. The Government of the United States of America* (June 14, 2013), ICSID Case No. UNCT/10/2, Award on Jurisdiction and Admissibility. This is not such a case.

[193] Insofar as the interveners' public policy argument is concerned, it is true that Canada's notice of application advanced a public policy argument as a ground for setting aside the decision of the majority under article 34(2)(b)(ii) of the Code. However, Canada did not address its public policy argument as a ground for setting aside the Award in its written submissions, and it informed the Court at the hearing that it was no longer pursuing this argument. Canada's public policy argument was, moreover, not the public policy argument being advanced by the interveners.

[194] Canada argued in its notice of application that the majority's Award conflicted with Canada's public policy "insofar as it usurps the judicial review function of Canadian courts". A public policy argument relating

l'ALENA renonce tacitement à l'exigence selon laquelle les parties doivent épuiser les recours internes avant d'avoir accès au processus d'arbitrage du chapitre 11 de l'ALENA : Martin Dietrich Brauch, IISD Best Practices Series : *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, janvier 2017, à la page 13; Coe, précité, à la page 1421. Voir aussi *Metalclad Corporation v. the United Mexican States*, (30 août 2000), ICSID Case No. Arb(AF)/97/1, sentence, note en bas de page dans le paragraphe 97; *Waste Management*, précité, aux paragraphes 116, 133; *GAMI Investments*, précité, au paragraphe 103; *Marvin Feldman v. Mexico*, (16 décembre 2002), ICSID Case No. Arb(AF)/99/1, sentence, au paragraphe 73.

[192] L'exception à ce principe se présente dans les cas où il est allégué que la mesure gouvernementale en cause est entachée par un prétendu déni de justice découlant d'une intervention judiciaire. Dans de tels cas, les demandeurs doivent d'abord obtenir une décision finale de la plus haute juridiction de l'État hôte avant d'avoir accès au processus de l'ALENA : *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, (26 juin 2003), ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, sentence; *Apotex Inc. v. The Government of the United States of America*, (14 juin 2013), ICSID Case No. UNCT/10/2, sentence sur la compétence et l'admissibilité. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

[193] En ce qui concerne l'argument des intervenants tiré de l'ordre public, il est vrai que l'avis de demande du Canada faisait état d'une question d'ordre public pour justifier l'annulation de la décision de la majorité du Tribunal en vertu du sous-alinéa 34(2)b)ii) du Code. Cependant, le Canada n'a pas discuté cet argument afin de demander l'annulation de la sentence dans ses conclusions écrites, et il a informé notre Cour à l'audience qu'il ne l'invoquait plus. En outre, cet argument ne correspondait pas à l'argument de l'ordre public avancé par les intervenants.

[194] Le Canada a soutenu dans son avis de demande que la décision du Tribunal à la majorité était en conflit avec l'ordre public du Canada [TRADUCTION] « dans la mesure où elle usurpe la fonction de contrôle

to the alleged failure of the majority to consider the environmental law provisions of NAFTA and the *North American Agreement on Environmental Cooperation* (NAAEC) is thus an entirely new issue: one that was not raised by any of the parties to this application.

[195] Further, the Interveners misconstrue article 34(2)(b)(ii) of the Code, which allows this Court to set aside an award on the basis that it is “in conflict with the public policy of *Canada*” [italics in original]. The interveners assert that the Tribunal’s failure to cite Article 1114 of NAFTA and the NAAEC are errors of law to which “no curial deference” is owed. They ask the Court to intervene on the basis of these “flagrant” errors of law. However, it would frustrate the purpose of the narrow grounds for setting aside an arbitral decision in the Code to read article 34(2)(b)(ii) as including any factual or legal error, as this would clearly open the door to a review on the merits.

[196] It has, moreover, been held that to succeed on the ground of public policy, awards “must fundamentally offend the most basic and explicit principles of justice and fairness” or “evidence intolerable ignorance or corruption on the part of the Arbitral Tribunal”: *Corporacion Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A.*, [1999] O.J. No. 3573 (QL) (Sup. Ct.), (1999), 104 O.T.C. 1, at paragraph 30, aff’d [2000] O.J. No. 3408 (QL) (C.A.), (2000), 49 O.R. (3d) 414, leave to appeal to S.C.C. refused, [2001] 1 S.C.R. xi. The threshold to set aside an arbitral award on the basis of public policy is therefore extremely high: Rubins, above, at page 367. Rubins lists cognizable violations of public policy as including, for instance, “contracts or concessions obtained by bribery, and illegal or immoral agreements, or denial of due process in the conduct of arbitration”: page 367. The interveners did not identify issues that rise to this level in their submissions.

judiciaire des juridictions canadiennes ». Un argument tiré de l’intérêt public relatif à l’omission alléguée de la majorité du Tribunal d’examiner les dispositions de l’ALENA et de l’*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l’environnement* [ANACDE] soulève donc une question entièrement nouvelle : aucune des parties n’a soulevé cette question dans la présente procédure.

[195] En outre, les intervenants font une lecture erronée du sous-alinéa 34(2)b)ii) du Code, lequel permet à notre Cour d’annuler une sentence au motif qu’elle est « contraire à l’ordre public *du Canada* » [italique dans l’original]. Les intervenants affirment que la non-citation par le Tribunal de l’article 1114 de l’ALENA, et de l’ANACDE constituent des erreurs de droit qui ne sauraient donner lieu à quelque [TRADUCTION] « déférence judiciaire ». Ils demandent à notre Cour d’intervenir sur le fondement de ces erreurs de droit [TRADUCTION] « flagrantes ». Cependant, il serait contraire à l’objet des motifs stricts d’annulation consacrés par le Code si l’on lisait le sous-alinéa 34(2)b)ii) de sorte qu’il vise toute erreur de fait ou de droit, car cela ouvrirait évidemment la porte à l’examen de l’affaire sur le fond.

[196] De surcroît, la jurisprudence enseigne que, pour que soit accueilli le moyen tiré de l’ordre public, la sentence [TRADUCTION] « doit porter atteinte à des notions fondamentales de justice et d’équité » ou il faut que soient produits des [TRADUCTION] « éléments de preuve révélateurs d’ignorance ou de corruption de la part du Tribunal arbitral » : *Corporacion Transnacional de Inversiones S.A. de C.V. v. STET International S.p.A.*, [1999] O.J. n° 3573 (QL) (S.C.), 104 O.T.C. 1, paragraphe 30, conf. par [2000] O.J. n° 3408 (QL) (C.A.), (2000), 49 O.R. (3d) 414, autorisation d’appel à la C.S.C. refusée, [2001] 1 R.C.S. xi. En matière d’annulation de sentences arbitrales sur le fondement de l’ordre public, le seuil est extrêmement élevé : Rubins, précité, page 367. L’auteur recense les violations de l’ordre public recevables à ce titre, dont, par exemple, [TRADUCTION] « les contrats ou concessions obtenus grâce à des pots-de-vin, et des ententes illégales ou immorales, ou l’arbitrage qui s’est déroulé au mépris des droits procéduraux de la partie concernée » : page 367. Les intervenants n’ont pas cerné des questions atteignant ce niveau dans leurs conclusions.

[197] The interveners' arguments thus seek to expand the issues that are before the Court and to fundamentally change the focus of this case. This is not appropriate on an intervention.

XII. Conclusion

[198] I accept that the majority's Award raises significant policy concerns. These include its effect on the ability of NAFTA Parties to regulate environmental matters within their jurisdiction, the ability of NAFTA tribunals to properly assess whether foreign investors have been treated fairly under domestic environmental assessment processes, and the potential "chill" in the environmental assessment process that could result from the majority's decision.

[199] While there may be many reasons to criticize the Award of the majority, its decision ultimately turned on its conclusion that the flaws that it found to have occurred in the JRP process meant that Canada had not satisfied its obligation to provide the Investors with fair and equitable treatment as contemplated by Article 1105 of NAFTA, and its finding that Canada's treatment of the Investors was discriminatory, differing from the treatment that would be accorded to similarly situated Canadian investors, without justification for that differential treatment having been established. These findings are either factual in nature, or involve the application of the law to the facts as they were found by the majority. Most importantly, they are within the four corners of the Submission to Arbitration. They do not, however, pertain to jurisdictional issues.

[200] Canada has thus not established that the decision of the majority "deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration", as contemplated by article 34(2)(a)(iii) of the Code. As a result, the application to set aside the Award of the majority must be dismissed.

[197] Les arguments des intervenantes visent donc à amplifier les questions dont la Cour est saisie et à modifier fondamentalement l'objet de la présente affaire. Cela n'est pas séant dans le cadre d'une intervention.

XII. Conclusion

[198] Je reconnais que la sentence de la majorité du Tribunal soulève des questions de principe importantes. Celles-ci comprennent son effet sur la capacité des parties à l'ALENA de régler les questions environnementales relevant de leur compétence, la capacité des tribunaux de l'ALENA d'apprécier adéquatement si les investisseurs étrangers ont été traités équitablement dans le cadre des processus d'évaluation environnementale nationaux et l'« effet paralysant » potentiel dans le processus d'évaluation environnementale qui pourrait découler de la décision de la majorité du Tribunal.

[199] Bien qu'il puisse y avoir de nombreuses raisons de critiquer la décision de la majorité du Tribunal, sa décision découle, au final, de sa conclusion que, vu les lacunes constatées dans le processus de la CEC, le Canada n'avait pas respecté son obligation d'assurer aux investisseurs un traitement juste et équitable au sens de l'article 1105 de l'ALENA et de sa conclusion portant que le traitement accordé aux investisseurs par le Canada était discriminatoire et différait du traitement qui serait accordé aux investisseurs canadiens dans des conditions similaires, et que nul justification de ce traitement différencié n'avait été rapportée. Soit que ces conclusions sont de nature factuelle, soit qu'elles donnent lieu à l'application de la loi aux faits tels qu'ils ont été constatés par la majorité du Tribunal. Plus important encore, elles relèvent sans équivoque du litige défini par les parties et soumis à l'arbitrage. Elles ne portent toutefois pas sur des questions de compétence.

[200] Le Canada n'a donc pas établi que la décision du Tribunal à la majorité « porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire », au sens du sous-alinéa 34(2)a)iii) du Code. Par conséquent, la demande d'annulation de la décision du Tribunal à la majorité doit être rejetée.

XIII. Costs

[201] As the successful parties, the Investors are entitled to their costs of this application from Canada. In accordance with the agreement of the parties, these costs are fixed in the amount of \$18 000, inclusive of disbursements and HST.

[202] Costs have not been sought by, or from the Interveners, and no award will be made in this regard.

XIII. Dépens

[201] A titre de parties victorieuses, les investisseurs ont droit aux dépens relatifs à la présente procédure engagée par le Canada. Conformément à l'entente conclue entre les parties, ces dépens sont fixés à 18 000 \$, ce qui inclut les débours et la TVH.

[202] Les dépens n'ont pas été demandés par les intervenants ni de la part des intervenants, et aucune somme ne sera accordée à cet égard.

JUDGMENT IN T-1000-15

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application is dismissed with costs to the respondents, fixed in the amount of \$18 000, inclusive of disbursements and HST.

Appendix I

Relevant Provisions of the *North American Free Trade Agreement*

Article 102: Objectives

1. The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including national treatment, most-favored-nation treatment and transparency, are to:

- (a) eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of, goods and services between the territories of the Parties;
- (b) promote conditions of fair competition in the free trade area;
- (c) increase substantially investment opportunities in the territories of the Parties;
- (d) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in each Party's territory;
- (e) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, for its joint administration and for the resolution of disputes; and

JUGEMENT DANS T-1000-15

LA COUR DECIDE :

1. La demande est rejetée avec dépens payables aux défendeurs, fixés à 18 000 \$, incluant les débours et la TVH.

Annexe I

Dispositions pertinentes d'*Accord de libre-échange nord-américain*

Article 102 : Objectifs

1. Les objectifs du présent accord, définis de façon plus précise dans ses principes et ses règles, notamment le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence, consistent

- a) à éliminer les obstacles au commerce des produits et des services entre les territoires des Parties et à faciliter le mouvement transfrontières de ces produits et services;
- b) à favoriser la concurrence loyale dans la zone de libre-échange;
- c) à augmenter substantiellement les possibilités d'investissement sur les territoires des Parties;
- d) à assurer de façon efficace et suffisante la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle sur le territoire de chacune des Parties;
- e) à établir des procédures efficaces pour la mise en œuvre et l'application du présent accord, pour son administration conjointe et pour le règlement des différends; et

(f) establish a framework for further trilateral, regional and multilateral cooperation to expand and enhance the benefits of this Agreement.

2. The Parties shall interpret and apply the provisions of this Agreement in the light of its objectives set out in paragraph 1 and in accordance with applicable rules of international law.

...

Article 1102: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a state or province, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that state or province to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

4. For greater certainty, no Party may:

(a) impose on an investor of another Party a requirement that a minimum level of equity in an enterprise in the territory of the Party be held by its nationals, other than nominal qualifying shares for directors or incorporators of corporations; or

(b) require an investor of another Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment in the territory of the Party.

...

f) à créer le cadre d'une coopération trilatérale, régionale et multilatérale plus poussée afin d'accroître et d'élargir les avantages découlant du présent accord.

2. Les Parties interpréteront et appliqueront les dispositions du présent accord à la lumière des objectifs énoncés au paragraphe 1 et en conformité avec les règles applicables du droit international.

[...]

Article 1102 : Traitement national

1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

2. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

3. Le traitement accordé par une Partie en vertu des paragraphes 1 et 2 signifie, en ce qui concerne un État ou une province, un traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable accordé par cet État ou cette province, dans des circonstances analogues, aux investisseurs, et aux investissements effectués par les investisseurs, de la Partie sur le territoire de laquelle est situé l'État ou la province.

4. Il demeure entendu qu'aucune des Parties ne pourra :

a) exiger d'un investisseur d'une autre Partie qu'il accorde à ses ressortissants une participation minimale dans une entreprise située sur son territoire, exception faite des actions nominales dans le cas des administrateurs ou fondateurs de sociétés; ou

b) obliger un investisseur d'une autre Partie, en raison de sa nationalité, à vendre ou à aliéner d'une autre façon un investissement effectué sur le territoire de la Partie.

[...]

Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.

3. Paragraph 2 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 1102 but for Article 1108(7)(b).

...

Article 1116: Claim by an Investor of a Party on Its Own Behalf

1. An investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that another Party has breached an obligation under:

(a) Section A or Article 1503(2) (State Enterprises), or

(b) Article 1502(3)(a) (Monopolies and State Enterprises) where the monopoly has acted in a manner inconsistent with the Party's obligations under Section A, and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

2. An investor may not make a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage.

Article 1117: Claim by an Investor of a Party on Behalf of an Enterprise

1. An investor of a Party, on behalf of an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor

Article 1105 : Norme minimale de traitement

1. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

2. Sans préjudice du paragraphe 1, chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie, et aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie, un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adoptera ou maintiendra relativement aux pertes subies, à cause d'un conflit armé ou d'une guerre civile, par des investissements effectués sur son territoire.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas aux mesures existantes relatives aux subventions ou contributions qui seraient incompatibles avec l'article 1102 si ce n'était de l'alinéa 1108(7)(b).

[...]

Article 1116 : Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre

1. Un investisseur d'une Partie peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle une autre Partie a manqué à une obligation découlant

a) de la section A ou du paragraphe 1503(2) (Entreprises d'État), ou

b) de l'alinéa 1502(3)a) (Monopoles et entreprises d'État), lorsque le monopole a agi d'une manière qui contrevient aux obligations de la Partie aux termes de la section A,

et que l'investisseur a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement.

2. Un investisseur ne pourra soumettre une plainte à l'arbitrage si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi.

Article 1117 : Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise

1. Un investisseur d'une Partie, agissant au nom d'une entreprise d'une autre Partie qui est une personne

owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim that the other Party has breached an obligation under:

(a) Section A or Article 1503(2) (State Enterprises), or

(b) Article 1502(3)(a) (Monopolies and State Enterprises) where the monopoly has acted in a manner inconsistent with the Party's obligations under Section A, and that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

2. An investor may not make a claim on behalf of an enterprise described in paragraph 1 if more than three years have elapsed from the date on which the enterprise first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the enterprise has incurred loss or damage.

3. Where an investor makes a claim under this Article and the investor or a non-controlling investor in the enterprise makes a claim under Article 1116 arising out of the same events that gave rise to the claim under this Article, and two or more of the claims are submitted to arbitration under Article 1120, the claims should be heard together by a Tribunal established under Article 1126, unless the Tribunal finds that the interests of a disputing party would be prejudiced thereby.

4. An investment may not make a claim under this Section.

...

Article 1131: Governing Law

1. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.

2. An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.

morale que l'investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement, peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle l'autre Partie a manqué à une obligation découlant

a) de la section A ou du paragraphe 1503(2) (Entreprises d'État), ou

b) de l'alinéa 1502(3)a) (Monopoles et entreprises d'État), lorsque le monopole a agi d'une manière qui contrevient aux obligations de la Partie aux termes de la section A,

et que l'entreprise a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement.

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

3. Lorsqu'un investisseur dépose une plainte en vertu du présent article, et qu'il dépose aussi ou qu'un investisseur non majoritaire de l'entreprise dépose en vertu de l'article 1116 une plainte résultant des mêmes circonstances que celles ayant donné lieu à la plainte en vertu du présent article, et que deux ou plusieurs plaintes sont soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 1120, les plaintes devraient être entendues ensemble par un tribunal établi conformément à l'article 1126, à moins que le tribunal ne constate que les intérêts d'une partie contestante s'en trouveraient lésés.

4. Un investissement ne peut présenter une plainte en vertu de la présente section.

[...]

Article 1131 : Droit applicable

1. Un tribunal institué en vertu de la présente section tranchera les points en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international.

2. Une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section.

Appendix II

Commercial Arbitration Code, being Schedule 1 to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, Article 34

ARTICLE 34

Application for Setting Aside as Exclusive Recourse against Arbitral Award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

...

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

Annexe II

Code d'arbitrage commercial, qui constitue l'annexe 1 de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17, Article 34

ARTICLE 34

La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale

1 Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

2 La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si, selon le cas :

a) la partie en faisant la demande apporte la preuve :

[...]

iii) soit que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée;