

Un héritage toxique

Le cas d'Énergie Saguenay, la lutte
contre les changements climatiques
et l'arbitrage en matière d'investissement

Scott Sinclair





CCPA

CANADIAN CENTRE
for POLICY ALTERNATIVES
CENTRE CANADIEN
de POLITIQUES ALTERNATIVES

Publié en décembre 2023.

Mis à jour en juin 2024.

Ce rapport est disponible gratuitement à
www.policyalternatives.ca.

S'IL VOUS PLAÎT FAIRE UN DON...

Aidez-nous à continuer d'offrir nos publications gratuites en ligne.

Avec votre soutien, nous pouvons continuer à produire des recherches de qualité — et assurez-vous qu'elle tombe entre les mains des citoyens, des journalistes, des décideurs et progressistes. Visitez www.policyalternatives.ca ou appelez le 613-563-1341 pour plus d'informations.

Le CCPA est un organisme de recherche indépendant. Ce rapport a été soumis à un examen par les pairs et répond aux normes de recherche du Centre.

Les opinions et recommandations formulées dans le présent rapport, ainsi que s'il y avait erreurs, sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement l'opinion des éditeurs ou des donateurs de ce rapport.



À PROPOS DE L'AUTEUR

Scott Sinclair est le directeur fondateur (à la retraite) du programme de recherche sur le commerce et l'investissement du Centre canadien de politiques alternatives.

REMERCIEMENTS

Merci à Hadrian Mertins-Kirkwood, Colin Pratte, Kyla Tienhaara et Stuart Trew pour leurs commentaires judicieux apportés aux versions préliminaires de ce rapport. Nous remercions Jon Milton pour la révision de la version anglaise, Amanda Klang aux communications, Tim Scarth pour la conception et la mise en page, Catherine Caron pour la traduction en français. Stuart Trew a fourni de précieux conseils et a contribué à la rédaction et à la recherche à chaque étape du projet.

TRADUCTION

Catherine Caron

Un héritage toxique

- 4 Résumé
- 7 Faits marquants de ce différend dans l'ALÉNA
- 9 Comment le plan de Ruby River nuit à la lutte contre les changements climatiques
- 14 La démocratie remise en question
- 19 Risques pour les finances publiques
- 23 Entraver la lutte contre les changements climatiques
- 27 **Notes**

Un héritage toxique

Le cas d'Énergie Saguenay, la lutte contre les changements climatiques et l'arbitrage en matière d'investissement

Résumé

La procédure d'arbitrage international contre le gouvernement du Canada intentée par Ruby River Capital, parce qu'elle s'est vu refuser un permis de construire un projet de gaz naturel liquéfié (GNL) au Québec, se fait dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Elle illustre les excès troublants du système de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), à une époque où des mesures urgentes s'imposent pour lutter contre les changements climatiques. Cette affaire met en évidence le conflit croissant entre la nécessité de mesures ambitieuses pour enrayer le réchauffement climatique, et les droits rétrogrades inhérents aux traités d'investissement qui protègent les investisseurs étrangers des actions gouvernementales susceptibles de nuire à leurs investissements et à leurs profits futurs.

Détenue et contrôlée par deux sociétés américaines de capital-risque, Ruby River est une société constituée sous le régime des lois du Delaware. Elle est aussi l'unique actionnaire de Symbio Infrastructure GP Inc., une société en commandite du Québec qui détient deux autres sociétés québécoises, GNL Québec inc. et Gazoduq inc. Ces dernières ont été établies pour construire et exploiter un complexe de liquéfaction de gaz naturel à

Saguenay et un terminal maritime sur le fjord du Saguenay, près de l'embouchure du fleuve Saint-Laurent au Québec, ainsi qu'un gazoduc reliant le nord-est de l'Ontario à Saguenay. Les projets combinés ont été baptisés Énergie Saguenay.

Bien qu'initialement favorable au projet, le gouvernement québécois a finalement rejeté Énergie Saguenay après qu'une commission d'évaluation environnementale, qui a duré deux ans, a exprimé des préoccupations au sujet de l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre (GES), des menaces posées aux mammifères marins et des conséquences négatives sur les Premières Nations vivant à proximité. Un an plus tard, le gouvernement fédéral a également refusé d'approuver le projet de GNL sur la base des conclusions d'une étude d'impact sur l'environnement.

L'affaire aurait dû s'arrêter là. Mais en février 2023, Ruby River a poursuivi le Canada en vertu du chapitre de l'ALÉNA sur les investissements, aujourd'hui expiré. L'entreprise affirme avoir été soumise à un « traitement fondamentalement arbitraire, d'une iniquité procédurale flagrante, expropriatoire et discriminatoire » de la part des gouvernements québécois et canadien, en violation de diverses protections prévues dans le chapitre sur les investissements de l'ALÉNA. Ruby River demandait initialement une compensation « d'au moins » 20 milliards de dollars américains (environ 27 milliards de dollars canadiens). Bien que ce montant faramineux ait été revu à la baisse lors de demandes subséquentes adressées au tribunal de l'ALÉNA, on s'attend à ce qu'il s'élève encore à plusieurs milliards de dollars.

Malheureusement, il est rare que les gouvernements canadiens prennent les décisions difficiles qui seraient cohérentes avec leurs engagements ambitieux en matière de réduction des gaz à effet de serre. Mais lorsque les représentants élus trouvent le courage d'agir de manière décisive, en réduisant les projets de combustibles fossiles, il est absurde que des investisseurs potentiels tels que Ruby River feignent le choc et l'indignation. Il est également très problématique que les mesures de protection des investissements, contenues dans des traités comme l'ALÉNA, permettent à des tribunaux privés de remettre en question les choix démocratiques des pays qui luttent pour répondre à l'urgence climatique.

L'affaire Ruby River illustre d'autres aspects problématiques du RDIE contemporain, incluant :

- La prévalence croissante du financement spéculatif, par des tiers, de l'arbitrage entre investisseurs et États, qui encourage et soutient

des affaires qui ne seraient probablement pas portées devant les tribunaux autrement.

- Le phénomène des portes tournantes entre les avocats du gouvernement responsable de la négociation et de la mise en œuvre des traités d'investissement, et l'industrie privée de l'arbitrage qui tire profit du RDIE.
- L'effet paralysant sur les évaluations environnementales indépendantes, lorsque les tribunaux du RDIE refusent de reconnaître l'autonomie essentielle face aux gouvernements qui est nécessaire à leur réalisation.
- Le mépris du principe juridique du «consentement libre, préalable et éclairé» des peuples autochtones lorsque des grands projets industriels sont proposés sur leurs terres ancestrales.

L'évaluation environnementale indépendante du projet Énergie Saguenay, réalisée par le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) du Québec, a fondamentalement remis en question les arguments environnementaux et commerciaux optimistes de Ruby River en faveur du terminal d'exportation de GNL et du gazoduc. On pourrait penser que cela affaiblit sa cause dans le cadre de l'ALÉNA. Malheureusement, l'ALÉNA a déjà été utilisé pour contester avec succès les résultats d'une évaluation environnementale canadienne dans le cas d'un projet de carrière dans la baie de Fundy, et d'autres réussites ailleurs sont à noter dans des affaires tout aussi farfelues d'arbitrages relatifs à des traités d'investissement.

La poursuite investisseur-État intentée par Ruby River, et d'autres cas similaires, érodent l'espoir qu'une action décisive puisse être menée pour éviter un réchauffement climatique catastrophique. C'est-à-dire que les mouvements citoyens, les peuples autochtones et les communautés locales puissent s'unir pour faire pression sur les autorités élues afin qu'elles bloquent les nouveaux projets d'énergies fossiles et qu'elles abandonnent progressivement les projets existants. Or, c'est exactement de cette façon que le projet Énergie Saguenay a été stoppé. Cette victoire environnementale remarquable et empreinte d'un esprit civique devrait être célébrée et imitée, et non pénalisée.

On ne peut qu'espérer que la poursuite audacieuse et antidémocratique lancée par Ruby River servira de catalyseur afin que gouvernement du Canada élimine enfin le RDIE de tous ses engagements conventionnels, et qu'il

soutienne les efforts internationaux en faveur d'une sortie et du démantèlement du système d'arbitrage international en matière d'investissement.

Faits marquants de ce différend dans l'ALÉNA

Ruby River Capital est une société incorporée dans le Delaware, détenue et contrôlée par deux sociétés américaines de capital-risque. Elle est l'unique actionnaire de Symbio Infrastructure GP Inc, une firme québécoise créée pour assurer la construction d'une usine de liquéfaction de gaz naturel et un terminal maritime dans le fjord du Saguenay, près de l'embouchure du fleuve Saint-Laurent, au Québec. Le projet comprenait des plans pour les infrastructures connexes nécessaires au stockage du gaz, au chargement des navires-citernes et à l'expédition du gaz naturel liquéfié (GNL) vers les marchés étrangers. Il nécessitait aussi la construction d'un gazoduc de 780 kilomètres de long entre le nord de l'Ontario et le Québec pour permettre l'acheminement du gaz naturel—issu de la fracturation hydraulique—de l'Ouest du Canada vers l'installation construite au Saguenay. Les projets combinés ont été baptisés Énergie Saguenay.

En juillet 2021, après un long débat et un examen approfondi, le gouvernement du Québec a rejeté le projet Énergie Saguenay de GNL Québec Inc.¹, sur la base des résultats d'une étude d'impact environnemental publique menée pendant deux ans et publiée quelques mois plus tôt. Dans son rapport final, le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) a recommandé de ne pas retenir le projet, craignant que l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre (GES), la menace posée aux mammifères marins, notamment le béluga, une espèce en voie de disparition, et les conséquences sociales négatives pour les Premières Nations vivant dans cette zone ne l'emportent sur les avantages potentiels du projet. Une procédure d'évaluation environnementale fédérale distincte concernant le gazoduc a été menée, mais est devenue sans objet après que le Québec a refusé le projet de GNL.

En février 2022, le ministre fédéral de l'Environnement a également refusé d'approuver le projet de GNL². Cette décision s'appuyait sur l'étude d'impact environnemental (EIE) réalisée par Ottawa, dont les conclusions recommandaient, en novembre 2021, de ne pas approuver le projet. Tant le ministre fédéral de l'Environnement que l'EIE fédérale ont fait état de préoccupations environnementales et sociales similaires à celles exprimées par les autorités québécoises.

Sans les autorisations provinciales et fédérales nécessaires, le projet est effectivement mort. Mais l'affaire Ruby River n'est pas terminée pour autant.

En février 2023, l'investisseur étranger a lancé une procédure contre le Canada en vertu des dispositions de protection des investissements « héritées » de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACÉUM) et du chapitre 11 de l'ALÉNA.

Rappelons qu'en juillet 2020, l'ALÉNA a été remplacé par l'ACÉUM renégocié. Si l'ACÉUM a éliminé le mécanisme de règlement des différends investisseur-État (RDIE) entre le Canada et les États-Unis, il a toutefois permis aux investisseurs étrangers de continuer de lancer des poursuites en vertu des anciennes règles du chapitre sur l'investissement de l'ALÉNA, et ce pendant trois ans après l'entrée en vigueur de l'ACÉUM (c'est-à-dire jusqu'au 30 juin 2023).

Dans sa demande d'arbitrage faite en février 2023, Ruby River s'oppose au traitement prétendument « fondamentalement arbitraire, d'une iniquité procédurale flagrante, expropriatoire et discriminatoire » que le projet d'installation de GNL au Saguenay a reçu des gouvernements québécois et canadien³. Elle affirme que les mesures prises par les gouvernements fédéral et provincial ont violé diverses protections de l'ALÉNA en matière d'investissement. L'entreprise demandait initialement une compensation « d'au moins » 20 milliards de dollars américains (environ 27 milliards de dollars canadiens)⁴. Il s'agissait du montant le plus élevé jamais réclamé par un investisseur en vertu des dispositions de l'ALÉNA relatives au RDIE, se classant parmi les réclamations les plus élevées faites actuellement (voir le tableau 1).

Le 21 novembre 2023, pour des raisons juridiques liées à la convention régissant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (convention CIRDI), Ruby River a revu à la baisse sa demande de 20 milliards de dollars pour la ramener à «au moins» 1,004 milliard de dollars américains. Ce chiffre révisé est basé par l'investisseur sur la valeur hypothétique de l'exploitation du projet proposé et les frais encourus jusqu'à la date de la sentence finale du tribunal. Le montant de 1,004 milliard de dollars est tout bonnement théorique et calculé par un expert consultant sur la base d'une «date de procuration» fixée au 30 septembre 2023. Étant donné que les procédures du tribunal sont susceptibles de se poursuivre pendant encore plusieurs années⁵, cette estimation n'a qu'une valeur indicative⁶. Si les requérants gagnaient et que leur méthode de calcul préférée était acceptée par le tribunal, le montant de l'indemnité serait certainement beaucoup plus élevé. Le rapport d'évaluation de l'expert mandaté

TABLEAU 1 Récentes poursuites liées au RDIE, portant sur des mesures environnementales

Cas	Description	Prix demandé (US)
Zeph Investments c. Australie	L'Australie a rejeté le projet de mine de charbon proposé par l'investisseur.	200 milliards de dollars
Avima Iron Ore Ltd. et Sundance Resources, et Equatorial Resources Ltd. c. République du Congo	La République du Congo a accordé des permis d'exploitation à une société minière chinoise pour des gisements que les trois sociétés australiennes avaient le droit d'explorer mais qu'elles ne développaient pas.	37 milliards de dollars
Ruby River c. Canada	Le Canada a rejeté le projet de GNL de l'investisseur sur la base de deux évaluations environnementales distinctes.	20 milliards de dollars (somme révisée à plusieurs milliards)
TransCanada Energy c. États-Unis d'Amérique	Les États-Unis ont révoqué le permis de TC Energy pour l'expansion de l'oléoduc Keystone XL.	15 milliards de dollars
Odyssey Marine Exploration c. États-Unis du Mexique	Le Mexique a refusé à l'entreprise les permis environnementaux nécessaires à l'exploitation d'une mine de phosphate sur les fonds marins.	3,5 milliards de dollars

Source Exemples tirés du rapport de juillet 2023 de David R. Boyd, Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable (p. 3-4), avec des ajouts de l'auteur.

par l'entreprise étant confidentiel, il est difficile de savoir de combien, mais on peut estimer qu'il s'agirait de plusieurs milliards de dollars.

En juin 2023, un tribunal a été constitué pour traiter l'affaire sous les auspices du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), un organisme d'arbitrage international associé à la Banque mondiale et dont le siège se trouve à Washington. Les cas de RDIE sont entendus par des tribunaux composés de trois membres : un choisi par l'investisseur, un choisi par le gouvernement contesté, et un président qui est généralement choisi d'un commun accord⁷. Dans l'affaire Ruby River, la présidente est Carole Malinvaud, avocate spécialisée en arbitrage international, basée à Paris. La décision de ce tribunal sera juridiquement contraignante pour le gouvernement canadien et ne pourra pas faire l'objet d'un appel ou d'une révision par les tribunaux québécois ou canadiens.

Comment le plan de Ruby River nuirait à la lutte contre les changements climatiques

Les gouvernements du monde entier, y compris ceux du Canada et du Québec, se sont engagés à réduire considérablement les émissions de gaz à effet de serre (GES), notamment le dioxyde de carbone et le méthane, afin de contrecarrer le réchauffement climatique. Malheureusement, jusqu'à présent, les efforts du Canada n'ont pas été à la hauteur de ses engagements⁸.

Dans un rapport publié en septembre 2023, l'Agence internationale de l'énergie a averti que pour parvenir à « net zéro » d'émissions d'ici le milieu du siècle, la demande d'énergies fossiles devait diminuer de 23 % d'ici la fin de la décennie, et de 76 % d'ici 2050⁹. Il est clair que pour espérer atteindre l'objectif convenu au niveau international de limiter à 1,5 degré Celsius l'augmentation moyenne de la température mondiale due au réchauffement climatique, il faut réduire la production d'énergies fossiles et les infrastructures qui y sont associées.

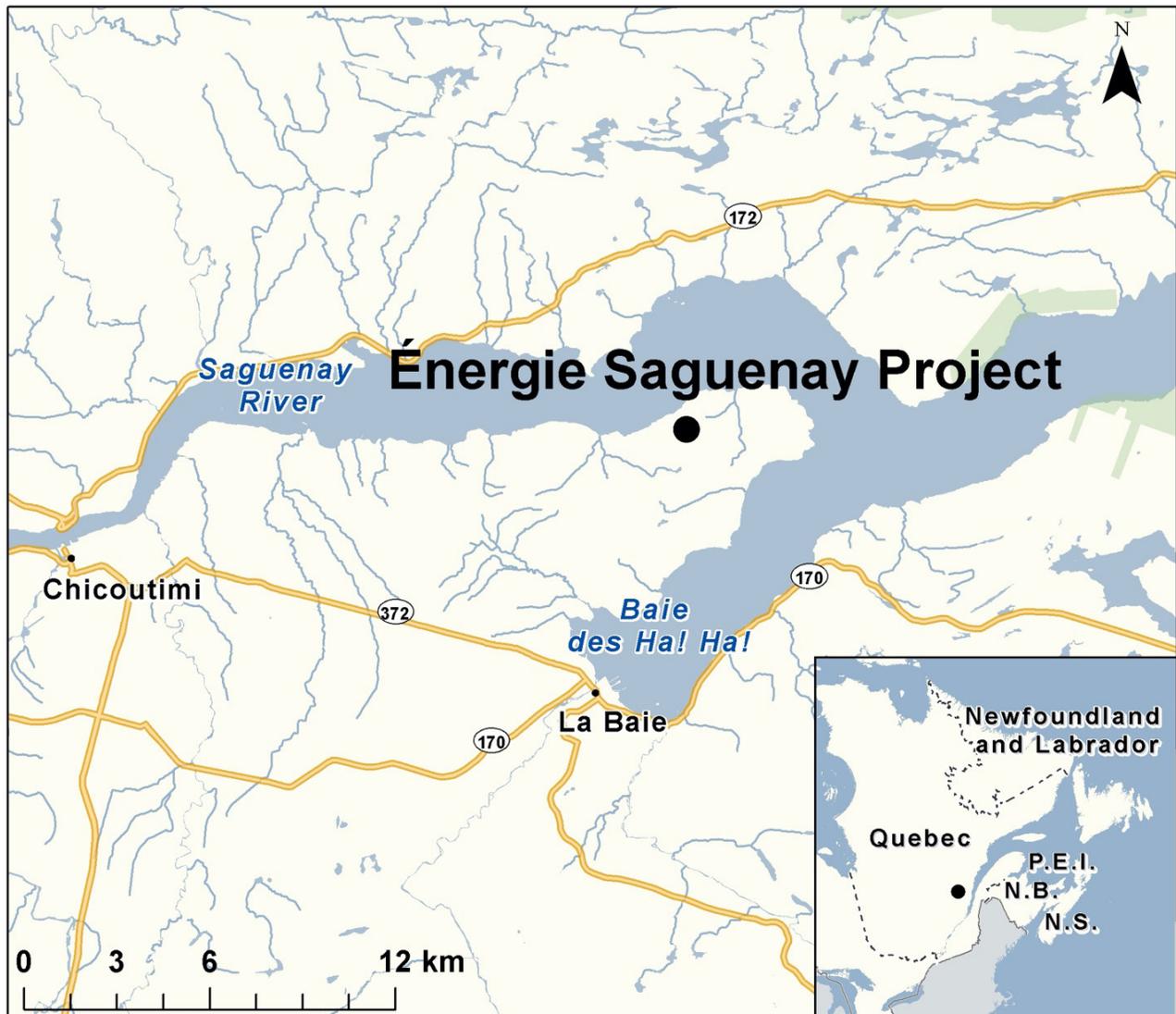
L'économie canadienne s'en trouvera bouleversée. Pourtant, avec la multiplication des incendies de forêt, des phénomènes météorologiques extrêmes, de l'augmentation de la température des océans et d'autres calamités en cascade liées au climat, les coûts croissants de l'inaction en matière de climat ne deviennent que trop évidents.

Malheureusement, il est rare que les gouvernements canadiens prennent les décisions difficiles qui seraient cohérentes avec leurs engagements ambitieux en matière de réduction des émissions de GES. Toutefois, lorsque les élus trouvent le courage d'agir de manière décisive, en freinant les projets d'énergies fossiles, il est absurde de voir les investisseurs potentiels, tels que Ruby River, feindre la surprise et l'indignation.

Le projet Énergie Saguenay de GNL Québec Inc. aurait entraîné une augmentation significative des émissions de gaz à effet de serre pour les décennies à venir¹⁰. Les décisions des gouvernements québécois et canadien de rejeter ce mégaprojet ont été saluées par un large bassin de défenseurs de l'environnement, de groupes autochtones et de citoyens exigeant la mise en place urgente de solides mesures pour lutter contre le réchauffement climatique. Ce résultat aurait dû être prévu par tout investisseur prudent. À cet égard, Berkshire Hathaway, l'un des principaux bailleurs de fonds du projet, a retiré une offre de financement de 3 milliards de dollars américains en 2020¹¹.

Le projet Énergie Saguenay aurait clairement signifié un recul en matière de réduction des émissions de GES au Canada et dans le monde. Une étude commandée par l'industrie estime que le projet créerait 7,8 millions de tonnes d'émissions de GES par an¹². Ainsi, selon ses propres calculs, à lui seul ce projet aurait entraîné une augmentation équivalente à 1,43 % des émissions totales de GES du Canada en 2021.

Des experts indépendants ont toutefois fait remarquer que ces estimations approuvées par l'industrie ne tiennent pas compte des émissions en aval—lorsque le gaz naturel est consommé—ainsi que des émissions fugitives de méthane en amont, très polluantes lors de la fracturation et du



Carte de la zone du projet établie par l'Agence d'évaluation d'impact du Canada

transport du gaz¹³. Ces scientifiques ont estimé que, même en excluant les effets des émissions fugitives, les impacts en aval ajouteraient au moins 30 millions de tonnes de GES par an, soit une augmentation de 6,9 % par rapport aux émissions annuelles actuelles du Canada.

Malgré ces faits gênants, la plainte de l'investisseur en vertu des dispositions de l'ALÉNA insiste obstinément sur le fait que le projet de GNL serait « neutre en carbone » et aurait un impact « net zéro » sur les émissions de GES du Québec. L'entreprise a affirmé que 100 % des émissions directes de GES du projet seraient compensées par des mesures « garantissant

qu'autant de CO₂ soit séquestré que la quantité produite par les opérations, chaque année¹⁴ ».

Ces affirmations concernant la neutralité carbone reposent sur une série d'hypothèses très discutables qui ont été systématiquement discréditées au cours des processus d'évaluation environnementale provinciaux et fédéraux et du débat public et scientifique qui les a accompagnés.

Tout d'abord, l'affirmation relative au « zéro net » suppose que tout le gaz exporté grâce au projet de GNL remplacerait la combustion de combustibles fossiles plus polluants. Or, comme l'ont fait remarquer des experts en matière de climat indépendants, « GNL Québec n'aurait aucun contrôle sur l'utilisation finale de ce gaz, et rien ne prouve que son utilisation remplacerait celle du charbon ou du pétrole. Il est tout aussi probable que ce gaz puisse remplacer des sources d'énergie renouvelables, ce qui ne ferait qu'accroître la dépendance du monde à l'égard des combustibles fossiles et ralentir le développement si urgentement nécessaire de technologies énergétiques alternatives¹⁵ ».

Les prétentions en matière de décarbonisation supposent également que l'installation serait largement alimentée par l'hydroélectricité, une forme d'énergie renouvelable à faible teneur en carbone. Pourtant, l'investisseur n'a jamais obtenu d'engagement ferme de la part du gouvernement du Québec ou d'Hydro-Québec, la compagnie d'électricité provinciale détenue par le gouvernement, pour fournir cette énergie. Hydro-Québec est déjà confrontée à un problème d'approvisionnement alors que la demande nationale et régionale d'hydroélectricité a augmenté¹⁶.

De plus, cette réserve limitée d'hydroélectricité publique, qui répond à 50 % de la demande totale d'énergie du Québec, pourrait être utilisée à des fins beaucoup plus respectueuses du climat. L'électrification des systèmes de chauffage, de refroidissement et de transport de la région, qui réduirait en conséquence les émissions de GES de la province, serait de loin préférable à la mise en œuvre d'un mégaprojet de combustibles fossiles pérennisant les émissions futures de gaz à effet de serre¹⁷.

Les hypothèses visant le « zéro net » s'appuient également sur des mesures erronées des niveaux d'émissions. Comme on l'a vu, elles ignorent la question des émissions fugitives de méthane lors de la fracturation et du transport du gaz naturel provenant de l'Ouest du Canada, un autre facteur inévitable. Le méthane est un puissant gaz à effet de serre : sur une période de 20 ans, il est 80 fois plus puissant que le CO₂ pour piéger la chaleur dans l'atmosphère¹⁸.

Lorsque tous les autres arguments échouent, les promoteurs s'engagent à acheter des crédits carbone pour compenser les émissions de GES inévitables qu'entraîne leur projet. Ce marché peu réglementé des « permis de polluer » est controversé et souffre de problèmes liés aux mesures erronées des niveaux d'émissions et à des crédits frauduleux¹⁹.

Finalement, l'argument de l'investisseur selon lequel le gaz naturel liquéfié (GNL) est un « combustible de transition » sur la voie d'un avenir sans combustibles fossiles a été complètement discrédité²⁰. Même l'Agence internationale de l'énergie, qui défend l'idée que les réserves de gaz naturel existantes pourraient jouer un rôle dans la transition énergétique, remet sérieusement en question la nécessité de construire de nouvelles installations de GNL qui auraient pour effet de pérenniser les émissions de GES pendant des décennies.

Un tribunal d'arbitrage de l'ALÉNA n'est pas le lieu approprié pour évaluer la validité des affirmations litigieuses de l'entreprise concernant la neutralité carbone du projet. Les arguments pertinents et les preuves scientifiques ont déjà été examinés de manière exhaustive, dans le cadre d'un forum public inclusif, au cours des évaluations d'impact sur l'environnement (EIE) fédérales et provinciales. Les deux études indépendantes sont arrivées à la même conclusion, à savoir que le projet augmenterait considérablement les émissions de gaz à effet de serre. Pour cette raison, et pour d'autres raisons impératives, les gouvernements ont finalement refusé d'approuver le projet.

Un tribunal composé d'avocats spécialisés en droit commercial délibérant en privé n'est pas compétent pour remettre en question des décisions gouvernementales aussi réfléchies, légitimes et résultant de processus participatifs démocratiques. Tragiquement, cependant, on lui a maintenant accordé le pouvoir de le faire.

Contrairement aux mandats d'intérêt public qu'ont les responsables des évaluations d'impact sur l'environnement, le tribunal d'arbitrage ne fondera pas sa décision finale sur ce qui est le mieux pour la communauté locale ou l'environnement mondial. Son mandat est de juger si les droits de l'investisseur fondés sur les traités ont été violés. Pour ce faire, ses membres seront strictement guidés par leur interprétation des protections étendues qu'offre l'ALÉNA en matière d'investissement.

La démocratie remise en question

Compte tenu de la solidité et de l'intégrité des procédures d'évaluation environnementale québécoises et fédérales, on pourrait penser que l'affaire Ruby River, dans le cadre de l'ALÉNA, est vouée à l'échec. Malheureusement, l'histoire se répète : L'ALÉNA a déjà été utilisé pour contester avec succès les résultats d'une évaluation canadienne qui portait sur les impacts d'un projet sur l'environnement. C'était dans le cas d'une carrière prévue dans la baie de Fundy.

En 2007, après trois ans d'études approfondies et de consultations publiques impliquant toutes les parties intéressées, une commission d'évaluation environnementale fédérale-provinciale a recommandé de ne pas approuver un projet de carrière et de terminal maritime connexe en raison de leurs effets négatifs sur l'environnement et sur la situation socio-économique. Les gouvernements de la Nouvelle-Écosse et du Canada ont accepté cette recommandation, refusant d'approuver ce projet controversé.

Contournant les tribunaux canadiens, l'investisseur américain du projet, Bilcon, a porté ses objections directement devant le tribunal de règlement des différends entre investisseurs et États de l'ALÉNA. En mars 2015, dans une décision ralliant deux voix contre une, le tribunal a estimé que la conduite de l'évaluation des impacts environnementaux et les décisions ultérieures de refuser l'approbation du projet violaient les garanties de traitement minimum et de traitement national accordées à l'entreprise dans le cadre de l'ALÉNA. En janvier 2019, le tribunal a accordé au plaignant 7 millions de dollars (US) plus les intérêts courus depuis octobre 2007.

Le membre dissident du tribunal a fermement condamné la décision de la majorité, la considérant comme une « intrusion significative dans la juridiction nationale » qui « créera un effet paralysant le fonctionnement des commissions d'examen environnemental » et « un recul remarquable » pour la protection de l'environnement²¹.

En mai 2018, un juge de la Cour fédérale chargé d'examiner l'arrêt Bilcon a abondé dans le même sens en déclarant : « Je reconnais que la sentence établie par la majorité soulève d'importantes préoccupations politiques. Notamment quant à son effet sur la capacité des parties liées à l'ALÉNA de régler les questions environnementales relevant de leur compétence, quant à la capacité des tribunaux de l'ALÉNA d'évaluer correctement si les investisseurs étrangers ont été traités équitablement dans le cadre des processus nationaux d'évaluation environnementale, et concernant « l'effet pa-

ralysant» potentiel que la décision de la majorité pourrait avoir sur le processus d'évaluation environnementale. »

Malgré cette désapprobation claire à l'endroit de la majorité du tribunal et du raisonnement qu'elle met de l'avant, la Cour a jugé qu'elle n'avait pas de base juridique pour annuler la décision du tribunal, comme le demandait le gouvernement fédéral²².

Les arguments des investisseurs dans les deux litiges se recourent largement. Dans l'affaire Ruby River, le principal grief de l'investisseur semble être que le gouvernement du Québec l'a « menée en bateau », après que des représentants officiels l'aient initialement encouragée à demander l'approbation et le financement publics pour son projet de gaz naturel liquéfié, le cabinet rejetant ensuite le projet pour des « raisons politiques ».

En particulier, la demande d'arbitrage de l'investisseur s'oppose avec véhémence à l'accent prétendument « soudain » mis par le gouvernement québécois sur la contribution du projet aux émissions globales de GES et sur ses impacts sur la transition énergétique verte²³.

Le jour de la publication du rapport du Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE), le ministre de l'Environnement du Québec a annoncé que son cabinet n'approuverait le projet que s'il remplissait trois conditions : il apporterait une « contribution nette positive » à la réduction globale des émissions de GES, il « favoriserait la transition énergétique » et il atteindrait « l'acceptabilité sociale »²⁴.

Selon Ruby River, le gouvernement a « changé les règles du jeu » en appliquant ces trois « critères de base », violant ainsi les « attentes légitimes » de l'investisseur. Dans sa demande d'arbitrage, ce dernier dénonce ces termes comme étant « nouvellement inventés et imposés »²⁵.

Cela déforme complètement les faits. En réalité, les impacts potentiels du projet sur les émissions globales de GES et sur la transition vers les énergies vertes ont été largement discutés lors des audiences publiques et ont été reflétés dans le rapport du BAPE, auquel le ministre réagissait.

À plusieurs reprises dans son rapport, la commission d'enquête du BAPE a soulevé des préoccupations quant aux impacts négatifs potentiels du projet sur les émissions globales de GES et sur la transition vers une énergie à faible teneur en carbone. Pour ne citer que quelques exemples, le rapport note ce qui suit :

- Les scénarios de l'Agence internationale de l'énergie pour la réduction des GES, en phase avec les engagements pris dans l'Accord de Paris, montrent que « la demande en gaz naturel décroîtrait en Eu-

rope au moment où le projet Énergie Saguenay débiterait sa phase d'exploitation en 2026 et demeurerait soutenue en Asie jusqu'en 2040, pour décroître par la suite ». De plus, dans ces scénarios, « les terminaux de liquéfaction existants ou actuellement en construction suffiraient pour combler la demande jusqu'en 2030 et risqueraient d'être en surnombre au-delà de 2040 » (p. 8).

- La mise en place de nouvelles infrastructures d'échange de GNL « pourrait constituer un frein à la transition énergétique sur les marchés visés par le projet Énergie Saguenay. L'adhésion à cette chaîne d'approvisionnement, suivant le modèle d'affaires de GNLQ, aurait pour conséquence de verrouiller à long terme les choix énergétiques des pays clients et, conséquemment, les émissions de GES associées à la combustion du gaz naturel qui y serait livré » (p. 9).
- Pour justifier et financer le projet GNL, « l'initiateur devrait obtenir de ses futurs clients des engagements à long terme, qui auraient pour conséquence de verrouiller leurs choix énergétiques et, ce faisant, pourrait retarder leur transition vers une économie sobre en carbone » (p. 131).
- L'approvisionnement en gaz naturel du projet Énergie Saguenay « contribuerait au maintien ou à la croissance du secteur pétrolier et gazier de l'Ouest canadien alors qu'il serait nécessaire, selon l'Agence internationale de l'énergie que d'importantes quantités de réserves d'hydrocarbures demeurent non exploitées pour atteindre l'objectif central de l'Accord de Paris » (p. 131).

L'une des questions clés lors de l'arbitrage sera de savoir si le tribunal accepte l'allégation de l'investisseur selon laquelle il s'agit d'un changement soudain, d'une *volte-face* qui a réduit à néant les « attentes légitimes » de l'investisseur.

À toutes fins utiles, la décision découle de l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire dont dispose le cabinet ministériel, en réponse à un processus public ouvert et transparent. La décision du gouvernement du Québec était légale, dans les limites de son autorité, cohérente avec les conclusions de l'EIE, bien accueillie par de nombreux citoyens et, bien qu'elle n'ait pas été connue d'avance, elle n'a certainement pas constitué une surprise.

L'investisseur allègue également avoir subi un traitement discriminatoire, car d'autres investisseurs censés être « dans des circonstances similaires » ont vu leurs projets d'investissement approuvés. Remontant jusqu'en

2015, la plainte de l'investisseur cite l'approbation par le gouvernement du Québec de plusieurs projets industriels (beaucoup plus petits) impliquant des installations maritimes le long du fleuve Saint-Laurent comme preuve qu'il a été victime d'une discrimination fondée sur sa nationalité. Cet argument qui tient difficilement la route trace une équivalence entre les cas où différents projets sont traités différemment *pour quelque raison que ce soit* et les situations où un investisseur est confronté à une *discrimination pure et simple* fondée sur sa nationalité.

Or, les gouvernements traitent souvent les investisseurs de manière différente pour des raisons parfaitement légitimes. En outre, dans un système démocratique, les normes concernant les impacts environnementaux acceptables et les bénéfiques attendus pour la société évoluent, comme on le voit dans le contexte de la crise climatique qui s'accélère rapidement. Il est toutefois préoccupant de constater qu'un ensemble similaire d'arguments favorables aux investisseurs a été jugé valable par le tribunal de l'ALÉNA dans l'affaire Bilcon²⁶.

Les griefs de l'investisseur reposent sur une incompréhension délibérée des EIE et des processus de prise de décision démocratique. Les EIE sont des processus indépendants, menés sans lien de dépendance avec le gouvernement – et, surtout, sans résultat prédéterminé. Les organismes d'évaluation des impacts environnementaux sont chargés d'examiner tous les éléments de preuve, d'évaluer et de vérifier les affirmations du promoteur du projet, et de solliciter et de prendre en considération les avis des autres parties prenantes, des communautés locales et du public en général.

Le projet proposé par GNL Québec était, selon les promoteurs eux-mêmes, le plus grand projet industriel de l'histoire de la province. L'EIE a également suscité un vif intérêt de la part du public et « la plus grande réaction de toutes les commissions d'examen du BAPE, avec plus de 2500 mémoires présentés »²⁷.

L'avis des Premières Nations locales a également joué un rôle important dans la décision de refuser l'approbation. Les procédures canadiennes d'EIE sont encore loin d'atteindre l'objectif du « consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause » inscrit dans la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones²⁸. Toutefois, la législation fédérale exige que les Premières Nations concernées participent pleinement aux EIE et que leurs « connaissances traditionnelles et leurs droits issus de traités soient respectés et considérés comme prioritaires »²⁹.

Les Premières Nations innues, sur les terres ancestrales non cédées sur lesquelles le projet serait construit, se sont publiquement opposées au pro-



Fjord du Saguenay vu à partir du sentier Le Fjord dans le Parc national du Fjord-du-Saguenay

Photo : J-A Béland, Wikimedia Commons

jet³⁰. Leurs préoccupations portaient notamment sur les effets négatifs de l'augmentation du trafic maritime sur les bélugas (une espèce localement menacée qui revêt une grande importance culturelle pour leurs peuples), sur les impacts négatifs sur l'environnement et sur les paysages naturels du fjord du Saguenay risquant d'affecter le tourisme récréatif, ainsi que sur les dommages environnementaux liés à l'augmentation des émissions de GES dans le contexte du changement climatique³¹.

Les leaders innus ont conclu que « ce projet porte préjudice aux futures générations et est nettement incohérent avec une saine vision d'avenir ainsi qu'avec les défis globaux et sociétaux des prochaines décennies »³².

Naturellement, les promoteurs du projet ont été déçus par les décisions finales des gouvernements fédéral et provincial. Mais c'est un risque qu'ils ont accepté en toute connaissance de cause.

Même le fait qu'ils aient pu être conseillés et encouragés par des fonctionnaires à divers moments n'est pas surprenant, et même banal. Le man-

dat de la commission d'EIE est très différent de celui des fonctionnaires chargés du développement économique et, surtout, le processus est indépendant du gouvernement et de la bureaucratie.

La tâche d'une commission d'examen de l'impact environnemental d'un projet consiste à en évaluer les avantages potentiels, ainsi que les risques et les enjeux d'ordre environnemental, social et autre. Elle est également tenue d'encourager et de prendre en considération les arguments, les preuves et les préoccupations non seulement des promoteurs, mais aussi d'un large éventail de fonctionnaires, d'experts indépendants, de populations autochtones, de communautés locales et du grand public.

Les évaluations québécoise et fédérale ont été effectuées conformément aux lois, réglementations et pratiques provinciales et fédérales. Les décisions finales du gouvernement de suivre leurs recommandations et de refuser l'approbation ont été prises, pour des raisons rationnelles, conformément à la loi.

Néanmoins, la demande d'arbitrage de l'investisseur décrit ces processus publics et les décisions gouvernementales qui en découlent comme étant « manifestation arbitraires et discriminatoires », « grossièrement injustes », « abusives », « préjudiciables », « fondamentalement injustes » et fondées sur « l'opportunisme politique sans rapport avec un quelconque objectif public légitime »³³. Ces termes incendiaires illustrent involontairement à quel point le domaine de l'arbitrage en matière d'investissement s'est détaché des complexités liées à la prise de décision démocratique à une époque de réchauffement climatique rapide et dangereux.

Risques pour les finances publiques

Le montant initial de la compensation demandée par Ruby River, « pas moins de » 20 milliards de dollars américains, était stupéfiant. C'est le montant le plus élevé jamais demandé par un investisseur dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États de l'ALÉNA. Pourtant, même le montant révisé demandé par l'investisseur pourrait s'élever à plusieurs milliards de dollars. S'il gagne sa cause, il s'agira sans conteste du montant le plus important accordé dans le cadre de l'ALÉNA à ce jour.

Bien qu'il soit scandaleux de penser que le Canada puisse avoir à indemniser Ruby River pour sa prétendue perte de profits futurs, ce serait une erreur de considérer la demande de l'investisseur comme farfelue. Bien que les investisseurs qui remportent des victoires en cour liées à des litiges de

RDIE obtiennent généralement une compensation inférieure à celle qu'ils demandent, les montants accordés par les tribunaux peuvent être élevés (des centaines de millions ou des milliards de dollars)³⁴. Cette tendance a conduit certains experts et gouvernements à conclure que les dommages-intérêts accordés dans le cadre du RDIE « échappent à tout contrôle »³⁵.

Tel que décrit plus haut, les demandes exagérées de Ruby River reposent sur son estimation spéculative de quelle sera la juste valeur marchande du projet de GNL à la date de la décision finale du tribunal. Ce montant représente plusieurs fois les coûts réellement encourus pour obtenir l'approbation du projet (120 millions de dollars US, selon l'estimation de l'investisseur)³⁶. Si Ruby River obtenait la compensation qu'elle demande, le litige investisseur-État pourrait bien devenir une activité plus rentable que la réalisation du projet Énergie Saguenay lui-même, lequel comporte de nombreux risques.

Même en mettant de côté les coûts en matière climatique et les risques posés au cadre réglementaire par un projet d'énergies fossiles aussi important, les projections de profits faites avec des lunettes roses par le demandeur ne tiennent pas compte des incertitudes commerciales fondamentales découlant de problèmes opérationnels et de la volatilité du marché qui ont affecté des projets de GNL similaires.

Par exemple, en mars 2023, la société espagnole Repsol a abandonné son projet de terminal GNL à Saint John, au Nouveau-Brunswick, malgré le soutien enthousiaste du gouvernement provincial. L'entreprise a conclu que le projet n'était pas rentable car le coût du transport du gaz de la côte Ouest vers la côte Atlantique, en vue de son exportation vers l'Europe, était trop élevé³⁷.

Porter une affaire en arbitrage en matière d'investissement est coûteux. Mais ce ne sera pas une charge pour Ruby River car ses dépenses sont financées par une tierce partie³⁸. On parle d'un financement par un tiers lorsque des spéculateurs financiers (par exemple, un fonds spéculatif) couvrent les frais d'un demandeur qui intente une poursuite en vertu du RDIE, en échange d'une part des sommes obtenues si ce dernier sort vainqueur de l'arbitrage. Cette forme de recherche de profit, qui se présente comme un nouveau type d'investissement « non corrélé », sous-tend une industrie en plein essor. Il s'agit également d'une préoccupation croissante en matière de politique publique, car une telle pratique favorise l'émergence de litiges RDIE qui, autrement, ne seraient pas viables³⁹.

Le cabinet d'avocats international représentant Ruby River, Steptoe and Johnson, est l'un des 125 premiers cabinets d'avocats au monde en termes

de revenus et possède une pratique florissante dans l'arbitrage en matière d'investissement. En outre, l'avocat principal dans cette affaire, Christophe Bondy, est un ancien haut fonctionnaire canadien qui, au cours de sa carrière d'avocat du gouvernement, a défendu le gouvernement fédéral dans des affaires très médiatisées de RDIE dans le cadre de l'ALÉNA. Bondy a également été l'avocat principal représentant le Canada lors de la négociation de l'Accord économique et commercial global (AÉCG) entre le Canada et l'Union européenne, portant « une attention particulière aux chapitres relatifs aux services et aux investissements »⁴⁰.

Dans le monde insulaire de l'arbitrage commercial, il n'est pas rare que des avocats gouvernementaux de haut niveau migrent vers le secteur privé, où ils représentent fréquemment des investisseurs qui poursuivent leur ancien employeur⁴¹. Cette pratique des portes tournantes et ces loyautés à géométrie variable peuvent contribuer à expliquer l'attitude timorée du Canada qui a décidé de ne pas peser de tout son poids relativement à un enjeu de compétence clé dans un autre litige de l'ALÉNA, celui concernant Keystone XL, alors qu'une décision favorable aurait pu renforcer considérablement la position du Canada dans le cas similaire avec Ruby River.

Comme nous l'avons vu, l'ACÉUM permet aux investisseurs étrangers de continuer à déposer des poursuites dans le cadre du RDIE—une pratique « héritée » en vertu des anciennes règles du chapitre sur les investissements de l'ALÉNA—et ce pendant trois ans après l'entrée en vigueur de l'ACÉUM, soit jusqu'au 30 juin 2023. En 2021, TC Energy a invoqué de manière controversée cette disposition de l'ACÉUM relative à cet héritage pour relancer sa poursuite de 15 milliards de dollars américains contre les États-Unis dans le cadre de l'ALÉNA, à la suite de l'annulation en janvier 2021, par le président Biden, du projet d'oléoduc Keystone XL. Il est important de noter que la Commission de commercialisation du pétrole de l'Alberta (Alberta Petroleum Marketing Commission), une entité du gouvernement de l'Alberta, poursuit également les États-Unis, à hauteur de plusieurs milliards de dollars dans le cadre de l'ALÉNA, en raison de l'annulation du projet Keystone XL⁴².

Dans le cadre de leur défense dans cette deuxième affaire concernant Keystone en lien avec la poursuite venant de l'Alberta, les États-Unis font valoir que les dispositions héritées qui font partie de l'ACÉUM ne s'appliquent qu'aux demandes de RDIE liées à des mesures prises avant le 1^{er} juillet 2020, date à laquelle l'ALÉNA a été abrogé⁴³.

Si la position des États-Unis l'emportait, le cas de Keystone XL amené en arbitrage serait rejeté pour des motifs de compétence. Cela signifierait que d'autres cas de poursuites liés à des mesures prises par les gouverne-

ments canadien et mexicain après le 1^{er} juillet 2020 pourraient également être rejetés. Cela pourrait inclure la demande de Ruby River, qui concerne principalement des mesures prises après 2020, notamment les décisions des gouvernements québécois et fédéral de rejeter le projet, qui ont été prises respectivement en juillet 2021 et en février 2022.

Les règles de l'ALÉNA permettent aux tierces parties de faire connaître leur point de vue sur des questions d'interprétation aux tribunaux où les cas de RDIE sont traités. Le Mexique est ainsi intervenu dans l'affaire Keystone au stade juridictionnel pour soutenir fermement la position des États-Unis⁴⁴.

Le Canada, quant à lui, a choisi de rester silencieux. Or, si les trois parties à l'ALÉNA avaient fermement soutenu le point de vue selon lequel les dispositions héritées de l'ALÉNA étaient rétroactives, cela aurait certainement renforcé l'argument selon lequel les cas de poursuites liées à Keystone XL et Ruby River étaient interdits⁴⁵.

Il s'agit d'une décision irresponsable, tant du point de vue du contribuable canadien qu'en matière de justice climatique. Les avocats canadiens auraient pu, et dû, essayer de limiter le risque d'un règlement du litige à hauteur de plusieurs milliards de dollars. Au lieu de cela, par crainte de s'aliéner le gouvernement de l'Alberta et TC Energy, l'équipe juridique canadienne a demandé la suspension de l'affaire Ruby River jusqu'à ce que d'autres tribunaux se soient prononcés sur la validité de l'interprétation américaine et mexicaine des dispositions relatives à l'héritage.

Sans surprise, le tribunal a rejeté la demande maladroite du Canada. Dans sa décision, il a noté avec aigreur que le Canada n'était pas intervenu pour soutenir le point de vue des États-Unis dans l'affaire Keystone XL et qu'il n'avait pas non plus soulevé la question de la compétence directement dans sa propre défense⁴⁶. Laissé pour compte, le gouvernement du Québec a été contraint de demander au tribunal l'autorisation de soulever la question clé de la compétence par le biais d'un mémoire d'amicus curiae⁴⁷.

Compte tenu des enjeux financiers et environnementaux importants liés à cette affaire, le Canada aurait dû déployer tous les moyens de défense juridique disponibles. Il aurait également pu respecter la décision de l'administration Biden nouvellement élue d'annuler le décret présidentiel autorisant l'oléoduc Keystone XL. À l'opposé, par son inaction, il a plutôt choisi de se ranger du côté de TC Energy et du gouvernement de l'Alberta, les soutiens-clés du projet d'oléoduc voué à l'échec et néfaste pour l'environnement. Compte tenu du fait que le Canada s'est mal défendu dans cette affaire, il serait raisonnable que le gouvernement du Québec insiste pour qu'Ottawa as-

sume l'entière responsabilité financière de tout paiement éventuel si Ruby River obtient gain de cause.

Entraver la lutte contre les changements climatiques

En juillet 2023, un rapport des Nations unies a conclu que le RDIE représentait une menace « catastrophique » nuisant aux efforts d'atténuation et d'adaptation au changement climatique et à la réalisation des droits humains⁴⁸. L'affaire Ruby River est l'un des principaux cas d'arbitrage relatifs aux énergies fossiles mis en évidence dans ce rapport accablant.

Cette attention est justifiée. Cette affaire illustre la plupart des éléments qui ont conduit le rapport de l'ONU à mettre en garde contre la menace que représente le RDIE pour l'action en faveur du climat.

- Évalués à plusieurs milliards de dollars américains, les dommages et intérêts demandés sont parmi les plus élevés de tous les litiges connus hérités de l'ALÉNA, et la plus importante poursuite RDIE jamais intentée contre le Canada.
- Le risque de devoir payer des sommes aussi importantes pour avoir refusé des projets d'énergies fossiles jette une ombre sur la possibilité de mener des actions audacieuses en faveur du climat, mettant en lumière le fameux « effet paralysant » que l'existence même du RDIE peut avoir sur les gouvernements⁴⁹.
- L'affaire Ruby River illustre également la pratique des « portes tournantes »⁵⁰ qui caractérise le secteur très lucratif de l'arbitrage, l'investisseur étant représenté par un ancien fonctionnaire canadien qui a changé d'allégeance pour devenir membre d'un cabinet d'avocats international de premier plan.
- Un penchant pour le secret s'est manifesté lorsque, dans l'une de ses premières décisions, le tribunal a décidé que les audiences se tiendraient à huis clos. On peut supposer que c'est l'investisseur qui a refusé de consentir à des audiences publiques, puisque le Canada revendique généralement la transparence dans les procédures RDIE⁵¹.

Cette affaire montre que le RDIE ne se contente pas d'élever les attentes des investisseurs au rang de droits juridiques qui seraient reconnus au plan international, mais qu'il le fait d'une manière qui exclut tout autre intérêt, y

TABLEAU 2 Les douze plus importantes sanctions arbitrales connues liées au RDIE

Nom de l'affaire	Année	Accord d'investissement	Montant demandé (en dollars US)	Montant accordé (en dollars US)
Hulley Enterprises c. Russie	2005	Traité sur la Charte de l'énergie (TCE)	91,2 milliards de dollars	50 milliards de dollars (trois demandes d'arbitrage connexes)
ConocoPhillips c. Venezuela	2007	Traité bilatéral d'investissement (TBI) Pays-Bas-Venezuela	30,3 milliards de dollars	8,4 milliards de dollars
Veteran Petroleum c. Russie	2005	TCE	18,7 milliards de dollars	8,2 milliards de dollars
Processus et développement industriel v. Nigeria	2012	Contrat privé	8,6 milliards de dollars	6 milliards de dollars
Tethyan Copper c. Pakistan	2012	Traité bilatéral d'investissement (TBI) entre l'Australie et le Pakistan	8,5 milliards de dollars	5,8 milliards de dollars
Repsol c. Argentine	2012	TBI Argentine-Espagne	10,5 milliards de dollars	5 milliards de dollars
Eureko c. Pologne	2003	TBI Pays-Bas-Pologne	10 milliards de dollars	4,4 milliards de dollars
Unión Fenosa c. Egypte	2014	TBI entre l'Égypte et l'Espagne	3,2 milliards de dollars	2 milliards de dollars
Yukos Universel c. Russie	2005	TCE	4,1 milliards de dollars	1,8 milliard de dollars
Occidental c. Équateur	2006	TBI Équateur-États-Unis	1 milliard de dollars	1,8 milliard de dollars
Vattenfall c. Allemagne	2012	TCE	5,1 milliards de dollars	1,7 milliard de dollars
Mobil et autres c. Venezuela	2007	TBI Pays-Bas-Venezuela	14,7 milliards de dollars	1,6 milliard de dollars

Tableau reproduit de l'annexe 1 du rapport de juillet 2023 de David R. Boyd, Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable.

compris ceux des peuples autochtones, des communautés affectées et même d'autres intérêts commerciaux.

L'élément le plus insidieux est peut-être le mépris désinvolte—inhérent au régime de règlement des différends entre investisseurs et États—exprimé par l'investisseur face aux processus de prise de décision démocratique. Lors de la conférence de presse annonçant le refus d'autoriser le projet Énergie Saguenay, le gouvernement provincial était représenté par deux ministres—le ministre de l'Environnement qui avait critiqué le projet et le ministre du Développement économique qui l'avait fortement soutenu. Cette démonstration d'unité a montré que le gouvernement, et en fait la province, étaient parvenus, après des délibérations approfondies et un débat ouvert, à une décision qui devrait désormais être acceptée par tous.

Dans la demande d'arbitrage présentée par le promoteur, cette sensibilité démocratique se trouve transformée en une trahison, une « *volte-face* imprévue et fatale », un processus décisionnel « gravement compromis et biaisé », résultant en un « mépris cavalier » des « attentes légitimes » de

l'investisseur⁵². Une telle attitude, qui serait à juste titre traitée sans ménagement dans le système judiciaire national⁵³, est à la base du système d'arbitrage entre investisseurs et États. Dans ce domaine privilégié, les investisseurs étrangers obtiennent régulièrement des rétributions financières en s'attaquant à des décisions gouvernementales pourtant équitables et légales.

Le recours investisseur-État intenté par Ruby River, et d'autres cas similaires, érodent l'espoir qu'une action décisive puisse être menée pour éviter un réchauffement climatique catastrophique. C'est-à-dire que les mouvements citoyens, les peuples autochtones et les communautés locales puissent s'unir pour faire pression sur les élus afin qu'ils bloquent les nouveaux projets d'énergies fossiles et qu'ils abandonnent progressivement les projets existants. Or, c'est exactement de cette façon que le projet Énergie Saguenay a été stoppé. Cette victoire environnementale remarquable et empreinte d'un esprit civique devrait être célébrée et imitée, et non pénalisée.

Se mobiliser pour transformer les systèmes énergétiques mondiaux est déjà un défi monumental et existentiel. L'adaptation au changement climatique et l'atténuation de ses effets mettent une pression énorme sur les finances publiques afin que les populations concernées, les travailleurs et les travailleuses ainsi que les communautés vulnérables soient soutenus au cours d'une transition qui doit être juste. Dans un tel contexte, comme le conclut le rapport de l'ONU, il est inadmissible qu'un système de justice commerciale parallèle et irresponsable fasse planer constamment la menace d'amendes exorbitantes et punitives à payer exclusivement aux investisseurs étrangers.

Au moins, la poursuite intentée par Ruby River sera la dernière de ce type déposée contre le Canada dans le cadre du système de RDIE de l'ALÉNA, aujourd'hui arrivé à expiration. Le gouvernement canadien a pris une décision de principe lors des négociations de l'ACÉUM en éliminant le RDIE du nouveau traité (du moins pour les investisseurs américains), protégeant ainsi la capacité du Canada de définir ses politiques environnementales et d'autres politiques publiques clés sans risque de représailles. Des entreprises canadiennes comme TC Energy ne pourront plus non plus menacer les États-Unis.

Si seulement le gouvernement avait choisi d'étendre la portée de cette sage décision à ses relations avec le reste du monde. Au lieu de cela, le Canada reste empêtré dans des dizaines de traités d'investissement et des accords de libre-échange contenant des RDIE, et il en négocie une demi-douzaine d'autres avec des pays comme l'Ukraine, l'Indonésie, l'Inde, le bloc des nations de l'ANASE et Taïwan. L'adhésion du Royaume-Uni à l'Accord de

Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) garantit pratiquement que le Canada sera touché par de futures demandes de RDIE liées à des projets de combustibles fossiles ainsi qu'à des mesures environnementales.

Le seul point positif de la poursuite audacieuse et antidémocratique intentée par Ruby River est peut-être qu'elle pourrait servir de catalyseur afin que le Canada élimine enfin le RDIE de tous ses engagements pris dans le cadre de traités commerciaux et qu'il soutienne les efforts internationaux visant à sortir du système investisseur-État, et à le démanteler⁵⁴.

Notes

- 1** Jonathan Montpetit, « Quebec nixes LNG plant that would have carried Western Canadian natural gas to markets overseas », CBC News, 21 juillet 2021. <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/lng-quebec-saguenay-1.6111248>.
- 2** Josh Grant, « Ottawa rejection likely final blow for Quebec LNG plant », CBC News, 9 février 2022. <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/ottawa-rejects-saguenay-energy-project-1.6320373>.
- 3** Ruby River Capital LLC v. Canada, Request for Arbitration, 17 février 2023, paragraphe 166.
- 4** Ruby River Capital LLC v. Canada, Request for Arbitration, 17 février 2023, paragraphe 165.
- 5** «Une seule sentence est rendue dans une affaire CIRDI ; il s'agit de la dernière décision du tribunal qui met fin à l'affaire. Toute autre décision antérieure à la sentence finale, telle qu'une décision sur la responsabilité sans évaluation des dommages et intérêts, n'est pas considérée comme une sentence, et un recours en vertu de la Convention CIRDI ne peut être formé à son encontre qu'une fois que la sentence a été rendue.» <https://icsid.worldbank.org/fr/procedures/arbitrage/convention/sentence/2022>
- 6** En outre, la partie demanderesse se réserve explicitement le droit de modifier sa «demande de dommages-intérêts» (Mémoire de la Demanderesse sur la compétence et le fond, 21 novembre 2023, para. 901. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C11097/DS19358_En.pdf).
- 7** Si les parties en conflit ne parviennent pas à un accord, le président est nommé par l'instance du tribunal arbitral chargée de traiter le litige.
- 8** Vérificateur général du Canada, Les engagements et les actions du Canada pour lutter contre les changements climatiques, novembre 2021. https://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/att_f_43947.html.
- 9** Agence internationale de l'énergie, Net Zero Roadmap : A Global Pathway to Keep the 1.5 °C Goal in Reach, septembre 2023. <https://tinyurl.com/5n8hdrvu>.
- 10** La durée de vie prévue du projet était de 30 à 50 ans.

- 11** Sandrine Rastello, « Buffett Drops \$3 Billion LNG Investment in Quebec, Reports Say », Bloomberg, 5 mars 2020. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-05/buffett-drops-3-billion-lng-investment-in-quebec-reports-say>.
- 12** Glenn Wanamaker, « How green is natural gas? The case for and against Quebec's Énergie Saguenay project », CBC News, 11 octobre 2019. <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/energie-saguenay-how-green-is-natural-gas-1.5316626>.
- 13** « Over 150 scientists urge Trudeau and Legault to reject Quebec LNG project », National Observer, 3 juin 2019. <https://www.nationalobserver.com/2019/06/03/opinion/over-150-scientists-urge-trudeau-and-legault-reject-quebec-lng-project>.
- 14** <https://energiesaguenay.com/en/environment/responsible-project/>.
- 15** National Observer, 3 juin 2019, cité ci-dessus.
- 16** Mathieu Dion et Will Wade, « Big Power Shortfall Looms After Quebec Wooed US With Cheap Hydro », Bloomberg, 27 avril 2023.
- 17** Colin Pratte et J-P. Sapinski, « Eastern Canada needs to speed up its climate transition », The Monitor, 7 juin 2023, <https://monitormag.ca/articles/eastern-canada-needs-to-speed-up-its-climate-transition/>, et en français, « Les infrastructures fossiles de l'Est du Canada », billet publié sur le site Web de l'Institut de recherche et d'informations socioéconomiques (IRIS), 6 juin 2023, <https://iris-recherche.qc.ca/blogue/environnement-ressources-et-energie/hydrocarbures-est-du-canada/>.
- 18** Programme des Nations unies pour l'environnement, « Les émissions de méthane sont à l'origine du changement climatique. Voici comment les réduire », 20 août 2021. <https://www.unep.org/fr/actualites-et-recits/recit/les-emissions-de-methane-sont-lorigine-du-changement-climatique-voici>.
- 19** Voir James Temple, « The growing signs of trouble for global carbon markets », MIT Technology Review, 2 novembre 2023, <https://www.technologyreview.com/2023/11/02/1082765/the-growing-signs-of-trouble-for-global-carbon-markets/>, et Heidi Blake, « The Great Cash-for-Carbon Hustle », The New Yorker, 16 octobre 2023, <https://www.newyorker.com/magazine/2023/10/23/the-great-cash-for-carbon-hustle>.
- 20** Lasse Toft Christensen et Nichole Dusyk, « Why Canadian Liquefied Natural Gas Is Not the Answer for the European Union's Short-Term Energy Needs », The International Institute for Sustainable Development, 16 août 2022. <https://www.iisd.org/articles/deep-dive/canadian-lng-not-eu-energy-crisis-solution>.
- 21** Clayton/Bilcon c. Gouvernement du Canada, opinion dissidente du professeur Donald McRae, 10 mars, 2015. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/clayton-13.pdf>.
- 22** Depuis l'affaire Bilcon, le Canada a ratifié la convention du CIRDI qui élimine même les motifs limités de révision judiciaire, par les tribunaux nationaux, des décisions relevant des tribunaux internationaux d'arbitrage en matière d'investissement.
- 23** Le gouvernement de la CAQ a été élu en octobre 2018. Le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) a été mandaté pour faire son enquête sous le précédent gouvernement libéral; il a publié son rapport final en mars 2021.
- 24** Mélyssa Gagnon, « Le BAPE croit que les risques du projet de GNL Québec dépassent les avantages », Radio-Canada Ici Saguenay–Lac-Saint-Jean, 24 mars 2021. <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1779635/bape-gnl-quebec-rapport-reserves>
- 25** Ruby River Capital LLC v. Canada, Request for Arbitration, 17 février 2023, paragraphe 95.

- 26** Le tribunal Bilcon a examiné des exemples de ce qu'il considérerait comme des projets comparables, impliquant des investisseurs canadiens, dans des carrières ou des terminaux maritimes qui n'avaient pas fait l'objet d'une évaluation environnementale complète, qui avaient été approuvés avec des mesures d'atténuation ou qui avaient été approuvés purement et simplement. Voir Clayton/Bilcon c. Gouvernement du Canada, Affaires mondiales Canada, <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/clayton.aspx?lang=fra>, et Scott Sinclair, « Canada's Track Record Under NAFTA Chapter 11 », Canadian Centre for Policy Alternatives, janvier 2018, p. 7-8. <https://policyalternatives.ca/nafta2018>.
- 27** « Environmental risks outweighing potential gains when it comes to Saguenay LNG plant, report finds », CBC News, 24 mars 2021. <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/lng-gnl-saguenay-bape-1.5961936>.
- 28** Le 21 juin 2021, la Loi sur la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones a reçu la sanction royale et est entrée en vigueur. Voir « Mise en œuvre de la Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », <https://www.justice.gc.ca/fra/declaration/index.html>.
- 29** Sara Mainville et Renée Pelletier, « UNDRIP, Decision Making, and the Role of Indigenous Peoples » dans Meinhard Doelle et A. John Sinclair (dir.), *The Next Generation of Impact Assessment : A Critical Review of the Canadian Impact Assessment Act*, Irwin law Inc., 2021, p. 139.
- 30** « Les Conseils des Premières Nations innues d'Essipit, de Mashteuiatsh et de Pessamit s'opposent dorénavant aux projets d'Énergie Saguenay et de Gazoduq », site Web de Pekuakamiulnuatsh Takuhikan, 12 mai 2021. <https://tinyurl.com/4wsdcnjv>.
- 31** La Première Nation huronne-wendat voisine a exprimé des préoccupations similaires. Voir Agence d'évaluation d'impact du Canada, « Projet Énergie Saguenay, Rapport d'évaluation environnementale », novembre 2021, section 7.5.2. <https://iaac-aeic.gc.ca/050/documents/p80115/142710F.pdf>
- 32** « Les Conseils des Premières Nations innues d'Essipit, de Mashteuiatsh et de Pessamit s'opposent dorénavant aux projets d'Énergie Saguenay et de Gazoduq », site Web de Pekuakamiulnuatsh Takuhikan, 12 mai 2021, <https://tinyurl.com/4wsdcnjv>.
- 33** Ruby River Capital LLC v. Canada, Request for Arbitration, 17 février 2023, passim.
- 34** « Le montant moyen accordé et rendu public par les tribunaux d'arbitrage concernant des projets de combustibles fossiles est de 600 millions de dollars, soit cinq fois le montant moyen accordé dans les arbitrages liés à des projets de combustibles non fossiles » (traduction libre), Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « Pollueurs payés : les conséquences catastrophiques du règlement des différends entre investisseurs et États sur l'action climatique et environnementale et sur les droits humains », Nations unies, 13 juillet 2023, p. 4. <https://www.ohchr.org/fr/documents/thematic-reports/a78168-paying-polluters-catastrophic-consequences-investor-state-dispute>.
- 35** Juan Carlos Boué, « The Investor-State Dispute Settlement Damages Playbook : To Infinity and Beyond », *Journal of World Investment & Trade*, n° 24, 2023, p. 373.
- 36** Ruby River Capital LLC v. Canada, Request for Arbitration, 17 février 2023, paragraphe 45.
- 37** Brian Platt, « Repsol scraps bid to ship Canadian gas to Europe, citing costs », *Bloomberg Business News*, 16 mars 2023. <https://www.bnnbloomberg.ca/repsol-scraps-bid-to-ship-canadian-gas-to-europe-citing-costs-1.1896646>.
- 38** Ruby River Capital LLC v. Canada, Request for Arbitration, 17 février 2023, paragraphe 175.
- 39** Voir Daria Davitti et Paolo Vargiu, « Litigation Finance and the Assetization of International Investment Arbitration », *Journal of World Investment & Trade*, n° 24, 2023, pp. 487-500; Colin Pratte, « S'enrichir avec des litiges », *À bâbord!*, n° 6, été 2023.

- 40** « Christophe Bondy, associé », profil professionnel, site Web de Steptoe, <https://www.steptoel.com/en/lawyers/christophe-bondy.html>. M. Bondy est également l'avocat principal du demandeur dans une deuxième affaire contre le Canada héritée de l'ALÉNA : Koch Industries Inc. et Koch Supply & Trading, LP c. Gouvernement du Canada.
- 41** Matthew Kronby, anciennement conseiller juridique principal du Canada dans le cadre des négociations de l'AEÉCG, travaille aujourd'hui pour un grand cabinet d'avocats spécialisé dans l'arbitrage commercial. Voir « Osler, profils d'associés », <https://www.osler.com/en/team/matthew-kronby>.
- 42** « Alberta Petroleum Marketing Commission v. United States of America » <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=UNCT/23/4>
- 43** Stuart Trew et Kyla Tienhaara, « Canada's options for intervening in the Keystone XL CUSMA lawsuit », Canadian Centre for Policy Alternatives, 28 juin 2023. <https://policyalternatives.ca/publications/reports/canada%E2%80%99s-options-intervening-keystone-xl-cusma-lawsuit>.
- 44** Non-Disputing State Party Submission of the United Mexican States pursuant to NAFTA Article 1128 (September 11, 2023): http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C10297/DS18980_En.pdf. http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C10297/DS18980_En.pdf.
- 45** Stuart Trew et Kyla Tienhaara, « Canada's options for intervening in the Keystone XL CUSMA lawsuit », Canadian Centre for Policy Alternatives, 28 juin 2023. <https://policyalternatives.ca/publications/reports/canada%E2%80%99s-options-intervening-keystone-xl-cusma-lawsuit>.
- 46** « Le Tribunal note que la Défenderesse n'a pas présenté d'observations sur la question de l'application dans le temps de l'Annexe 14-C dans les procédures TC Energy et Legacy en vertu de l'article 1128 de l'ALENA (comme elle le fait souvent dans d'autres instances d'arbitrage de l'ALENA) et n'a pas indiqué qu'elle avait l'intention de soulever une objection similaire fondée sur l'application dans le temps de l'Annexe 14-C dans la présente instance. » Ruby River c. Canada, Ordonnance de procédure n° 3, Décision sur la requête en suspension de l'instance et autres demandes, 9 avril 2024, par. 33.
- 47** Ruby River c. Canada, Gouvernement du Québec—Demande d'autorisation de déposer un mémoire écrit à titre d'*amicus curiae*, 4 janvier 2024. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C11097/DS19416_Fr.pdf.
- 48** Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « Pollueurs payés : les conséquences catastrophiques du règlement des différends entre investisseurs et États sur l'action climatique et environnementale et sur les droits humains », Nations unies, 13 juillet 2023. <https://www.ohchr.org/fr/documents/thematic-reports/a78168-paying-polluters-catastrophic-consequences-investor-state-dispute>
- 49** Kyla Tienhaara, Rachel Thrasher, B. Alexander Simmons et Kevin P. Gallagher, « Investor-state dispute settlement : obstructing a just energy transition », 5 décembre 2022. <https://www.bilaterals.org/?investor-state-dispute-settlement-47372>.
- 50** « Pollueurs payés : les conséquences catastrophiques du règlement des différends entre investisseurs et États sur l'action climatique et environnementale et sur les droits humains », précité, p. 11.
- 51** « Toutes les parties n'étant pas d'accord, les audiences ne seront pas ouvertes au public. » Les documents juridiques et les arguments seront toutefois publiés. Ruby River Capital LLC c. Canada, ICSID Case No. ARB/23/5, Procedural Order number 2, 17 octobre 2023. http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C11097/DS19100_En.pdf.
- 52** Ruby River Capital LLC v. Canada, Request for Arbitration, 17 février 2023, passim.

53 Dans le système juridique canadien, la doctrine des « attentes légitimes » réfère au respect des engagements pris pour garantir une procédure équitable, sans toutefois prédéterminer des résultats substantiels, une politique ou des décisions.

54 Voir, par exemple, Daniel Rangel, Lori Wallach, Alvaro Santos et Mario Osorio, « Turning the Tide : How to Harness the Americas Partnership for Economic Prosperity to Deliver an ISDS-Free Americas », octobre 2023. <https://ccsi.columbia.edu/content/turning-tide-how-harness-americas-partnership-economic-prosperity-deliver-isds-free>.



CCPA

CANADIAN CENTRE
for POLICY ALTERNATIVES
CENTRE CANADIEN
de POLITIQUES ALTERNATIVES